



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

Carrera de Derecho

“FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EXIGIR QUE
EL DELITO FUENTE SE CONSIDERE PROBADO
EN EL TIPO PENAL DE LAVADO DE ACTIVOS”

Tesis para optar el título profesional de:

Abogado

Autores:

Yaner Bremer Muñoz Abanto

Oscar Carranza Culqui

Asesor:

Dr. Juan Carlos Tello Villanueva

Cajamarca - Perú

2021

DEDICATORIA

El presente trabajo investigativo lo dedicamos principalmente a nuestros padres y hermanos, por su amor, trabajo, apoyo y sacrificio en todos estos años de pregrado; asimismo, a Dios, por ser el inspirador y darnos la fortaleza para continuar y culminar con nuestro proyecto.

AGRADECIMIENTO

Agradezco a nuestro asesor de tesis Dr. Juan Carlos Tello Villanueva, quien con su experiencia, conocimiento y motivación nos orientó en la investigación; a todos los docentes de esta prestigiosa universidad, quienes, con su sabiduría, conocimiento y apoyo, motivaron a desarrollarnos como personas y profesionales.

TABLA DE CONTENIDO

<i>DEDICATORIA</i>	2
<i>AGRADECIMIENTO</i>	3
<i>CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN</i>	5
1.1. Realidad problemática.....	5
1.2. Formulación del problema	9
1.3. Objetivos	9
1.1.1. <i>Objetivo general</i>	9
<i>Determinar los fundamentos jurídicos para exigir que el delito fuente se considere probado en el Tipo Penal de Lavado de Activos</i>	9
1.1.2. <i>Objetivos específicos</i>	9
1.3. Hipótesis.....	10
1.1.3. <i>Hipótesis general</i>	10
1.1.4. <i>Hipótesis específicas</i>	10
<i>CAPÍTULO II. METODOLOGÍA</i>	11
<i>CAPÍTULO III. RESULTADOS</i>	14
<i>CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES</i>	49
4.1. <i>Discusión</i>	49
4.2. <i>Conclusiones</i>	58
4.3. <i>Recomendaciones</i>	58
<i>REFERENCIAS</i>	60

CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN

1.1. Realidad problemática

La autonomía del delito de Lavado de Activos se encuentra regulado en el artículo 10 del primer párrafo del Decreto Legislativo N° 1106, el mismo que establece:

Es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria.

Así mismo hace mención que entre los delitos que contempla el Lavado de Activos tenemos a la “minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro (...) o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”, lo cual demuestra que es una cláusula abierta frente a cualquier delito que genere un exceso ilegal de bienes patrimoniales o dinero el cual seguidamente genere el lavado de activos (Prado, 2013).

El citado Decreto Legislativo (1106) antes mencionado, fue dado en el contexto de una preocupante situación de incremento hechos delictivos vinculados a la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, delitos contra la administración pública, actividades ilícitas que luego darían lugar al blanqueo de activos de capitales, consistente en buscar en dar una apariencia de legalidad a bienes de origen delictivo. Por lo que le que el legislador en busca de un mecanismo que faciliten la persecución penal en este tipo de situaciones, es que regulan la autonomía del delito de lavado de activos, buscando de esta manera una posible sanción de los responsables de este tipo de delitos, por lo cual mediante su artículo 10° regula la autonomía del delito de activos del delito fuente.

De lo descrito en el párrafo precedente, se tiene claro que el fundamento del Decreto Legislativo N° 1106, es investigar un posible delito de lavado de activos sin tener en consideración el delito fuente, debido a la complejidad que implica en determinar la actividad ilícita generadora de los bienes lavados a fin de combatir criminalidad organizada; sin embargo, se tiene que tener en cuenta que en un Estado Constitucional de Derecho, toda política criminal tiene que estar enmarcada en función a los parámetros constitucionales que están consagrados en nuestra Carta Magna, es por ello que, al regular la autonomía del delito de lavado de activos se estaría menoscabando la ampliación de libertad que se nos ha reconocido constitucionalmente como personas, puesto que, se nos estaría restringiendo dicha libertad al investigar actividades presuntamente ilícitas sin tener en cuenta el hecho precedente (delito previo) para iniciar una investigación por el delito de activos, deviniendo en un futuro de una investigación de un hecho totalmente ilícito.

Pues se tiene como por ejemplo, que muchas personas que se dedican al alquiler de sus viviendas sin realizar un contrato formal de por medio, no declarando ni pagando impuestos por dicha actividad, recibiendo un beneficio económico, por ende generando un incremento de su patrimonio de manera considerable, pero al no declarar o justificar su patrimonio, y considerando la posición de citado decreto bajo comentario, es que se puede dar inicio a una investigación por el delito de lavado de activos, sin tener la certeza que la actividad generadora es ilícita, menoscabando nuestra esfera de libertad reconocida por la Constitución.

Ante ello, es necesario precisar que el Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116 sobre delito de Lavado de Activos, establece en su fundamento 35 que: “El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias (...) No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico”; es decir, si una persona que se dedica al narcotráfico comete Lavado de Activos de las ganancias de su acto delictivo, no será necesario que previamente sea juzgado por narcotráfico si su patrimonio adquirido ilegalmente no lo puede justificar.

De igual manera, el 25 de noviembre de 2016 se promulgó el Decreto Legislativo N.º 1249 el cual en su artículo 10 establece la autonomía del delito de Lavado de Activos y su prueba indiciaria, manifestando para ello que se está ante un delito autónomo, por lo que para su investigación y sanción no es necesario que las actividades del delito fuente hayan sido descubiertas, estén en investigación o proceso judicial (Prado, 2013).

En oposición a las normas antes descritas, en el año 2017 la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema emitió la Casación N.º 92-2017, misma que dispuso en su considerando trigésimo que: “se exige la acreditación de un hecho específico constitutivo de un injusto penal como delito fuente” agregando, del mismo modo que, “la actividad delictiva previa como suceso o sucesos generales debe probarse”. En consecuencia, según este criterio es necesario que previamente se acredite el delito fuente (minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, etc.); caso contrario, podría decirse que no se configura el delito de Lavado de Activos.

Lo anteriormente descrito ha generado que el el delito de Lavado de Activos se encuentre en una gran controversia debido al criterio jurisprudencial sentado en la Casación N.º

92-2017, lo que podría generar una desnaturalización en el tipo; es decir, todas las investigaciones que se vienen desarrollando por las diferentes fiscalías penales del país, van a tener implicancias jurídicas, en especial donde se requieren mayores elementos probatorios para acreditar la comisión del delito fuente. Es por ello, al no haber un criterio concordante en cuanto a la autonomía en los delitos de activos, es que en ese contexto en el mes de octubre de 2017, se da el da el Primero Acuerdo Plenario Casatorio Penal.

El Primer Pleno Casatorio Penal¹ (de octubre de 2017), señala sobre la autonomía del delito de Lavado de Activos, que:

Esta es procesal, porque se abre proceso por delito de lavado de activos, sin importar que haya otro proceso por el delito previo o determinante, menos que haya una sentencia del delito precedente que generó los activos. Empero, esta autonomía procesal no suprime el carácter ilícito de los bienes lavados, o, que el origen delictivo no sea un elemento del tipo objetivo. Este origen delictivo o procedencia delictiva de los bienes tendrá que probarse en el mismo proceso de lavado de activos, a través de la prueba directa o indiciaria.

Con ello, dicho Pleno Casatorio indica que no es necesaria una sentencia que acredite la existencia del delito fuente del dinero, bienes efectos o ganancias; por el contrario, sí resulta necesario que el origen ilícito quede probado mediante la utilización de la prueba directa o indiciaria. Sin embargo, más allá de lo ya dicho, lo expuesto en el Pleno bajo comentario, podría vulnerar los principios de Lesividad y Fragmentariedad, toda vez que, al no tener la absoluta certeza del delito fuente, podrían terminar persiguiéndose conductas inocuas y apartadas del bien jurídico protegido.

¹ Fundamento Nro. 42

El presente trabajo de investigación consiste en analizar las distintas aristas que sustentan la presencia del delito fuente probado en el Lavado de Activos, partiendo en un primer momento, del Análisis Dogmático que, frente a dicho tipo penal cabe realizar; para luego estudiar los antecedentes legislativos que respecto al Lavado de Activos se hayan propuesto; y finalmente, buscar una propuesta de *lege ferenda* que busque dar solución al problema detectado.

En tal contexto, nos formulamos la siguiente pregunta de investigación:

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para exigir que el delito fuente se considere probado en el tipo penal de Lavado de Activos?

1.3. Objetivos

1.1.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para exigir que el delito fuente se considere probado en el tipo penal de lavado de Activos.

1.1.2. Objetivos específicos

- Analizar Dogmáticamente al delito de Lavado de Activos.
- Examinar los antecedentes legislativos internacionales respecto al delito de Lavado de Activos.

- Analizar la autonomía del delito de lavado de activos contemplada en el Art. 10° del Decreto Legislativo N° 1106.
- Analizar el Primer Acuerdo Plenario Casatorio Penal (sobre delito de lavado de activos).

1.3. Hipótesis

1.1.3. Hipótesis general

Los fundamentos jurídicos para exigir que el delito fuente se considere probado en el tipo penal de Lavado de Activos son: a) observancia del principio de Lesividad; y b) observancia del principio de Fragmentariedad.

1.1.4. Hipótesis específicas

- El no exigir certeza respecto al delito fuente en el tipo penal de Lavado de Activos, genera una contravención frente a la garantía de intervención mínima del Derecho Penal, ello en virtud a que se procesaría causas que no revisten la gravedad necesaria para ser abordadas por el Derecho Penal.

CAPÍTULO II. METODOLOGÍA

2.1. Tipo de Investigación

El presente trabajo de investigación giró en torno a la determinación de fundamentos jurídicos; para ello discurre sobre la obtención de conocimiento que coadyuve el conocimiento científico sin generar contrastación alguna con aspectos prácticos (Muntané, 2010, p. 221).

En relación con lo anterior, el problema identificado fue estudiado a fin de generar conocimiento distinto a la teoría existente, por lo que se ubicó dentro de la tipología de Investigación Básica, en virtud a que no se está modificando una condición objetiva.

2.2. Población y Muestra (Materiales, Instrumentos y Métodos)

No se cuenta con población ni muestra debido a la naturaleza de la investigación desarrollada (Dogmática).

2.3. Técnicas e Instrumentos de Recolección y Análisis de Datos

La investigación se desarrolló en el marco del **Método** Dogmático, consistente en el estudio y análisis de lo estipulado en el tipo penal, desde la doctrina, la legislación y la propia norma; no se trata de una simple compilación de normas o precedentes, sino que se desprenden propuestas que no se pueden deducir directamente del Derecho vigente (Gascón & García, 2015, p. 203).

De esta manera, lo que se realizó fue una descomposición del tipo penal de Lavado de Activos para, posteriormente, reconstruirlo de forma coherente en el marco de la Ciencia del Derecho, obteniendo una interpretación o teoría. Para ello, el desarrollo de la investigación requirió de la **técnica** de observación documental de diversos autores en relación al delito de Lavado de Activos, asimismo, se utilizó como **instrumentos** las hojas de recojo de datos, fichas y libretas de apuntes para organizar y sistematizar la información.

2.4. Procedimiento

Debido a que se buscó determinar los fundamentos jurídicos sobre los cuales el delito fuente se debería considerar probado en relación al tipo penal de Lavado de Activos, fue menester realizar un estudio sobre la evolución del delito bajo escrutinio en el contexto peruano, en correspondencia a la *política-criminal* circundante sobre el delito, y, de esa manera, encontrar las razones que fundan a la fórmula legal utilizada para regular el ilícito penal.

Una vez realizado ello, se utilizó el Método Dogmático para discurrir sobre el texto normativo que contiene al delito de Lavado de Activos en la legislación peruana, buscando desarrollar los distintos compendios de la figura a fin de encontrar y comprender su naturaleza, los elementos típicos que la componen en su comisión y otros tópicos vinculados a la investigación.

Finalmente, luego de conocer el origen del delito, sus razones *político-criminales*, y desarrollar cada uno de los elementos del tipo penal, se ha procedido a instaurar los fundamentos jurídicos para considerar que el delito fuente en el Lavado de Activos sea

comprobado, y posteriormente solicitar su incorporación al Ordenamiento Jurídico
peruano.

CAPÍTULO III. RESULTADOS

La presente investigación, como se ha establecido previamente, se encuentra referida a determinar los fundamentos jurídicos para exigir que el delito fuente en la figura jurídica penal de Lavado de Activos sea probado, por lo que es de carácter Dogmático y no se vincula con estadísticas. Ante aquello, es menester considerar a las teorías y aportes Dogmáticos alusivos al delito de Lavado de Activos: Teoría del Delito (apartado 3.1.), Teoría del Derecho Penal (apartado 3.2.), Evolución del Delito de Lavado de Activos (apartado 3.3.) y, finalmente, el Análisis Dogmático del Delito de Lavado de Activos (apartado 3.4.).

3.1. TEORÍA DEL DELITO

Según Hurtado (1987), la Teoría del Delito encuentra su origen en los postulados de Von Liszt y Beling a finales del siglo XIX, que fueron superados por el surgimiento de las teorías finalistas, las cuales añadieron el elemento subjetivo a la tipicidad y desarrollaron la reprochabilidad posteriormente.

Desde esta perspectiva, es aceptado de manera unánime que el delito es la acción o conducta típica, antijurídica y culpable, siendo que cada uno de los niveles de análisis presentados se integran por elementos de naturaleza objetiva y subjetiva que identifican la existencia de un delito al ser evaluados de manera conjunta (Gálvez, 2018, p. 51).

La Teoría del Delito, tal como se desprende de Mir (2016), no se encuentra relacionada con una concepción *ius naturalista* del Derecho, sino que constituye una elaboración

sistemática vinculada al Derecho Positivo, cuyas categorías se atribuyen al delito a la vista de la persona que lo cometió (p. 136).

En los siguientes títulos se desarrollarán las calidades conformantes de la Teoría del Delito, como son la conducta, la tipicidad, la culpabilidad y la antijuricidad, a fin de que aquello constituye una de las bases de la presente investigación.

3.1.1. La Conducta

La definición de delito ampliamente admitida por la doctrina que Von Liszt inició cerca de un siglo atrás, y tiene como primer requisito a la acción o comportamiento (Mir, 1982, p. 49). Tal consideración se relaciona con las ideas de Mezger (1958), que relaciona la categorización de los delitos con las conductas humanas en un primer momento.

Hurtado (1987) manifiesta que existe un consenso para considerar a la acción como un suceso externo que materializa una manifestación de espíritu de una persona, siendo que es capaz de ser controlado (p. 165). De lo que, por el contrario, no se ha encontrado ningún acuerdo, se encuentra referido a la terminología que se utiliza en este extremo, discutiéndose hasta la actualidad si es que la palabra acción no excluye a la omisión, si la palabra conducta podría englobar a ambos conceptos, o si una se refiere a la diferenciación del comportamiento animal y humano (Plascencia, 2000, p. 49).

Existen tres principales teorías que explican a la acción: La primera de ella es la de la acción causal o natural, que desliga a la voluntad del comportamiento corporal, dándole prevalencia al segundo, aunque sus actuales defensores

prefieren incluirla; la segunda, defendida por Welzel, es la teoría de la acción finalista, que versa sobre un comportamiento humano sometido a la voluntad y con un fin; la teoría de la acción social, finalmente, se avoca a establecer un punto intermedio entre los criterios ontológicos y normativos puros, conceptuando a la acción desde la relevancia que puede o no adquirir el comportamiento humano, solucionando a su vez el problema existente con la omisión (Hurtado, 1987, pp. 165-169).

La teoría causalista predominó en Argentina y España, y esgrimía a la acción como un comportamiento consistente en causar un resultado; se podría afirmar que, a *prima facie*, esta teoría englobaría únicamente al resultado y su forma de producción, empero autores como Cerezo Mir o Mezger no llegan a negar que la acción fuere final, por lo que se puede llegar a diferenciar entre varias posturas (Donna, 1995, p. 6).

El finalismo, por su parte, considera la existencia de una voluntad ligada a un fin, pudiendo dividir a la acción en una fase interna en la que el autor planea en su mente los detalles de la comisión delictiva, y una fase externa en donde manifiesta lo planteado en la fase interna, lo que se conoce o denomina como *íter criminis* (Ventura, 2000, p. 55). Sin embargo, tal como lo asegura Hurtado (1987), la teoría finalista de la acción también ha tenido detractores por no poder explicar de forma suficiente lo referido a la omisión y a la acción culposa (p. 167).

Finalmente, debemos considerar a la teoría de la acción social, que intenta comprender el comportamiento evadiendo los errores más importantes de los

causalistas, y cuyo elemento más importante resulta ser el carácter socialmente relevante (Hurtado, 1987, p. 168). Es necesario aclarar que “la tan mentada teoría social de la acción, que comenzó desarrollando Schmidt, tanto es de aplicación a la teoría causal, como a la teoría final de la acción” (Donna, 1995, p. 8).

3.1.2. La Tipicidad

Los sujetos se desenvuelven a través de actitudes dentro de un grupo; a fin de estar en posibilidades para sancionar a una persona por un comportamiento nocivo hacia la sociedad, es menester la existencia de un precepto legal que contenga la conducta, la valore, y coadyuve a la determinación de la que coincida y haya sido de conocimiento del sujeto como contrario a la sociedad (Plascencia, 2000, p. 90). Al respecto Donna (1995) añade que, aunque sea perjudicial para la defensa de los bienes jurídicos, las conductas deben encontrarse “descriptas” en el tipo penal para ser sancionadas, lo que garantiza la libertad de la persona frente al poder estatal, planteándole límites (pp. 66-67).

Beling fue la primera persona que desarrolló una Teoría del Tipo Penal mediante su libro *Lehre vom Verbrechen*, tal como narra Donna (1995, p. 65), en concordancia con Hurtado (1987), que además establece que “consideró al tipo como la mera descripción objetiva de una conducta determinada, totalmente extraña a todo juicio de valor jurídico (antijuricidad y culpabilidad)” (p. 179). En esta primera teoría, entonces, se descartaban los elementos subjetivos del tipo (traspasándolos a la culpabilidad o reproche) para únicamente considerar a los elementos objetivos.

Mir (2016) y Hurtado (1987) deducen que, antes de Beling, la Dogmática penal optaba por analizar al delito desde un modelo causalista influenciado por las ciencias naturales, en el que los elementos objetivos del tipo eran analizados en la antijuricidad y que analizaba al delito de una forma similar al que las ciencias naturales utilizan con su objeto de estudio, lo que resultaba contradictorio en cuanto se intentaba analizar a los elementos subjetivos dentro de esta categoría, lo que explicaría en parte la traslación de estos elementos hacia la culpabilidad también contemplada por la teoría de Beling.

La evolución que tuvo la Teoría del Tipo sostenida por Beling estuvo marcada por autores como Fischer, que incluyó en el tipo los elementos subjetivos del tipo penal, en contraste con la primera teoría que se centraba en los aspectos objetivos, o Mayer que en 1915 contuvo en el tipo penal a los elementos descriptivos, subjetivos, objetivos y normativos que actualmente se desarrollan en la doctrina al respecto de la tipicidad (Plascencia, 2000, p. 101).

A este punto del desarrollo de la Dogmática es aceptado de manera uniforme que los elementos subjetivos, que al igual que los elementos objetivos sirven para describir un comportamiento humano, pero en este caso se producen o están presentes en el ámbito interno del sujeto, siendo ello verificable a través de indicios o expresiones objetivas (Gálvez, 2018, p. 56).

3.1.3. Antijuricidad

Podría suponerse que al verificar que la comisión del delito supera el análisis hecho en el elemento de tipicidad, se podría considerar que esa conducta también

es antijurídica; sin embargo, para asegurarse de que el comportamiento sea jurídico se deberá analizar si es que no concurre ninguna causa de justificación (Gálvez, 2018, p.129).

Plascencia (2000) establece que “la antijuridicidad se puede analizar como la relación entre la acción humana y la norma, a su vez, el injusto es la acción declarada antijurídica” (p. 133); el juicio de valor de la antijuridicidad no se referiría al autor, pues ello es desarrollado en la culpabilidad, sino al hecho (Donna, 1995, p. 125).

En este apartado se desarrollarán las causas de justificación que atenúan o eximen a la responsabilidad penal según lo esbozado por autores como Muñoz y García (2010), quienes consideran dentro de estas a la legítima defensa, el estado de necesidad justificante, el ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión, y, finalmente, el consentimiento.

3.1.3.1. La legítima defensa

La legítima defensa puede ser la eximente más universal encontrada en el Derecho Penal a pesar de que ha sufrido diversos cambios, pasando de ser similar a la venganza privada, a una circunstancia fundamentada en la protección del orden jurídico y los bienes personales, en donde se exige entre otras cosas, que exista racionalidad en la legítima defensa pues el agresor no pierde completamente sus derechos y solamente sería aceptado el uso de violencia para repeler la agresión; desde esta perspectiva, la legítima defensa es tal siempre que concurren requisitos

como la agresión ilegítima, que aquella agresión sea actual en correspondencia con la defensa, que surja para proteger bienes jurídicos propios o de terceros, que exista racionalidad y falta de provocación suficiente (Molino, 2012, pp. 20-39).

Hurtado (1987), desarrolla al requisito de agresión ilegítima desde la legislación peruana, que supone una agresión que podría causar una lesión o la puesta en peligro de un bien jurídico, teniendo como característica principal la ilegitimidad, es decir, su contrariedad a derecho; existe un criterio mayoritario en la doctrina, que considera que el agresor no siempre deberá entender la antijuricidad de su conducta, así como lo acepta la Corte Suprema en el caso de una madre que ejerció legítima defensa contra un “imbécil-agresivo” que trató de abusar de su menor hija; asimismo se ha establecido que la defensa no podrá existir en cuanto la agresión ha sido consumada (p. 188).

Sobre la racionalidad, Plascencia (2000) explica que la violencia ejercida para repeler la agresión no debe ser excesiva, debiendo existir proporcionalidad (no matemática en concordancia con el criterio de la Corte Suprema de Perú) (p. 143).

La falta de provocación suficiente se encontraría referida a que el que está en legítima defensa “no debe haber provocado la agresión mediante una amenaza de cierta gravedad” (Hurtado, 1987, p 190).

1.3.1.2. Estado de necesidad justificante

En concordancia con Mir (2016), en esta causa de justificación se versa sobre la ponderación entre dos bienes jurídicos de distinto valor, optando por la conservación y salvaguarda del que se considere como más valioso. Para que se alegue un estado de necesidad justificante, entonces, uno de los bienes deberá prevalecer en torno al sacrificio que se haga sobre el otro.

1.3.1.3. El ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión.

El ejercicio legítimo de un deber, derecho u profesión es una causal también aceptada en el Derecho español y argentino; en cuanto al deber o a la potestad de quien se justifica, se determina que ambos deberán desprenderse del Ordenamiento Jurídico del país. En lo relacionado al ejercicio de un derecho, la cuestión parece complicarse, pues se asemeja al estado de necesidad justificante (Donna, 1995, pp. 171-172)

1.3.1.4. El consentimiento

El consentimiento es considerado en la doctrina comparada como una causa de justificación proveniente del derecho consuetudinario y de carácter supralegal; se ha aceptado unánimemente que para el consentimiento funcione para afectar a la categoría de antijuricidad de la Teoría del Delito, se deberá realizar un juicio de ponderación entre los intereses de la sociedad y del individuo, buscando siempre un equilibrio, y cuyos requisitos para determinar su alcance son que quien consiente

pueda ser capaz de apreciar el fin y magnitud de la lesión, que el consentimiento debe ser dado antes de la comisión del hecho, y que el consentimiento debe ser dado con plena libertad (Hurtado 1987, p. 197).

3.1.4. La culpabilidad

Donna (1995) conceptúa a la culpabilidad como aquel reproche que se realiza sobre el autor del hecho típico y antijurídico, entendiendo que las personas pueden autodeterminar su comportamiento, por lo que el reproche vendría a darse sobre la decantación por infringir el Ordenamiento Jurídico y no haberse comportado conforme a Derecho teniendo aquella posibilidad (p. 183).

Mezger (1958), concuerda con el párrafo precedente, instituyendo que el hecho de que exista una conducta que sea típica penalmente y antijurídica no quiere decir que necesariamente sea sancionable, sino que se debe realizar un análisis de reproche moral sobre el autor para determinar si este fuere o no “personalmente responsable” (p. 189)

Es así como la falta de sanción debido a la falta de culpabilidad en el agente no hace que “el hecho deje de ser indeseable”, en tanto existe acuerdo en que no cabe culpar a una persona que haya cometido un delito, pero presente “determinadas condiciones psíquicas” (Mir, 1982, p. 91).

Al referirnos a la inimputabilidad del agente, se supone que una persona no ha sido capaz de apreciar el carácter delictuoso de su conducta, tratándose de la

capacidad intelectual del individuo para conocer sus deberes y su inserción en la estructura social vinculada al Ordenamiento Jurídico; de este modo lo que se conoce, por ejemplo, como enfermedad mental, será aludido solo en los casos en los que se afecte el entendimiento o la voluntad de manera permanente o pasajera (Hurtado, 1987, p. 208-209).

La edad también influiría en la culpabilidad del agente; Hurtado (1987) diferencia las etapas de desarrollo de la persona, añadiendo que existen algunas de ellas sobre las cuales existe consenso en que no se deberán analizar y valorar de manera regular (p. 202). La capacidad de imputabilidad en los seres humanos no es un asunto que se pueda determinar mediante una norma, sino que variará dependiendo de otros factores como el entorno; sin embargo, el legislador ha establecido una edad mínima de imputación a fin de otorgar seguridad jurídica y mantener coherencia con instrumentos nacionales e internacionales.

Al margen de todas las posturas doctrinarias, es admisible que la culpabilidad no se suscita en el hecho, sino que se relaciona con un agente en condiciones psíquicas distintas al del hombre promedio (Mir, 1982, p. 92).

3.2. TEORÍA DEL DERECHO PENAL

Luego de haber desarrollado la Teoría del Delito, es pertinente avocarnos a la Teoría del Derecho Penal, misma que intenta responder a la siguiente incógnita: ¿Qué es el Derecho Penal?

En relación con lo anterior, Mir Puig (2016) diferencia al entendimiento sobre el Derecho Penal en un sentido objetivo y un sentido subjetivo; el primero de ellos se avocaría a conceptualizar desde una perspectiva formal o material, obteniendo que el Derecho Penal es un “conjunto de normas, valoraciones y principios jurídicos que desvaloran y prohíben la comisión de delitos y asocian a éstos, como presupuesto, penas y/o medidas de seguridad como consecuencia jurídica” (p. 48).

El Derecho Penal desde la perspectiva subjetiva, por su parte, es conocido como *Ius Puniendi*, y se refiere a las potestades del Estado para crear delitos y sancionar a quienes cometan las conductas típicas (Mir, 2016, p. 44); ello guarda relación con el artículo 43 de la Constitución Política del Perú, que establece que el Estado es de Derecho, Social y Democrático, entendiendo que de allí – la forma del Estado - derivan los límites del *Ius Puniendi* en el contexto peruano.

En ese sentido, para el desarrollo del presente trabajo de investigación se desarrollarán los principios de Lesividad y Fragmentariedad, que estudiaremos en los siguientes párrafos, los mismos que se derivan del Estado Social, conformando parte de los límites que son aplicables al *Ius Puniendi*.

3.2.1. Principio de Lesividad

Para comprender de una adecuada manera el tema a tratar, cabe entender, en un primer momento, las implicancias que el mismo comprende; en tal sentido, el principio de Lesividad como límite de la función punitiva estatal se halla íntimamente ligado con el concepto de bien jurídico, puesto que este implica la

exigencia de que aquello que justifica y dota de sentido al Derecho Penal es la vulneración de un bien jurídico protegido (Muñoz y García, 2010).

Ante ello, surge la necesidad de comprender qué se entiende por bien jurídico protegido, frente a lo cual, cabe atender lo expuesto por Mir (2016), quién logra conceptualizarlo desde dos perspectivas. De esta manera, la primera de ellas consiste en un concepto Dogmático del bien jurídico, del cual puede decirse, consiste en aquello que merece protección por parte del ordenamiento jurídico-penal. A su vez, la segunda conceptualización, desde una perspectiva político-criminal, este constituye aquello que efectivamente resulta protegido por el Derecho Penal.

Sin embargo, de lo que aquí se plantea implica también recurrir a aquello que justifica el Derecho Penal, en otras palabras, el porqué del mismo. Ante lo expresado podemos encontrar dos posturas claramente diferenciadas e incluso contradictorias entre sí, de esta manera, hallamos a aquellos postulados funcionalistas, según los cuales la finalidad que se persigue con las sanciones de índole penal es la garantizar la seguridad social, esto es, que mediante el Derecho Penal lo que efectivamente se protege es la vigencia de la norma (Ferrajoli, 2012).

Frente a las cuales se erigen aquellas otras justificaciones (de índole más libertario), que indican que lo efectivamente protegido con el Derecho Penal son aquellos bienes jurídicos – entendidos como una concepción dialéctica entre lo valorativo y lo efectivamente concreto en el plano objetivo – que permiten el pleno desarrollo del individuo en una sociedad (Ferrajoli, 2012).

Empero, según se tome una u otra postura, esto tendrá, por un lado, un efecto de índole filosófico y Dogmático, mientras que por otro – del cual puede decirse resulta más grave – un resultado práctico que incluso puede desembocar en un modelo de Estado dictatorial.

Dado así el escenario planteado, no resulta del todo adecuado referirse tanto a la protección de bienes jurídicos cómo a la seguridad social (vigencia de la norma), a fin de buscar un elemento diferenciador de ambas posturas, sino que, lo mejor sería diferenciar entre la concepción de bien jurídico cómo realidad valorativa-empírica externa al derecho en sí, frente una concepción autorreferencial que se sirve del propio ordenamiento jurídico para conceptualizarlo, de esta manera se estaría haciendo referencia al lenguaje de Luhmann (1984) citado por Ferrajoli (2012), quien hace alusión a las concepciones autopoieticas y heteropoieticas del Derecho Penal.

Según la postura filosófica que se asuma en la asunción de una u otra teoría, esta tendrá efectos prácticos muy disímiles entre sí, ello en virtud a que, si se siguen los planteamientos propuestos por Jakobs (2003), según los cuales los bienes jurídicos merecedores de protección penal quedan determinados por el ordenamiento en sí mismo, los límites del *ius puniendi* estatal resultarían difusos, pues desde una perspectiva autopoietica lo que justifica al Derecho Penal no es más que la vigencia de la norma, permitiendo así cualquier clase de expansión del mismo y no cumpliendo el bien jurídico con su función limitadora del ejercicio punitivo (Ferrajoli, 2012).

Otro aspecto estrechamente relacionado con el principio de Lesividad, también denominado principio de ofensividad (Villavicencio, 2003), tiene que ver con la laicidad del Derecho, es así que, visto este bajo el trasluz de una perspectiva heteropoiética, el Derecho no puede ser utilizado como reforzador de la moral, porque ello supondrá el imponer una moral dominante sobre quienes no la comparten; en consecuencia, la facultad punitiva estatal únicamente podrá ser ejercida cuando se está frente a actos ofensivos respecto a otras personas (Ferrajoli, 2012).

Ante lo indicado, resalta la importancia, en la aplicación de la facultad punitiva estatal, el poder diferenciar entre moral y derecho, pues no toda conducta inmoral es materia de prohibición por parte del Derecho Penal, sino solo aquellas conductas que socaven la facultad de participación de los demás individuos en la vida social, siendo además que dichas conductas deben ser lo suficientemente graves para producir el resultado requerido, debido a la exigencia derivada del principio de Fragmentariedad (Mir, 2016).

Entendida así la garantía del principio de Lesividad – desde la perspectiva heteropoiética, según la cual el bien jurídico consiste en una realidad valorativa empírica externa al derecho en sí – cabe averiguar si es que dicho principio operaría en el mismo sentido tras la adopción de una postura autorreferencial del bien jurídico.

Siguiendo lo planteado por Ferrajoli (2012), lo cierto es que ello resulta imposible debido a que, desde un punto de vista autopoiético, la Lesividad de una conducta

no se basa en la vulneración de la capacidad participativa de un tercero, sino que esta supone un daño social y lo que efectiva se estaría protegiendo con el *Ius Puniendi* es la vigencia normativa, en consecuencia, y dado que el bien jurídico – en este caso – se construye a partir del ordenamiento jurídico mismo, la construcción de la norma penal, quedaría sometida a aquello que el legislador considere como inmoral, vulnerando así el pluralismo moral presente en la mayoría de los Estados constitucionales actuales.

Otra controversia que gira en torno al principio que está siendo comentado, es aquella referente al Derecho Penal de hecho o de autor, de esta forma el comprender al bien jurídico como una realidad empírica externa, supone que su vulneración será atribuida a una conducta la cual pueda ser objetivamente imputable con el resultado lesivo producido (Mir, 2016).

De lo redactado se desprende otra garantía elemental del ser humano, el ser juzgado únicamente sobre la base de lo que hace y mas no de lo que se es. Ante lo expuesto Ferrajoli (2012) indica que del principio de ofensividad devienen dos *sub-principios*, uno en sentido abstracto y otro en sentido concreto, de esta manera, el primero hace alusión a que, nadie puede ser juzgado por el despliegue de una conducta que no ponga en peligro a ningún bien jurídico protegido, mientras que la ofensividad en sentido concreto consiste en que a pesar de que una conducta encaje efectivamente en la redacción típica, si esta no produjo un daño al bien jurídico en cuestión, nadie podrá ser juzgado por la misma.

Dichas garantías no resultan tan diáfanas si por el contrario se adoptase la postura de que el contenido del bien jurídico merecedor de protección penal deviene del propio ordenamiento jurídico (autorreferencial), puesto que en estos casos el fin del Derecho Penal quedaría constituido por sí mismo, lo cual no implica ninguna garantía ni límite al *Ius puniendi* estatal y ante tal escenario incluso podrían llegar a ser materia del delito las personalidades que pongan en peligro la vigencia de las normas del Derecho Penal (Ferrajoli, 2012).

3.2.2. Principio de Fragmentariedad

Derivado del principio general de intervención mínima del Derecho Penal, se encuentra – junto a la subsidiariedad – el principio de Fragmentariedad, el cual, podría decirse a grandes rasgos, consiste en que el Derecho Penal solo debe ocuparse de aquellas conductas lo suficientemente graves capaces de producir la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (Mir, 2016).

Castillo (2004) sostiene que la Fragmentariedad supone un Derecho Penal que únicamente debe encargarse de aquellas conductas capaces de producir perturbaciones sociales graves, otorgándole así un nuevo enfoque, puesto que antaño se consideraba que también eran materia del Derecho Penal “los comportamientos moralmente reprobables” (p. 245).

De lo expuesto, resulta lógico comprender que el principio de Fragmentariedad, se construye sobre la base de una doble vertiente, tanto formal como material, siendo que, la primera comprende a aquello objetivamente protegido con la transgresión de la norma penal (bien jurídico en sentido Dogmático), centrandose

así su atención únicamente en las conductas más gravosas capaces de lesionarlo o ponerlo en peligro, mientras que el sentido formal implica que para la producción del resultado es necesario, previamente, la existencia de una ley que regule la conducta a la cual sea posible la objetiva imputación del mismo², denotando así una íntima relación con el principio de legalidad (Castillo, 2003).

Para muchos autores, tales como, Muñoz y García (2010) y Mir (2003), la fundamentación actual, que hacia hoy en día sustenta el carácter fragmentario del Derecho Penal, se halla en el cambio de paradigma, de una función retributiva de la pena hacia una función preventiva, de esta manera se entiende que, para las conductas menos peligrosas de poner en peligro el bien jurídico protegido, existen otros medios menos lesivos que cumplen el mismo objetivo.

En tal sentido, el principio de Fragmentariedad responde a una humanización del Derecho Penal, así como a la separación entre la moral y el derecho (Castillo, 2003), pues – como también se explicó en el análisis respectivo al principio de Lesividad (ver subcapítulo 3.2.1) – el Derecho Penal no busca fortalecer a la moral existente, dado que, ello supondrá, en un sentido u otro, la adopción de una moral predominante, transgrediendo el principio igualdad, en especial para con las personas quienes no adoptan dicha moral mayoritaria (Ferrajoli, 2012).

Es así que, comparando la época contemporánea frente al pasado, se hace notorio que la cantidad de conductas delictivas reguladas han disminuido

² Cabe resaltar que cuando se hace referencia – en este punto en específico – al resultado, implica tanto a la lesión o a la sola puesta en peligro del bien jurídico protegido.

considerablemente, en tal sentido Maurach (s.f.) citado por Castillo (2003), señala que esto puede deberse a dos factores principalmente, así, en primer lugar, afirmaba que no toda conducta socialmente incómoda constituye delito y que además muchas otras habían pasado a formar parte de la tutela del derecho administrativo, en segundo lugar, sostenía que el Derecho Penal más allá de servir como un sistema de educación moral de los ciudadanos debía centrarse en la protección de bienes jurídicos.

Cabe señalar que el principio materia del presente análisis, comprende tres aspectos mediante los que se manifiesta. Siendo ello así, el primero está referido a que, del cúmulo de conductas ilícitas comprendidas dentro del ordenamiento jurídico en general, las penalmente relevantes resultan más restringidas y limitadas; el segundo de los aspectos señalados supone que, el Derecho Penal no comprende a todas las formas capaces de generar el resultado lesivo, sino solo a aquellas conductas que puedan ser objetivamente imputables con la lesión o puesta en peligro del bien jurídico; y finalmente el tercer aspecto implica que lo susceptible de ser reprochado moralmente no tiene relevancia para el Derecho Penal (Castillo, 2003).

Otro de los puntos resaltantes que giran en torno a la importancia de la Fragmentariedad, como devenida de un Estado social, supone que esta logra la legitimación del sistema penal, puesto que, si cualquier conducta fuese capaz de ser regulada como delito, ello implicaría la intolerabilidad del sistema penal ya que la vida social se vería severamente afectada por la postura evidentemente autoritaria asumida, no obstante, mediante la garantía que la Fragmentariedad

supone, solo aquellas conductas lo suficientemente graves podrían ser materia de prohibición por parte de la norma penal (Hurtado, 1987).

Siendo que en virtud de este principio solo quedan comprendidas en el ámbito del Derecho Penal aquellas conductas más peligrosas en cuanto a la afectación del bien jurídico se refieren, puede decirse que este también opera como garantía hacia la libertad del individuo, puesto que – como se dijo en el párrafo precedente – el extender la facultad punitiva estatal a diferentes aspectos socavaría el derecho al desarrollo de la libre personalidad, impidiendo un proyecto de autorrealización personal en la vida social (Castillo, 2003).

De acuerdo con lo recientemente indicado, cabe entender a la Fragmentariedad como un filtro mediante el cual quedarán determinadas las conductas relevantes para el Derecho Penal, de aquellas que no lo son, de esta manera podría decirse que cumple un rol político criminal, identificando las conductas que deben ser prohibidas de aquellas que deban despenalizarse; lo señalado, se entiende como la faceta positiva del principio de Fragmentariedad (Castillo, 2003).

Como se indicó líneas arriba, uno de los fines de la Fragmentariedad se encuentra referido respecto a buscar la legitimidad social, para ello es necesario la concurrencia de tres aspectos elementales, consistentes en: a) el bien jurídico protegido; b) la gravedad de la conducta; y c) imputación subjetiva del hecho (Castillo, 2003).

Sobre el bien jurídico protegido, como ya se dijo en el acápite anterior y en lo referente al análisis de tipicidad, no todos los bienes jurídicos son objeto de tutela jurídico penal, sino solo aquellos que revistan una importancia fundamental en libre desarrollo y participación de las personas en la sociedad (Mir, 2016). Es así que el contenido que dota de sentido al bien jurídico penal, puede ser extraído de la Constitución, la cual a su vez lo plantea en función a aquella realidad valorativa externa al derecho en sí mismo, pero que determina la participación dentro de una comunidad social, a partir de un consenso social mínimo (Ferrajoli, 2012).

Sobre la dañosidad de la conducta, esta implica que el comportamiento desplegado, debe ser lo suficientemente grave para lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido, ello supone que de todas las conductas capaces de producir dicho resultado únicamente se consideran a aquellas que supongan un mayor peligro en la protección del bien jurídico (Castillo, 2003). Del mismo modo, la conducta desplegada debe imputarse a título de dolo, como regla general, y sólo en determinadas excepciones a título de culpa (Muñoz y García, 2010).

3.3. EVOLUCIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

En este acápite se analizará lo correspondiente a la evolución del delito de Lavado de Activos en el Ordenamiento Jurídico peruano, para lo cual se considerará la temática sobre la que gira en torno la investigación y las diferentes modificaciones que ha sufrido su tipificación.

3.3.1. Origen del Delito

El delito de Lavado de Activos, en el Perú, posee un origen ligado a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, elaborada y aprobada en Viena en 1988, ergo, debido a que atendía sobre nuevas estrategias para combatir el tráfico ilícito y el consumo indebido de sustancias psicotrópicas, establecía la criminalización del lavado de dinero proveniente de estas actividades como un delito autónomo en el marco de una decisión político-criminal para combatir el narcotráfico afectando sus mecanismos de financiamiento y reinversión (Prado, 2008, p. 01).

La Convención de Viena de 1988 fue ratificada en el Perú el 23 de setiembre de 1991 por el Congreso de la República, lo que se coligió, según Huayllani (2016, p. 28), en la incorporación, mediante la promulgación del Decreto Legislativo N.º 736, de dos artículos a la Sección II del Capítulo III del Título XII del Código Penal, en relación al delito de Tráfico Ilícito de Drogas y con el siguiente texto legal:

Artículo 296-A – El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con ciento veinte a trescientos días de multa e inhabilitación conforme al artículo 36º incisos 1, 2 y 4.

El que compre, guarde, custodie, oculte o reciba dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su ilícito origen o habiéndolo sospechado, será reprimido con la misma pena.

Artículo 296-B – El que interviene en el proceso de blanqueado o lavado de dinero proveniente de tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico del país, de tal forma que ocultare su origen, propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis (6) ni mayor de doce (12) años con ciento cuarenta (140) a trescientos sesenta y cinco (365) días

de multa e inhabilitación conforme al artículo 36°, incisos 1, 2 y 4. La figura delictiva descrita se agrava sancionándose con el máximo se ley como mínimo si el agente, siendo miembro del Sistema Bancario o financiero, actúa a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero

Huayllani (2016, p. 28) sostiene que el texto de los artículos ha seguido el modelo de la Ley Argentina N.º 23737, ergo, el artículo 196-A del Código Penal peruano habría sido inspirado en el artículo 25 de la Ley, mientras que el artículo 196-B se correspondería con el artículo 26 respectivamente:

Artículo 25°: Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos mil australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquéllos, o del beneficio económico del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado. Con la misma pena será reprimido el que comprare, ocultare o receptare dichas ganancias, cosas, bienes o beneficios conociendo su origen o habiéndolo sospechado.

Artículo 26°: En la investigación de los delitos previstos en la ley no habrá reserva bancaria o tributaria alguna. El levantamiento de la reserva sólo podrá ser ordenada por el juez de la causa. La información obtenida sólo podrá ser utilizada en relación a la investigación de los hechos previstos en esta ley.

3.3.2. El Delito de Lavado de Activos en el Perú

En concordancia con lo establecido en el acápite anterior, Gálvez Villegas (2018), cree que la primera legislación que tipificó el delito de Lavado de Activos concierne a los artículos 196-A y 196-B del Código Penal, ahora derogados; estos artículos habrían vinculado al delito de Lavado de Activos con el delito de Tráfico de Drogas de manera absoluta, por lo que, en la práctica, se solía iniciar la investigación de este delito de manera simultánea o después de iniciadas las investigaciones referidas al tráfico ilícito de drogas (p. 30).

En aquel contexto, Huayllani (2016), narra que se criticó la redacción de ambos artículos, pues el término pignoración o la expresión “o lo hubiera sospechado” no iba acorde a lo establecido en la Convención que originó el tipo. Así, los artículos fueron derogados y se promulgó la Ley N.º 25404, que recibió la misma suerte, estableciéndose la necesidad de contar con una nueva fórmula legal, solución que podría haber sido aportada por el Anteproyecto de Ley que Modifica la Legislación Penal en Materia de Tráfico Ilícito de Drogas y Tipifica el Delito de Lavado de Activos, que ubicaba al Lavado de Activos en el título de Delitos Contra la Administración Pública (pp. 29-31), cuyo texto prescribía:

Artículo 406° A.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita, realiza actos de conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimiendo con pena privativa de libertad no menos de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días-multa.

Artículo 406 B.- El que conociendo o pudiendo presumir su procedencia ilícita adquiere, guarda, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder bienes, efectos o ganancias para evitar su descubrimiento, la identificación de su origen, su incautación o decomiso será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de diez años y multa de 120 a 365 días- multa.

Artículo 406 C.- La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de quince años y multa de 365 a 730 días-multa cuando los delitos previstos en los artículos 406° A y 406° B se cometen bajo las siguientes circunstancias:

- a) El agente utiliza o se sirve de su condición de empresario o intermediario en el sector financiero o bursátil, o de funcionario público para la comisión del delito.
- b) El agente comete el delito para favorecer delitos de tráfico ilícito de drogas, contra la administración pública, terrorismo, traición a la patria o secuestro.
- c) El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal

Finalmente, se decidió optar por el ámbito preventivo, promulgándose la Ley N.º 27693 cuyo fin era el de prevenir y detectar la comisión del ilícito, acompañada

de la Ley N.º 27765 que sancionaba la conducta y que fue derogada mediante el Decreto Legislativo N.º 1106 en el año 2012 después de aproximadamente una década de vigencia (Huayllani, 2016, pp. 33-34).

Tras la creación del Decreto Legislativo N.º 1106 el Ministerio de Justicia se pronunció a favor de la autonomía del delito, sin ser necesario corroborar el delito preexistente, bastando con la concurrencia plural de indicios sobre la existencia de un ilícito y su nexos con los bienes materiales para acreditar la comisión del Lavado de Activos (Calderón, 2018, p. 419).

Otro asunto es el referido a la modificación que sufrió el artículo 10 del instrumento por el Decreto Legislativo N.º 1249, en tanto refiere que, conjuntamente con su investigación y procesamiento, el delito de Lavado de Activos también sería autónomo para su sanción.

3.3.3. Posturas del órgano Jurisdiccional

Por su parte, la Casación N.º 92-2017-Arequipa, tuvo como punto controvertido la resolución de una excepción de improcedencia de acción planteada por la defensa, pues se sustentaba que las transferencias habían sido desarrolladas de manera lícita, que existía ausencia de delito precedente y ausencia de tipicidad subjetiva; de esta manera, al referirse al delito fuente, el tribunal estableció que este sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo.

Ello habría generado decisiones irregulares en el aparato judicial, lo que llevó a la Sentencia Plena Casatoria N.º 1-2017/CIJ-433 (Primer Pleno Casatorio), que estableció como criterio normativo que el “origen delictivo” pertenece a los componentes normativos, siendo que ello se corresponde con aquel delito capaz de generar lucro. De igual manera habría sustentado el señalamiento de indicios contingentes que permitan colegir la realización de un ilícito como un presupuesto relacionado a la autonomía del delito de Lavado de Activos (Pérez, 2018, pp. 202-205).

3.4. ANÁLISIS DOGMÁTICO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El análisis del delito de Lavado de Activos, deberá partir de lo prescrito en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.º 1106 (Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros Delitos Relacionados a la Minería Ilegal y Crimen Organizado):

Artículo 1º.- Actos de conversión y transferencia. El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 2º.- Actos de ocultamiento y tenencia. El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 3º.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito. El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

A partir de lo señalado, se procederá a descomponer el alcance de los diferentes elementos típicos que conforma el delito de Lavado de Activos en la legislación peruana.

3.3.1. Bien Jurídico Protegido

Existe controversia sobre el bien jurídico protegido del delito de Lavado de Activos; debido a la complejidad del delito y que este parece afectar varios bienes jurídicos, la doctrina tiende a generar más de una postura, e incluso se llega a aceptar que el tipo penal protege a más de un bien jurídico.

Hay quienes consideran que, debido a su evolución histórica y orígenes, el delito de Lavado de Activos atentaría contra la salud pública, empero se objeta que la *ratio legis* no debería confundirse con el bien jurídico (Pérez, 2018, 181). Por su parte, Ruffner (2013) considera que el delito constituye una mera desobediencia, por lo que el bien jurídico sería la funcionalidad de la administración pública (p. 216).

Otra postura versa sobre la administración de justicia como bien jurídico, fundada en la obstaculización que se realiza con relación al delito preexistente; es decir, el delito sería una forma de encubrimiento en relación a la intervención criminal luego de cometido el primer ilícito. Ello podría derivarse de que, doctrinarios como Oré Sosa (2013), arguyen que existen casos en los que el encubrimiento y el Lavado de Activos llegan a difuminar todas sus diferencias (pp. 12-13).

No obstante, las críticas que se pueden realizar a esta postura no son pocas, partiendo de la diferenciación existente con el encubrimiento, que se considera únicamente un aspecto parcial de la fenomenología o que la ubicación del delito podría ser otra o en un caso extremo no se justificaría su existencia (Pérez, 2018, pp. 181-182).

Oré (2018) sugiere que “en el caso del orden socioeconómico, el blanqueo vulnera la libre competencia, así como la credibilidad, estabilidad y solidez del sistema financiero” (p. 113), en alusión a la opinión de Blanco Cordero; Sin embargo, tal como lo evidencia Pérez (2018), el delito de Lavado de Activos no siempre menoscabará el sistema económico, asimismo, desde el punto de vista metodológico el orden socioeconómico constituye un objetivo político criminal más que un objeto de protección y, en tercer lugar, que el control de un sector de la economía puede realizarse igualmente con dinero proveniente de actividades lícitas (p. 184).

Autores como Víctor Prado Saldarriaga acogen la postura de que el delito de Lavado de Activos, como se desprende del Decreto Legislativo N.º 1106 posee un bien jurídico pluriofensivo, es decir, concurre más de un solo bien jurídico en protección (Pérez, 2018, p. 186). No obstante, no se trata de una postura que haya generado una aceptación completa, sino que también ha sido objeto de críticas por su vaguedad.

Finalmente, la doctrina penal comparada, el bien jurídico recaería sobre la licitud de aquellos bienes que circulan en el mercado, y siendo que uno de los

presupuestos del orden socioeconómico es que los bienes en circulación sean lícitos, se puede afirmar la comisión de este delito no generaría únicamente lucro por el bien ilícito (Pérez, 2018, p. 185).

3.3.2. Conducta Típica

Tal como lo precisa Calderón (2018), no existe una relación general-especial entre las modalidades de realización del Lavado de Activos, sino, se trata de la realización de diversas conductas dentro de su proceso (p. 411). El tipo penal base sobre el cual trataremos se encuentra regulado en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.º 1106, que regulan los comportamientos de conversión, transferencia e integración respectivamente, y que constituyen las etapas de comisión del delito de Lavado de Activos.

La primera etapa, de conversión, se refiere a la transformación o sustitución de las cosas, desapareciendo total o parcialmente todo aquello originado en un acto delictivo, generando bienes lícitos o de apariencia lícita (Calderón, 2018, pp. 411-412). Entonces, se precisa, que la conversión de los bienes puede tomar la forma de sustitución por otros bienes de distinta naturaleza o mantener esta total o parcialmente, por lo que no es necesario cambiar los bienes por otros, sino que la conversión debe ser entendida en términos jurídicos, bastando imprimir la apariencia de licitud a los bienes relacionados a la comisión de un delito (Gálvez, 2018, pp. 69-70).

De conexidad con lo anterior, la conversión puede darse desde la óptica material o semiideal, en cuyo caso se transforma al objeto en otro aspecto, pero sin

modificar su núcleo de materias, o inmaterial o ideal en el caso de la realización de un depósito en físico a una cuenta bancaria, generando la preservación del monto y la obtención de una incrementación crediticia bancaria (Calderón, 2018, p. 412).

Por su parte, la transferencia se encuentra referida a trasladar un bien desde una esfera jurídica a otra, al margen de si existe o no el cambio de titularidad o poder dominical (Gálvez, 2028, p. 71). La estratificación o intercalación es una etapa que tiene como objetivo el alejamiento de los bienes de carácter ilícito que se posee a través de la utilización de múltiples transacciones, múltiples países y múltiples personas, insertando el dinero en los circuitos financieros para ensombrecer u ocultar su origen (Calderón, 2018, pp. 412-413).

La fase de integración o reinversión se trata de disponer del bien o monto dinerario para ejecutar cualquier clase de inversión, lícita o no, de tal manera que se plantea el siguiente esquema: i) el delincuente invierte en actividades industriales, finanzas o similares, ii) origina capitalización iii) accediendo a un mejor nivel de vida y generando iv) apariencia lícita en la reinversión (Calderón, 2018, pp. 413-414).

En esta última fase el dinero posee apariencia de legalidad y puede ser utilizado como capital lícito por el comitente del delito; finalmente, debido a que estas fases suelen ocurrir de manera simultánea es complicado determinar el inicio y la conclusión del proceso, además de que, con el auge de los avances tecnológicos

de los últimos años, existen otros métodos más sofisticados para cometer el delito
(Almanza, 2018, p. 352).

3.3.3. Autonomía del delito

El treceavo fundamento de la Sentencia Casatoria Plenaria N.º 1-2017/CIJ-433 (Primer Pleno Casatorio) establece un criterio sobre lo que se entiende como autonomía del delito de Lavado de Activos en referencia a los delitos precedentes, que, bajo esta óptica, no tienen la necesidad de ser investigados, sometidos a proceso judicial o sentenciados, bastando con una vinculación “razonable” con los hechos materia del delito de Lavado de Activos para que este tipo se configure (Urquiza, 2018, p. 23).

Al respecto, Gálvez Villegas (2018), desarrolla tres teorías sobre la autonomía del delito de Lavado de Activos: La primera de ellas se refiere a la autonomía plena o independencia absoluta del Lavado de activos respecto a el delito previo, en donde puntualiza que el único caso en la legislación peruana en donde se requiere la probanza del delito precedente es en el del artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1106, lo que no parece un criterio adecuado si es que se considera que se está hablando de bienes, ganancias o efectos vinculados a un delito; la segunda postura aboga por la existencia de una vinculación absoluta del delito de Lavado de activos respecto del delito previo en virtud de la evolución histórica que ha tenido el tipo penal y la primera redacción del artículo 10 modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249; la última teoría considera que la autonomía material es relativa, que el delito previo no es un elemento normativo del tipo y que la

autonomía no es absoluta, exigiendo indicios razonables que vinculen al bien con el delito cometido (pp. 28-51).

De las tres posturas esbozadas, consideramos que la Sentencia Casatoria Plenaria (Primer Pleno Casatorio) ha acogido la última, en tanto se acepta que el delito de Lavado de Activos posee un carácter autónomo, pero se exigen indicios sobre la relación de los bienes con el delito fuente. Al respecto Arbulú Ramírez (2018), discute si es que la prueba indiciaria podría ser suficiente para acreditar el Delito de Lavado de Activos en contraste con la Presunción de Inocencia, y tras analizar la jurisprudencia referente concluye que no existe un criterio uniforme para tratar el delito precedente en la doctrina, y que la delimitación sobre la naturaleza jurídica del delito fuente es realizada por el órgano Jurisdiccional a través de sus pronunciamientos y acuerdos plenarios (pp. 487-489). Ello constituye una circunstancia criticable, evidenciando una falta de diligencia del Poder Legislativo y un posible exceso de funciones recaídas en el Poder Judicial.

En conexión con lo anterior, antes de la autonomía explicada en la Sentencia de 2017, la Casación N.º 92-2017 puso a discusión la comprensión de los elementos normativos, lo que terminó originando un gran número de posiciones por parte de la jurisprudencia y la doctrina en ese momento, mismas que circundan en una dependencia absoluta del delito previo, y, (minoritariamente) las que se centran en las ganancias ilícitas; una determinación adecuada del tipo normativo podría permitir entender que si el delito precedente ha prescrito no constituirá óbice para condenar o sancionar por el delito de Lavado de Activos (Hanco, 2018, pp. 214-216). El mismo razonamiento sería aplicable en el caso de la despenalización del

delito fuente, pues si se opta por acoger una autonomía absoluta del delito de Lavado de Activos se podría llegar al absurdo de que una persona cumpla condena por obtener ganancias que ahora son lícitas, debiendo desarrollarse con suma urgencia lo concerniente a la conexión del delito con la conducta previa.

No debe entenderse por autonomía que el delito de Lavado de Activos se encuentra totalmente desvinculado del hecho ilícito precedente, y no sería correcta aquella posición que busca desconectar fácticamente a ambos delitos, siendo que el delito precedente forma parte de los elementos normativos del tipo de acuerdo al artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 (Figueroa, 2018, pp. 285-286). Recordemos que el artículo bajo comentario designa a cualquier tipo penal con capacidad de generar lucro como aquel origen criminal que debe ser conocido, siendo criticable el análisis hecho únicamente a partir del conocimiento del origen ilícito, pues no tendría sentido que el legislador haya establecido la correspondencia con el delito fuente (Figueroa, 2018).

Tratando sobre el mismo instrumento, Roy Freyre (2018) ha expresado sus preocupaciones acerca de la modificación que sufrió el texto del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, y que en la actualidad profesa autonomía para sancionar, lo que parece confundirse con la “autarquía”, advirtiendo que términos acuñados por la doctrina como “delito fuente”, “delito precedente”, “delito previo” y “delito determinante” siguen siendo utilizados en relación a la importancia que posee su probanza para penar el Lavado de Activos (p. 44).

Calderón (2018) también hace mención de la problemática del delito previo en el tipo de Lavado de Activos, identificando una suerte de versus entre la eficacia del control social y las garantías del mismo, de donde se puede colegir que la interpretación de una autonomía absoluta sustentada por el Decreto Legislativo N.º 1106 es irracional, ya que “no se debe sustentar una investigación en simples sospechas fácticas” (p. 420).

3.3.4. Sujeto activo

Una de las características del delito de Lavado de Activos, es su naturaleza común o de sujeto activo indeterminado, ya que, a pesar de que el individuo actúe en beneficio de una organización criminal, el tipo penal no le exige alguna calidad especial. No existe inconveniente alguno para aceptar cualquier forma de autoría o participación en la comisión del delito, siendo que inclusive la persona que cometió el delito precedente puede ser sujeto activo; una cuestión interesante es la determinación de si la excusa absolutoria de ocultamiento del delito en el caso de parentesco podría ser aplicable en este delito, pero se aclara que no existen razones *político-criminales* para esta consideración, sino se referiría a la analogía *in bonam parte* (Pérez, 2018, 194-196).

Mendoza Llamocponcca (2018) señala que la autoría inmediata es la forma menos problemática de realización del tipo, pero, si se discurre sobre organizaciones criminales, se han generado soluciones como la coautoría, la autoría mediata, o la cooperación necesaria; por otra parte se encuentra de acuerdo con que cualquiera puede constituirse como sujeto activo de la comisión del tipo penal base, pero advierte que el delito de Lavado de Activos Agravado exige calidad especial en

sus autores, siendo que podrá cometer este delito cualquiera que utilice o se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil, en virtud a la especialización de los agentes, y el integrante de una organización criminal (pp. 285-291).

3.3.5. Sujeto pasivo

En concordancia con Ruffner (2013), el sujeto pasivo de este delito vendría a ser el Estado (p. 216). Ello deriva de que el Estado se presenta como entidad garante de la economía en el Perú, sin embargo, es también cierto que la comisión del delito genera daños a nivel de la comunidad en general.

3.3.6. Elemento subjetivo del tipo

A prima facie podría decirse que la forma más común e identificable para la comisión del delito de Lavado de Activos es el dolo, y gracias a ello un sector de la doctrina, en el que se incluye Ruffner (2013), consideran pertinente desarrollar únicamente el dolo en relación a la tipicidad subjetiva (p. 216).

Según lo establecido en la Ley N.º 27765 se podría sancionar a aquella persona que podía presumir el origen de los activos; debido a ello la culpa parecería poder formar parte del elemento subjetivo, considerando que esta se presenta como una mera posibilidad de que ocurra el ilícito, aunque estadísticamente es poco probable. En cuanto al dolo se evalúa la conciencia y voluntad del agente, quien puede saber o presumir que los bienes son objeto de operaciones ilícitas, debido a lo que, además de aceptarse el dolo directo también se acepta el dolo eventual,

considerando que el agente puede considerar que el evento probablemente ocurra

(Calderón, 2018, pp. 417-418).

CAPÍTULO IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

En este punto abordaremos la discusión y conclusiones. Sobre el primero desarrollaremos la discusión de la investigación; es decir, lo que se conoce como contrastación de la hipótesis, de esta manera para alcanzar el objetivo propuesto utilizaremos el Método Dogmático y la técnica de observación documental (apartado 4.1). En cuanto al segundo presentamos las conclusiones de nuestra investigación; esto es, los hallazgos de la misma (apartado. 4.2)

4.1. Discusión

La discusión está centrada en determinar si en observancia del principio de Lesividad se debe considerar como probado el delito fuente en el tipo penal de Lavado de Activos, así como identificar si con su aplicación se lesiona el principio de Fragmentariedad como límite de la facultad punitiva estatal.

4.1.1. Principio de Lesividad

Como ya se detalló en lo concerniente al análisis de la parte general del Derecho Penal, el principio de Lesividad implica la vulneración de un bien jurídico protegido (Ferrajoli, 2012). En tal sentido, las conductas que puedan ser tipificadas como delito deben ser capaces de lesionar o poner en peligro dicho bien, caso contrario no se estaría observando los alcances que este principio supone (Muñoz y García, 2010).

Dado así lo expresado, en cuanto al bien jurídico que con el delito de Lavado de Activos³ se está salvaguardando: tanto la doctrina jurídica en general, así como,

³ Para un mayor alcance revisar lo desarrollado en el punto 3.3.1. concerniente al bien jurídico protegido del delito aquí tratado.

la jurisprudencia nacional en particular, no determinan de manera clara en qué consiste el mismo; identificándose así distintos intereses concurrentes. Por tales motivos, para explicar en mejor medida este tópico, los siguientes párrafos consistirán en exponer cada postura, para después identificar si el considerar cómo probado el delito fuente en el Lavado de Activos se realizaría en observancia con el principio aquí tratado.

Con la finalidad de desarrollar lo indicado, se tiene que una de las posiciones que tiene mayor consenso en el plano internacional, aunque sin dejar de lado cierta oposición, es la de considerar como el bien jurídico merecedor de tutela penal al orden socioeconómico (Oré Sosa, 2013; Prado Saldarriaga, 2015; y, Hernández Quintero, 1997). No obstante, y al existir debate sobre la existencia de un bien jurídico pluriofensivo o unilateral, e incluso al haber controversia entre los bienes unilaterales, no consideraremos que este es el único punto de partida.

Dado el tema central de la investigación, lo que se quiere es determinar en específico las razones para considerar como probado el delito fuente en el Lavado de Activos, por ello, conviene entender, en primer lugar, qué relación posee el ilícito precedente con el delito analizado bajo la óptica del Método Dogmático, para luego verificar si es que el bien jurídico que intenta proteger el tipo penal es afectado o no.

Al respecto, conviene recurrir a lo indicado tanto por la sentencia de casación N.º 92-2017, así como por el Primer Pleno Casatorio Penal. El primero de ellos concluye que el delito fuente en el tipo penal de Lavado de Activos debe quedar

probado, pues se trataría de un elemento normativo del tipo que se desprende del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, siendo aquello una materialización de la teoría de vinculación absoluta a través de una decisión jurisdiccional.

El considerar como elemento normativo del tipo al delito fuente, genera consigo distintas consecuencias teóricas y prácticas que terminan comprendiendo la efectividad del delito de Lavado de Activos, pues las distintas conductas señaladas en el Decreto Legislativo N.º 1106 requerirían que exista una conducta previa debidamente corroborada para luego versar sobre la afectación a un interés tutelado, lo que, como límite de la facultad punitiva estatal, implica al principio de Lesividad. Por ello, en la práctica, para poder juzgar este delito se debería probar la fuente delictiva en la cual se originó el objeto del Lavado de Activos.

Un razonamiento al contrario podría originar que se sentencie por un acto sin que este haya vulnerado el bien jurídico protegido o exista duda sobre ello, pues si se corrobora inocencia en el delito fuente, los ingresos sobre los que se despliegan las conductas del tipo de Lavado de Activos ya no serían ilícitos, por el contrario, serían obtenidos en el marco de la legalidad y ninguno de los bienes jurídicos que plantea la doctrina sería vulnerado.

Frente a lo recientemente expuesto, cabe destacar que, de distinto planteamiento es lo indicado en el Primer Pleno Casatorio Penal, pues aquí se concluye que el delito fuente no debe quedar probado, y que, por el contrario, su determinación se realice sobre la base de prueba indiciaria y circunstancial. En consecuencia,

queda configurado como elemento del tipo el origen ilícito del objeto en el Lavado de Activos.

La postura del Pleno, parece generar una mejor protección al bien jurídico unilateral o plurilateral, ergo, podría llegar a considerarse que ante la duda los Miembros del Órgano Jurisdiccional han optado por ampliar la aplicación del delito en virtud a intereses tutelados.

Llegados a este punto, conviene detenerse para analizar cada una de las posturas esgrimidas bajo la luz del principio de Lesividad, pues como se ha podido verificar, ambas se relacionan con el concepto de bien jurídico. Por ello, conviene regresar al debate iniciado párrafos atrás acerca del bien jurídico aquí tutelado; en consecuencia, en nuestra opinión se está ante un delito de naturaleza pluriofensiva debido a la distinta multiplicidad de intereses que convergen y que se ven vulnerados en las distintas etapas de comisión que el Lavado de Activos comprende, pues se regulan tres conductas típicas con diferentes efectos sobre diferentes intereses.

Luego de aceptar la naturaleza pluriofensiva del delito de Lavado de Activos, hemos de puntualizar que el principio de Lesividad no debe verse únicamente desde el ámbito de protección a los bienes jurídicos que puedan ser colisionados por aquellas conductas contrarias a la sociedad, sino también desde la constitución de un límite para el Estado, pues no debería ser admitida la regulación de un delito que no produzca alguna lesión a un interés tutelado y de

la misma manera una conducta que no colisione con ningún bien jurídico no deberá ser reprimida por el Derecho Penal.

Entonces, resulta sumamente necesario establecer cuál de las dos posturas se corresponde con la salvaguarda de bienes jurídicos en relación al principio de Lesividad; es decir, si considerando como elemento normativo del tipo objetivo al delito fuente o si por el contrario este queda determinado por el origen ilícito de los objetos de este delito.

Al respecto, si se asume la primera de las posturas, ya sea el orden socioeconómico, la eficacia del sistema penal o cualquiera de los demás bienes jurídicos considerados aquí como merecedores de tutela penal, estos se hallan salvaguardados, pues, el elemento esencial que fundamenta la intervención punitiva del Estado se encuentra en la ilicitud en el origen del objeto en el delito de Lavado de Activos, y se desprende que existirá una vulneración en tanto se compruebe el delito previo, bajo prevención de que se condene aún sin haber determinado algún agravio al bien jurídico.

Por su parte, si, al contrario, se asume que el elemento normativo del tipo se halla circunscrito al origen ilícito del objeto en el lavado de activos, su determinación se erige como un verdadero problema para garantizar que se está decidiendo sobre un bien jurídico tutelado. Ante ello se pueden presentar dos supuestos que ejemplifican el problema aquí advertido.

El primero de ellos se halla íntimamente ligado a la prescripción del delito fuente; en tal sentido, si no se exige la probanza del comportamiento delictivo previo, puede darse el caso de que se halle un incremento patrimonial no justificado sobre la base de indicios de una conducta criminal, empero esta conducta ya haya prescrito al momento de iniciar la investigación por Lavado de Activos y, en consecuencia, no habría bien jurídico que tutelar, no superando el filtro exigido en virtud al principio de Lesividad.

Otro problema evidenciado en este tópico es el relacionado a la interpretación que se realice del delito fuente en aquellos casos en los que los fundamentos de su regulación hayan mutado. En estas circunstancias, puede suceder que por razones de política criminal su tipificación ya no se encuentre justificada o que haya sido modificada; aquí al igual que en el anterior caso, el bien jurídico protegido no se encuentra salvaguardado en base a circunstancias sobrevinientes que despenalizan la conducta que en un primer momento era ilícita, deviniendo en innecesaria la persecución que por Lavado de Activos pudiera seguirse.

En consecuencia, de lo aquí desarrollado, es de observar que una mejor extensión en cuanto a la garantía que el principio de Lesividad implica, se halla asegurada, al asumir que el delito fuente debe ser probado en la comisión de Lavado de Activos, frente a lo que supondría el considerar como elemento normativo del tipo al origen ilícito.

4.1.2. Principio de Fragmentariedad

La Fragmentariedad guarda cercana relación con el principio expuesto en el acápite precedente, dado que, si bien el principio de Lesividad busca castigar únicamente aquellas conductas que afecten bienes jurídicos que permitan la plena participación de un individuo en la sociedad, el principio de Fragmentariedad supone que solo deban castigarse las conductas más graves capaces de poner en riesgo o lesionar al bien jurídico tutelado.

Dada así la cuestión, resulta necesario comprender aquí, si es que los elementos que revisten a cada una de las conductas típicas superan el filtro referente a la gravedad que su ejecución puede suponer para la lesión del bien jurídico pluriofensivo previsto. En tal sentido, el análisis que aquí compete se centrará en determinar si es que el considerar al delito fuente como probado en el Lavado de Activos, salvaguarda la efectividad de este principio.

En un primer momento conviene analizar cuáles son las implicancias y alcances que el principio bajo comentario supone; tal y como quedó indicado en el capítulo respectivo, es en base al carácter fragmentario del Derecho Penal, que el análisis del desvalor conducta se produce en una etapa *ex ante*, bajo la cual se examina si los elementos que componen a dicho tipo penal son lo suficientemente eficaces como para lesionar el bien jurídico protegido.

No tiene sentido que se penalicen todas las conductas humanas, sino solo las que se consideran más graves, las que son capaces de desarrollarse en un ámbito nocivo para la sociedad y que pueden causar lesiones a los intereses de esta.

En tal dirección, se seguirá el mismo trazo a fin de determinar si el considerar como probado el delito fuente en el Lavado de Activos, satisface o no la necesidad de castigar únicamente aquellas conductas que efectivamente sí sean capaces de lesionar el bien jurídico, o en este caso, la pluralidad de bienes jurídicos que aquí intervienen. Dada así la cuestión expuesta, en cuanto al carácter fragmentario del Derecho Penal se refiere, es de notar que el debate se centrará en un elemento normativo del tipo, para a partir de allí identificar si es que en verdad se están considerando únicamente aquellas conductas más gravosas capaces de lesionar el interés jurídico penal tutelado.

Es por ello que, cabe versar sobre lo relativo a considerar como un elemento normativo del tipo al delito fuente, para así poder exigir su probanza en los casos de Lavado de Activos. Conviene aclarar que, el requerir que se halle probado implica, en estos casos, un primer filtro que tiene como finalidad la determinación delictiva en la generación del objeto del Lavado de Activos, para después evitar investigar hechos inocuos.

En consecuencia, lo expuesto tiene cabida en la Dogmática jurídico penal, dado que, si el delito fuente queda constituido como un elemento normativo del tipo objetivo en esta clase de delito, se tiene la seguridad de que únicamente serán encausadas las conductas en las que previamente se haya determinado la ilicitud de su origen, garantizando así, que solo las conductas más graves sean procesadas.

Caso contrario ocurriría, si se asume como elemento normativo del tipo, el origen ilícito del objeto del Lavado de Activos. Al respecto debemos aclarar, que en estos supuestos se da un margen de interpretación muy amplio al juzgador dentro de los cuales puede considerar como concurrente el origen ilícito, puesto que debería basarse para ello en elementos incidentes y circunstanciales para determinar la ilicitud en el origen de las fuentes.

En tal sentido, si se optase por lo recientemente expuesto, se tendría que la determinación de la ilicitud en el origen de la ganancia ilegal queda circunscrita a las particulares valoraciones que un determinado juez en específico pueda realizar: tales como, faltas y rentas no declaradas que sean capaces de generar un incremento patrimonial no justificado; en especial, cuando de lo desarrollado tanto en la doctrina jurídica, como en la jurisprudencia nacional, no se han establecido parámetros claros y expesos que sirvan para identificar cuando se está ante un origen ilícito de la ganancia ilegal.

Ahora bien, teniendo en cuenta, las dificultades y deficiencias que el aparato estatal encargado de administrar justicia posee, nada impide que en la práctica sean encausados casos en los cuales no se está ni cerca de vulnerar el bien jurídico aquí tutelado. De este modo, y por lo considerado hasta este punto, se tiene que, para evitar una vulneración al principio de Fragmentariedad del Derecho Penal, lo más adecuado consiste en comprender al delito fuente como probado en el Lavado de Activos.

4.2. Conclusiones

- ❖ Se ha demostrado que los fundamentos jurídicos para considerar probado el delito fuente en el tipo penal de Lavado de Activos son: a) Observancia del principio de Lesividad; y la b) Vulneración del principio de Fragmentariedad.
- ❖ En observancia del Principio de Lesividad, la no consideración del delito fuente como probado en el tipo penal de Lavado de Activos, genera que en la práctica se persigan conductas que no han vulnerado el bien jurídico protegido, tal como puede ocurrir en los casos de prescripción de la acción penal del delito precedente o una posible despenalización del mismo.
- ❖ La afectación del principio de Fragmentariedad, se vislumbra cuando a pesar de que el legislador otorga medidas para considerar el origen ilícito de las ganancias ilegales en el delito de Lavado de Activos, estas no garantizan que solo se persigan aquellas conductas más graves; tal como podría ocurrir en aquellos casos de incremento patrimonial devenido de la comisión de faltas o rentas no declaradas oportunamente.

4.3. Recomendaciones

- ❖ Se debe modificar el texto legal regulado en el artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 para que exija que el delito fuente en el tipo penal de Lavado de Activos se halle probado, y de esta manera poder perseguir causas en las cuales efectivamente sí se produzca una lesión al bien jurídico merecedor de tutela jurídica penal, para que así se respeten los principios de Lesividad y Fragmentariedad del Derecho Penal
- ❖ A fin de evitar el dejar impunes conductas que en la realidad sí constituyen delito de Lavado de Activos, debe incluirse en materia extra penal (V. gr. Unidad de

Inteligencia Financiera), parámetros claros que indiquen de manera clara y predecible cuando se está ante un incremento ilegal del patrimonio personal de un determinado individuo.

REFERENCIAS

- Almanza A., f. R. (2018). *El delito de lavado de activos en la jurisprudencia peruana. En Gálvez v., t. A. & castillo a., j. L. (ed.), el delito de lavado de activos debate sobre su autonomía y prueba.* (pp. 349-376). Lima, Perú: IDEAS Solución Editorial.
- Arbulú R., J. A. (2018). *Ruptura de la presunción de inocencia en la imputación del delito de lavado de activos.* En Gaceta Jurídica S.A. (ed.), *El delito de lavado de activos.* (pp. 447-490). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Calderón V., L. (2018). *La investigación del delito de lavado de activos en el marco de la lucha contra el crimen organizado.* En Gaceta Jurídica S.A. (ed.), *El delito de lavado de activos.* (pp. 407-446). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Donna, E. A. (1995). *Teoría del delito y de la pena.* Astrea. Buenos Aires, Argentina
- Figuroa N., A. (2018). *EL ILICITO PENAL DETERMINANTE, COMO ELEMENTO NORMATIVO DE LOS TIPOS PENALES DE LAVADO DE ACTIVOS (ed.), EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS DEBATE SOBRE SU AUTONOMÍA Y PRUEBA.* (Pp. 269-290). Lima, Perú: IDEAS Solución Editorial
- Gálvez V., T. A. (2018). *El delito de lavado de activos después de la sentencia casatoria N.º 1-2017/CIJ-433. debate sobre su autonomía.* En Gálvez V., T. A. & Castillo A., J. L. (ed.), *El delito de lavado de activos debate sobre su autonomía y prueba.* (pp. 17-212). Lima, Perú: IDEAS Solución Editorial.
- Gascón A., M. & García F., A. J. (2015). *La argumentación en el Derecho.* Palestra. Lima, Perú.

- Hanco L., R. (2018). Reconceptualizando el delito de lavado de activos. En Gálvez V., T. A. & Castillo A., J. L. (ed.), *el delito de lavado de activos debate sobre su autonomía y prueba*. (pp. 213-268). Lima, Perú: IDEAS Solución Editorial
- Huayllani V., H. (2016). *El delito previo en el delito de lavado de activos* (Tesis de Magíster en Derecho Penal). PUCP, Lima, Perú
- Hurtado, J. (1987). *Manual de Derecho Penal*. Lima, Perú: EDILI.
- Mendoza L., F. N. (2018). Discusión en torno al autolavado y problemática sobre la actuación de los abogados frente al lavado de activos. En Gaceta Jurídica S.A. (ed.), *El delito de lavado de activos*. (pp. 279-339). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Mezger, E. (1958). *Derecho Penal, libro de estudio parte general*. Buenos Aires, Argentina: Editorial bibliográfica argentina.
- Mir P., S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*. Bosch. Barcelona, España.
- Mir, S. (2016). *Derecho Penal parte general*. Barcelona, España: Reppertor.
- Molina F., F. (2012). La legítima defensa del derecho penal. *Revista Jurídica*, 25, pp. 19-48. Obtenido de https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/660071/RJ25_3.pdf?sequence=5
- Montané. J. (2010). Introducción a la investigación básica. *RAPD Online*. Vol (33). N° (3).
- Muñoz, F. y García, M. (2010). *Derecho Penal, parte general*. Valencia, España: Tirant to Blanch.

- Oré S., E. A. (2013). El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real. *Boletín Estudio Oré Guardia Abogados*, (39), pp. 01-13. Obtenido de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20131208_02.pdf
- Oré S., E. A. (2018). La problemática del delito de lavado de activos. En Gaceta Jurídica S.A. (ed.), *El delito de lavado de activos*. (pp. 109-146). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Pérez L., J. A. (2018). Aspectos sustantivos del delito de lavado de activos. En Gaceta Jurídica S.A. (ed.), *El delito de lavado de activos*. (pp. 177-223). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Plascencia V., R. (2000). *Teoría del delito*. Universidad Nacional Autónoma de México. México
- Prado S., V. R. (2008). El delito de lavado de activos en el Perú. *UNIFR*, pp. 01-21. Obtenido de: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20080526_63.pdf
- Prado S., R. P. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. IDEMSA. Lima, Perú.
- Roy F., L. E. (2018). Seis errores para lavar con urgencia. En Gaceta Jurídica S.A. (ed.), *El delito de lavado de activos*. (pp. 41-48). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Ruffner, J. R. (2013). Control, prevención y represión ante el lavado de activos en el Perú. *QUIPUKAMAYOC*, 18(35), pp. 209-220. Obtenido de: http://ateneo.unmsm.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2911/Quipukamayoc14v18n35_2011.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Urquiza O., J. (2018). *Estudio introductorio a propósito del Plenario N.º 1-2017 sobre el delito de lavado de activos*. En Gaceta Jurídica S.A. (ed.), *El delito de lavado de activos*. (pp. 05-40). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.