

COMENTARIOS AL I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS *Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433**

JOSÉ URQUIZO OLAECHEA*

SUMARIO:

I. Presentación. II. El pleno. III. Base jurídica. IV. La fuente del pleno jurisdiccional de 11 de octubre de 2017: La jurisprudencia vinculante [Casación 92-2017 de 8 de agosto de 2017/Arequipa]. 1. Breve recuento de la decisión en la casación 92-2017/Arequipa. 2. ¿Qué resolvió la 2ª Sala Penal Transitoria? A) Cuestiones breves. B) ¿Autonomía del delito de lavado de activos? V. Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 de 11 de octubre de 2017. 1. Bases del planteamiento de la sentencia plenaria casatoria. 2. Autonomía del lavado de activos. 3. Noción de gravedad. 4. La prueba en el delito de lavado de activos. VI. Consideraciones finales.

I. PRESENTACIÓN

El 11 de octubre de 2017, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de la República reunidos en Pleno Jurisdiccional [en adelante el Pleno] en virtud del artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, se pronunciaron acerca del delito de lavado de activos en tres vertientes: **1.** La denominada autonomía del delito de lavado de activos; **2.** El contenido jurídico penal del término “gravedad”; **3.** El estándar de prueba en los delitos de lavado de activos en relación al origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias y otros.

* Artículo publicado en: “*El delito de Lavado de Activos*”, Gaceta Jurídica, pp. 5-38.

** Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor Principal de Derecho Penal en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Vicerrector Académico de la Universidad Privada San Juan Bautista.

El origen de este Pleno se encuentra en el pedido del Ministerio Público realizado mediante Oficio N° 287-2017-MP-FN de 29 de agosto de 2017. En dicho oficio -conforme lo describe el punto 2 del Pleno- se solicita se “aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria Vinculante 92-2017/Arequipa, de 8 de agosto del presente año, con las sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia, entre ellas las signadas con los números 2017-2011/Lima, 4003-2011/Lima, 244-2013/Lima y 399-2014/Lima (...)”, pág. 2 del Pleno.

II. EL PLENO

A tenor del artículo 433 apartado 4 del nuevo Código Procesal Penal, la Corte Suprema de la República se reunió en el denominado Pleno Jurisdiccional el 11 de octubre de 2017. Por cuestiones de orden, el Pleno definió los puntos a abordar:

- 1.- Autonomía del delito de lavado de activos en relación con la frase: “actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias (...)”.
- 2.- “la necesidad de la noción “gravedad” en los delitos que generan activos ilegales... y su relación con la fórmula legal “(...) cualquier [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales (...)”.
- 3.- El estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con el “origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias” o de la “actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias”.

III. BASE JURÍDICA

El marco normativo es el D. Leg. 1106 de 9 de abril de 2012, modificado por el D. Leg. 1249 de 26 de noviembre de 2016. El eje y objeto de interpretación es el artículo 10° de dicho D. Leg. que, textualmente, señala:

“Artículo 10°.- Autonomía del delito y prueba indiciaria.- El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción 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 condena.

El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros

o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente de delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso. También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”.

Ahora bien, el texto original del D. Leg. 1106 de 19 de abril de 2012 y su posterior modificatoria por el D. Leg. 1249 de 26 de noviembre de 2016, no difieren en aspectos sustantivos, y, se aprecia en el artículo 10°. Así, dicho artículo decía “sentencia condenatoria” y el texto vigente dice “condena” (1er. Párrafo). En el 2do párrafo agrega: “financiamiento al terrorismo”. En lo demás se mantiene igual, por ejemplo, la fórmula “(...) o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales (...)”.

IV. LA FUENTE DEL PLENO JURISDICCIONAL DE 11 DE OCTUBRE DE 2017: LA JURISPRUDENCIA VINCULANTE [CASACIÓN 92-2017 DE 8 DE AGOSTO DE 2017/AREQUIPA]

La Casación 92-2017/Arequipa que es objeto del Pleno, consta de 53 folios y fue sustentada en calidad de ponente por el magistrado supremo Hinostrza Pariachi. Posteriormente, con ocasión del Pleno Jurisdiccional de 11.10.2017, la posición de Hinostrza Pariachi fue defender sus tesis jurídicas, y, por tanto, no compartió los acuerdos del Pleno. En dicha ocasión fue acompañado en el voto disidente por el magistrado supremo Figueroa Navarro.

V. BREVE RECUENTO DE LA DECISIÓN EN LA CASACIÓN 92-2017/AREQUIPA

El Ministerio Público -en el caso de Arequipa- imputó el delito de lavado de activos considerando como delito precedente el Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, artículo 198 del Código Penal [CP]. La defensa del imputado planteó la “excepción de improcedencia de acción” a tenor del art. 6° inciso 1° literal B del nuevo Código Procesal Penal [NCPP]. La defensa sostuvo la aplicación del principio de prohibición de regreso en virtud que las transferencias se dieron en el ámbito empresarial y debidamente bancarizado, ausencia de “delito precedente”, pues el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas no puede constituir delito precedente, ausencia de tipicidad subjetiva, dado que el delito de lavado de activos es uno de tendencia interna trascendente y la transferencia se debe realizar con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito de los bienes.

VI. ¿QUÉ RESOLVIÓ LA 2ª SALA PENAL TRANSITORIA?

A) Cuestiones previas

La Casación 92-2017/Arequipa, desarrolla una larga explicación sobre su apreciación jurídica normativa respecto a las normas sobre lavado de activos y finalmente responde el tema concreto. Indica la Sala, bajo el subtítulo: Fundamentos de Derecho, la deficiente regulación del delito fuente en la legislación penal peruana sobre lavado de activos. La 2da. Sala Penal Transitoria inicia, a partir del F. 10º, una secuencia histórica de cómo ha sido regulado el delito fuente o delito precedente en la legislación peruana hasta la fecha. Recuerda el D. Leg. 736 de 8 de noviembre de 1991 que adicionó los artículos 296-A y 296-B al CP y que ubicó el delito fuente o delito precedente en el tráfico ilícito de drogas. El D. Leg. 736 no fue ratificado por el Congreso, y, sólo posteriormente a través del D. Ley 25428 de 9 de abril de 1992, se volvió a tipificar el lavado de activos y como delito fuente el tráfico ilícito de drogas con pena hasta de cadena perpetua. El Congreso de la República aprobó la Ley 27765 denominada Ley penal contra el lavado de activos, promulgada el 26 de junio de 2002, y, en el artículo 6º de forma independiente se menciona al delito fuente:

“El conocimiento del origen ilícito que debe conocer o presumir el agente de los delitos que contempla la presente ley, corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; delitos contra la administración pública; secuestro; proxenetismo; tráfico de menores; defraudación tributaria; delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el Art. 194 del Código Penal”.

En la Casación 92-2017/Arequipa se precisa que la técnica legislativa sobre el delito fuente se mantuvo de forma deficiente en el Decreto Legislativo 986 de 22 de julio de 2007 en el artículo 6º. A dicho artículo 6º se le agregó como nuevos delitos fuente la: 1) trata de personas, 2) tráfico ilícito de migrantes, 3) extorsión y 4) delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada [Vid. p. 16 de la Casación, fundamento 15º]. En referencia al D. Leg. 1106 de 9 de abril de 2012, ley actualmente vigente, señala que “consagró” la deficiente técnica legislativa de las anteriores normas, y, lo mantuvo en una disposición independiente: el artículo 10º.

Con relación al delito precedente o delito fuente señala que se encuentra bajo el subtítulo: El delito fuente como elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos, sustentada en el F. 17º página 17 y siguientes, que, se considera ***doctrina jurisprudencial de carácter vinculante***.

Los Jueces Supremos parten de la siguiente afirmación:

“...el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1º, 2º y 3º, del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249; y que cumple, además, una triple función dogmática; esto es:

- 1) otorga contenido al objeto material del delito;*
- 2) da sentido a la imputación subjetiva; y,*
- 3) justifica la agravante de la pena” (p. 17).*

Como puede apreciarse, la Sala reitera como fundamento de carácter sustantivo que el “delito fuente” constituye un “elemento normativo del tipo” (p. 17). Además, sostiene la Casación en el F. 18º lo siguiente:

“Negar que el **delito previo** constituye elemento normativo del delito de Lavado de Activos; implicaría defender “una interpretación formal y asistemática de los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N° 1106, sin ninguna vinculación con el art. 10, segundo párrafo (de dicha norma)” (p. 17). Respecto del **origen ilícito** de los bienes, dinero, efectos, ganancias o títulos valores, el legislador simplemente quiso evitar el casuismo excesivo que supone incorporar, en cada uno de los dispositivos legales la referencia expresa de todos los posibles delitos fuentes, (p. 17,18). [Siguiendo a Mendoza Llamapconcca, Fidel. El delito de lavado de Activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. 1era ed., Lima, Instituto Pacífico, 2017, p. 264].

Reforzando su posición, en el F. 20º indican lo siguiente:

“El **delito fuente o delito previo** es el que permite asignar la característica de ilicitud al objeto material del delito; el cual, precisamente, por esa razón se ha denominado “lavado de activos”. Si no existiera un delito previo, no habría aún ningún injusto con los actos de conversión, ocultamiento, etcétera, de los bienes (...) siempre ha exigido un “vínculo normativo” con el “delito previo que originó los bienes ilícitos” (p. 19) con cita de pie de pág. 10: Abanto Vásquez, Manuel. El delito de lavado de activos. Análisis crítico. Lima, Grijley, p. 149.

Finalmente, señala la Casación:

“(...) el delito de Lavado de Activos debe considerarse un delito de conexión; esto es, que exige un delito previo generador de los activos que constituyen su objeto material”.

En el plano de lo **subjetivo** considera esa Casación que es suficiente con el dolo dado que el delito previo o fuente constituye un elemento normativo, por tanto,

“... no podrá imputarse al agente, si es que no conocía dicho elemento normativo” (p. 20), F. 21°.

También, respecto del delito fuente, y, en relación con la **imputación subjetiva** afirman los jueces: “(...) se constata también la exigencia legal de que el agente actúe con la finalidad de evitar la identificación de su origen o incautación o decomiso” (p. 21, 22) F. 22°.

Respecto de la tercera función dogmática, esto es, justificar la agravante de la pena, se establece que el autor debe conocer la “**gravedad**” del delito previo, “(...) por lo que si se presenta un error respecto a esta última circunstancia; la agravante no podrá imputarse subjetivamente al agente; tal como lo dispone el artículo 14° del Código Penal” (p. 22), F. 23.

Respecto del **autolavado**, sostienen que tiene como base el delito previo, luego, el delito previo es un elemento normativo del tipo objetivo, de configuración necesaria para la imputación del “Autolavado” (p. 23) F. 24°.

A modo de conclusión y en relación con la **solución del caso concreto** se afirma que el delito previo debe ser abarcado por el dolo y su prueba condición, asimismo, de tipicidad, (p. 24) F. 25°. En tal sentido, la Sala Superior de Arequipa se apartó de la doctrina jurisprudencial establecida y, por tanto, es causal de Casación (p. 24) F. 25°.

B) ¿Autonomía del delito de lavado de activos?

En línea de resolución del Auto de Vista N° 259-2016 proveniente de Arequipa, respecto a si el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas constituye un delito fuente (p. 15), la 2° Sala Penal Transitoria establece lo siguiente:

“La Sala Penal Superior, en el Auto de Vista N° 259-2016 (p. 15), sostuvo que el delito de Lavado de Activos es un delito autónomo, cuya acreditación no depende del refrendo de un delito previo; sino que “es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa, como lo señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema”. (p. 24), F. 26°.

En el F. 27°, la Sala recuerda que el D. Leg. 1106 ha sido modificado por el D. Leg. 1249, que modificó el art. 10° del D. Leg. 1106 y añadió el término “sanción”. Así, el nuevo texto queda:

“El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y **sanción** 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 condena (...)”.

Remitiendo al caso, concluye la Sala que la modificación legal no resulta aplicable retroactivamente a los hechos materia de la imputación en el presente proceso penal, p. 25.

En el F. 28º establece a título de interpretación que la “autonomía del delito de lavado de activos” es una **autonomía procesal** “(...) esto es, para la investigación o procesamiento por delito de lavado de activos” (p. 26).

En tal sentido: “(...) para la condena de lavado de activos, la prueba del delito fuente si será necesaria. En consecuencia, para desvirtuar la presunción de inocencia, la prueba del delito fuente deberá ser acreditada -ya sea mediante prueba directa o indiciaria; la que deberá ser debidamente motivada en la respectiva sentencia” (p. 26).

La Sala se apoya en el Acuerdo Plenario 03-2010 de 16 de febrero de 2010 parágrafo 5.35 que estableció:

“Es obvio que **no bastaran las simples sospechas**, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito” (p. 26, 27). F. 29º. El subrayado es nuestro.

Reafirmando su posición y bajo cita de autoridad se apoya en la Ejecutoria Suprema R.N. N° 2868-2014/Lima (Sala Penal Transitoria) de 21 de diciembre de 2016, F. 10º. Ponente César San Martín Castro, que dice:

“(1) que tal situación [la actividad delictiva precedente] se acredite en sus aspectos sustanciales, que permitan delinear el carácter delictivo de la misma; (2) que la prueba de tal situación delictiva del activo maculado en cuestión, debe equipararse a los estándares racionales de la acreditación delictiva en general. No es de admitir, en atención a la garantía de presunción de inocencia, niveles distintos de patrones probatorios o estándares de prueba, entre los diversos elementos objetivos y subjetivos del tipo legal, en especial del origen criminal o de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias” (p. 27 con cita de p. p. 19).

En el mismo sentido, cita de p. p. 20, R. N. N° 3091-2013/Lima (Sala Penal Permanente) de 21 de abril de 2015, ponente el magistrado supremo Pariona Pastrana:

“para poder hablar de un delito de lavado de activos ha de tenerse indicios de delitos cometidos previamente, los cuales hayan producido ganancias ilícitas que lavan” (p. 27).

Así, en el F. 30º, la Sala recuerda que ya antes tuvo oportunidad de pronunciarse al respecto:

“En el proceso penal por lavado de activos debe estar suficientemente probada la realización del **delito fuente**, así como que los activos generados por este delito, son los que constituyen objeto de lavado de activos” [Vid. R.N. N° 3036-2016/Lima. 1º Sala Penal Transitoria, 10 de julio de 2017, F. 18 y 19. Ponente el magistrado supremo Hinostrza Pariachi].

La relación delito previo o delito fuente y su debida probanza tiene apoyo en la doctrina y citan a diversos autores nacionales: Percy García, Dino Caro, Mercedes Herrera, Raúl Pariona. Se puede concluir que dichos autores, que resultan soporte doctrinario respecto al delito fuente y su probanza, expresan en términos generales:

- 1.- El delito fuente debe estar suficientemente probado;
- 2.- Para condenar por lavado de activos bastará con acreditar la materialidad del hecho previo, sus efectos lesivos, circunstancias de tiempo y lugar, su dominabilidad por parte del autor y su condición de originante de los bienes sometidos al lavador.
- 3.- En el delito previo se exige la tentativa y se aceptan los actos preparatorios punibles en la medida que los bienes resulten idóneos para el blanqueo.
- 4.- El origen ilícito necesita un estándar probatorio acorde con las garantías constitucionales y procedimentales que se reflejen en la presunción de inocencia, derecho de defensa e imputación necesaria.
- 5.- Siendo el origen ilícito o delito fuente un elemento normativo, la prueba “no se agota en una referencia vaga y genérica a una actividad criminal, sin mayores especificaciones” (sic) (p. 28, 29).
- 6.- La alegación de que únicamente se debe probar el origen ilícito de los bienes, resulta ilógica y contradice flagrantemente el principio de legalidad y las garantías de las pruebas (sic) (p. 29).
- 7.- Y, en base a la interrogante: ¿Se puede condenar a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?, la respuesta es obvia: no hay lavado de activos si no se tiene la certeza que el hecho delictivo previo generó bienes de origen ilícito (vid. p. 29).

En el F. 32º se reafirman en que la **autonomía del delito de lavado de activos** es “...únicamente procesal...” [p. 30] y se apoya la Sala en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-11 puntos 9, 10 y 11. Subrayado nuestro.

En el F. 34º, inicia un discurso en relación con el principio de legalidad de base constitucional [Art. 2 inciso 24 apartado d] y lo señalado en el Título Preliminar del Código Penal artículo 2º, y prosigue en el F. 36º las referencias al principio de legalidad y las decisiones del Tribunal Constitucional. Del F. 36 es de destacar su premisa de trabajo que se explica por sí misma:

“(...) la exigencia de *lex certa* o mandato de determinación; se ordena a evitar la absoluta discrecionalidad judicial, permitir que la comprobación de los elementos constitutivos del tipo progrese dentro de un control razonable, (...) reclamar del legislador el mayor grado posible de precisión según la materia a regular y favorecer la motivación de los ciudadanos con la consiguiente fidelidad al derecho” [citando a *Yacobucci*, vid, pie de pág. 27, p. 34. Anot. nos].

Mediante la utilización de la fórmula legal “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales” -propia de una técnica legislativa que no tiene sustento alguno-, prevista en el segundo párrafo del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1106, se ha vulnerado, precisamente, la exigencia de *lex certa*, derivada del Principio de Legalidad Penal. La utilización de una fórmula legal tan ambigua como “cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”; impide que el destinatario de la norma de lavado de activos, pueda saber con certeza qué conductas busca reprimir, realmente, el legislador; esto es, qué delitos pueden considerarse como delitos fuente de lavado de activos”. (p. 34).

En el F. 37, -analítica y críticamente-, la 2º Sala Penal Transitoria, asume que el D. Leg. 1106 “arrastró la deficiencia técnica” de la Ley 27765 como el D. Leg. 986 y “(...) el mismo artículo 10º del acotado D. Leg. N° 1106, mediante una infeliz redacción, se incrementó aún más la indeterminación de la norma; al sustituir la frase “u otros similares que generen ganancias ilegales” -que contemplaba la Ley 27765 y el Decreto Legislativo 986º- por “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”. Si bien, por un lado, la nueva redacción haría ahora indubitable que el elemento “ganancia económica” sería una cualidad genérica del delito previo [“capaz de generar ganancias”] y no al caso concreto; sin embargo, se ha eliminado, al mismo tiempo, el criterio de la similitud con respecto a los delitos nominados” (p. 35). En realidad, aquí el razonamiento de la 2º Sala Penal Transitoria evidencia que de manera expofesa el legislador abre las puertas a la indeterminación general al mencionar **cualquier otro [conducta] con capacidad de generar ganancias ilegales**, dejando en efecto sin mayor significación a los delitos previamente enumerados y creando una categoría difusa donde no se puede apreciar la conducta injusta. Este planteamiento tendrá verdaderas consecuencias en el marco de la interpretación que hacen los jueces de la 2º Sala Penal Transitoria.

En el F. 39, respecto a la frase que utilizó el legislador en el art. 10° del D. Leg. 1106 “(...) o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales, **con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal...**”, considera la 2° Sala Penal Transitoria que la formulación legal tiene tres niveles. El primero, los delitos expresamente nominados; el segundo, la “excepción” del artículo 194° del CP, esto es, receptación; y, el tercero, una regla general. Pues bien, la regla general contradice, tanto al art. 194 del CP, esto es, a la receptación en cuanto de ese delito pueden surgir ganancias ilegales. De otro lado, la Sala hace una acotación en relación con el delito fuente:

“No obstante, cabe advertir que, si el legislador hubiese querido excluir como delito fuente del delito de Lavado de Activos, únicamente, al delito de receptación; entonces, fácilmente hubiese utilizado una fórmula como: “y todos los demás delitos previstos en el Código Penal y leyes especiales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194° del Código acotado” (p. 36). El subrayado es nuestro. Sobre tal premisa derivan que: “(...) queda claro que el delito de receptación ... no es el único delito excluido del catálogo de delitos fuente del delito de lavado de activos...” [sic] (p. 36).

Paralelamente y con la finalidad de poner de relieve la pobre técnica legislativa y la falta de conocimiento normativo penal por parte del legislador, la 2° Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema recuerda en el F. 40° que existen otras receptaciones:

“...la distribución ilícita de señales de satélite codificadas (artículo 194° A), y las formas agravadas de receptación (artículo 195°) aplicable en caso de que la receptación se tratara de bienes provenientes de la comisión de delitos de secuestro, extorsión y trata de personas”.

A lo que habría que agregar que se trata de figuras graves, pues su pena es no menor de seis ni mayor de doce años de pena privativa de la libertad.

En el F. 41°, la Sala se hace una interrogante: ¿Cuáles son esos “otros delitos” que tampoco constituyen delito fuente de Lavado de Activos? Y se responde indicando que resulta indispensable identificar criterios para una interpretación de la norma acorde con la exigencia de *lex certa...*” (p. 37, 38). Esta es la línea que se autoimpone la 2° Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema como criterio rector. Los F. 42°, 43°, 44°, 45° y 46°.

El **F. 42°** plantea si el fraude en la administración de persona jurídica está excluido como delito fuente.

El **F. 43º** indica que el Ministerio Público y la 2da. Sala Penal de Apelaciones de Arequipa compartió tal criterio [todo en relación al caso sub iudice]. En ese punto la Sala indica que debe determinar si el Auto de Vista incurrió en: 1) errónea interpretación y/o 2) indebida aplicación del artículo 10º del D. Leg. 1106.

El **F. 44º** refiere que el delito previo en el artículo 10º del D. Leg. 1106 menciona expresamente **“delitos graves”** [debe entenderse a los delitos nominados, verbi gratia: minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, financiamiento de terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, extorsión robo, delitos aduaneros]. Y, la Sala concluye: “... lo único que queda claro es que debe tratarse de un delito... [ahora] -de acuerdo con una interpretación meramente literal- cualquier figura que genere ganancias, podía ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el Lavado de activos; incluyendo el delito de fraude en la Administración de Personas Jurídicas.

El **F. 45º** reflexiona sobre la que considera una “cláusula abierta” así cuando la ley señala “u otras con capacidad de generar ganancias”, implica no solamente dejar abierto un campo de ponderación casuístico o circunstancial; sino también derivar a la función judicial la concreción del significado de dicha expresión y de su contenido valorativo; con el peligro de que el Juez pueda manejarse con criterios meramente subjetivos, de apreciación individual, espontánea y carente de fundamento; esto es, arbitrario” p. 40. Se deduce que la Sala cree que en la aplicación de la Ley en los casos de cláusula abierta el juez se debe autolimitar, es decir, ser restrictivo al momento de interpretar la norma.

En el **F. 46º** describe que en los casos donde los enunciados típicos asumen la noción de “lucha” y ante la oscuridad manifiesta del legislador se debe aplicar el art. 139º inciso 8 de la Constitución Política.

En el **F. 47º** reconoce que bajo el membrete: “Lucha contra el crimen organizado” no se puede renunciar a la utilización de conceptos indeterminados, pero, la norma requiere de concreción y los casos indeterminados no se pueden juzgar en general, sino integrando las posibilidades de interpretación judicial.

F. 48º En relación a los delitos fuente de lavado de activos debe establecerse criterios de restricción, conforme instrumentos internacionales, verbi gratia, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), en donde se establece el compromiso de los Estados de tipificar los actos de lavado en relación con bienes que procedan de **delitos graves** (sic).

F. 49° En referencia al Derecho comparado, señala la Sala, se hace una restricción de los delitos previos por medio de una lista taxativa o un criterio general de gravedad (el criterio del umbral). Afirma, “lo que queda claro es que no todos los delitos pueden constituir delito fuente del Delito de Lavado de Activos; (...) solamente los **delitos graves**; no siendo el caso del delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas, por cuanto no reviste gravedad” (p. 43).

F. 50° Ya en la Ley 27765 se hacía una enumeración de delitos previos y se consideraba delitos similares y el punto de referencia era la “gravedad” que se aprecia en el Plenario N° 3-2010 fundamento 5.30 que la similitud se estableció en relación a sanciones privativas de libertad significativas y “...habían sido realizados tendencialmente en delincuencia organizada” (p. 44).

F. 51° precisan que el D. Leg. 1106 se denomina: “Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado” y deduce la Sala que: “...deben interpretarse en función ... de la represión de conductas relacionadas directamente con el “**Crimen Organizado**” y concluye “...lo que implica, necesariamente, la referencia a delitos **que revisten considerable gravedad.**” (p. 44) Las negritas son nuestras.

F. 52° De forma expresa el fundamento 52° sostiene que solo pueden constituir delitos fuente ciertos **delitos “graves”** que tengan capacidad para generar ganancias ilegales (p. 45).

F. 53° En referencia al caso *sub iudice*, precisa la Sala que el delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas del art. 198° del CP no reviste gravedad. Por un lado, tiene una pena no mayor de cuatro años, no va a generar prisión preventiva, por lo general se resuelve en sede de negociación procesal y se agrupa en delitos de poca incidencia judicial.

F. 54° Reafirma la necesidad de establecer la gravedad del delito fuente.

F. 55° El delito fuente es un elemento normativo del tipo objetivo de lavado de activos, y, como tal la imputación debe comprender mínimamente el suceso fáctico que generó las ganancias ilegales para garantizar el principio de imputación necesaria y el derecho de defensa del imputado. La sola referencia al *nomen iuris* sin precisar ningún dato adicional es indicativo que no hay delito fuente, deviniendo la conducta en atípica. (p. 46).

F. 56° El presente fundamento constituye per se **doctrina jurisprudencial vinculante**, así lo señaló la presente casación. Así, la 2° Sala Penal Transitoria regula el proceso de interpretación señalando presupuestos concretos. Para definir el delito fuente se debe tener en cuenta:

- 1) La descripción del suceso fáctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando al presunto autor o partícipe.
- 2) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo;
- 3) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y
- 4) La gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada. De esta forma se evitará la vulneración del principio de legalidad, en su versión de *lex certa* (p. 47).

F. 57° La ley penal material puede ser objeto de indebida aplicación o errónea interpretación, y, la entiende como atribuir un sentido que no tiene o le asigna distintos o contrarios a su contenido (p. 47, 48)

F. 58° En referencia al caso concreto concluye que la Sala Superior interpretó erróneamente la norma y que no dio razones ni utilizó algún método de interpretación respecto al delito de Fraude en la Administración de Personas Jurídicas (p. 48).

F. 62° Precisa, en referencia al caso *sub iudice*: "...siendo el delito previo o precedente, un elemento normativo del tipo objetivo del delito de Lavado de Activos (...) no se encuentra dentro de los alcances de la cláusula abierta...entonces, la conducta imputada...es atípica por atipicidad relativa; es decir, no se adecúa a ninguna de las conductas típicas previstas en los artículos 1º, 2º y 3º de dicho Decreto Legislativo [el 1106, anot. nos]" (p. 50, 51)

F. 63° Se declara doctrina jurisprudencial vinculante, en atención a los fundamentos 17º, 52º, 56º.

VII. SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433 DE 11 DE OCTUBRE DE 2017

1. Bases del planteamiento de la sentencia plenaria casatoria

Bajo el subtítulo: II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. Autonomía del delito de lavado de activos del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, aparece el fundamento 12º que se caracteriza por establecer una línea dura, y, cito:

*"Tomando en cuenta los antecedentes reseñados, no es posible, rechazar o poner en duda la **autonomía** declarada del delito de lavado de activos en nuestro sistema penal".*

No olvidemos, la autonomía del delito de lavado de activos que reconoce la Casación 92/2017-Arequipa de 8 de agosto de 2017, es una autonomía “**procesal**”. Así, se aprecia en el F. 31º de dicha Casación que cito:

“Con respecto a la doctrina jurisprudencial establecida por la Corte Suprema; en el fundamento 5.31 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; también se explica la autonomía procesal del delito de Lavado de Activos; al señalarse -en perfecta armonía con lo establecido en el primer párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106-, que “la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente, no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoria que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado”. En ese sentido -se agrega en el referido Acuerdo Plenario-, no es menester “que conste acreditada la comisión [del delito fuente] mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva”. En consecuencia, (...) se evidencia que la Corte Suprema se refirió únicamente a la **autonomía procesal** del delito de Lavado de Activos; por cuanto una vinculación absoluta, esto es, la paralización del proceso por lavado de activos, hasta la acreditación definitiva del delito previo, llevaría a la impunidad práctica del delito de Lavado de Activos. (...) en el punto 5.32, que: “El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad” (p. 30).

De otro lado, el Pleno Jurisdiccional lleva su análisis jurídico bajo otras consideraciones. Declara, de conformidad con la norma vigente, esto es, el D. Leg. 1106 modificado por el D. Leg. 1249, que precisa en el artículo 10º que la autonomía alcanza el ámbito de la investigación, procesamiento y sanción.

La respuesta del Plenario, es radical, así, cuando afirma:

“No cabe, por tanto, merced a prácticas hermenéuticas de reducción teleológica negativa que resultan afectando el principio de legalidad (...) obstruir o evitar la investigación, juzgamiento y sanción de un delito de relevante significado político criminal como el lavado de activos, colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la calidad, circunstancias, actores o destino jurídico que correspondan a los delitos precedentes que pudieron dar origen o de los cuales derivaron los bienes objeto de posteriores operaciones de colocación, intercalación o integración. Optar por una forzada interpretación de esas características, conllevaría vaciar de contenido el objetivo y utilidad político criminal del artículo 10, debilitando con ello el efecto preventivo general que hoy tiene la criminalización nacional e internacional del delito de lavado de activos; lo cual, además, deviene en incoherente e inoportuno en

un contexto evidente de preocupación social por el rebrote generalizado de la corrupción de sistema atribuidas a personas expuestas políticamente y su potencial impunidad” (p. 7).

Cabe anotar que, el Pleno Jurisdiccional indica una afección al principio de legalidad (sic); sin embargo, no aparece un desarrollo al respecto. La afirmación de: “reducción teleológica negativa...”, no va acompañada de una argumentación dentro de los límites de la Casación 92-2017/Arequipa, que tuvo un desarrollo en el marco constitucional bajo el principio de *lex certa*.

El Pleno Jurisdiccional arriba a la conclusión que la Casación 92-2017-Arequipa: “conllevaría vaciar de contenido el objetivo y utilidad político criminal del artículo 10 (...)” (p. 7), un punto que es necesario abordar desde la perspectiva general de lo que se entiende a partir de la ley vigente, el D. Leg. 1106 y en especial el artículo 10º.

Siguiendo al Plenario se advierte que establece tres indicadores, que presentamos sintéticamente [F. 12º parte final, p. 8]:

- 1.- La identificación adecuada de operación o transacción inusual o sospechosa, así como del incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el agente del delito.
- 2.- La adscripción de tales hechos o condición económica cuando menos a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos que describen los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 y sus respectivas modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1246.

[En concreto el Plenario se refiere a las siguientes conductas: 1.- Actos de conversión y transferencia; 2.- Actos de ocultamiento y tenencia; 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito].

- 3.- El señalamiento de los indicios contingentes o las señales de alerta pertinentes, que permiten imputar un conocimiento o una inferencia razonada al autor o partícipe sobre el potencial origen ilícito de los activos objeto de la conducta a atribuida. Esto es, que posibiliten vislumbrar razonablemente su calidad de productos o ganancias derivados de una actividad criminal (p. 8).

2. Autonomía del lavado de activos

El Fº 13 de la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 establece un criterio de lo que entiende como **autonomía del delito de lavado de activos**. Así, señala:

“(…) [el lavado de activos es un] delito autónomo de aquel al que se vinculan los actos objeto de la actividad específicamente tipificada (…). En efecto la normatividad aplicable establece tipos penales de lavado de activos autónomos del delito previo o delito fuente, por lo que para su investigación no se requiere que estos estén sometidos a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria, bastando, para la existencia del lavado que se establezca una vinculación razonable entre los activos materia de lavado con el delito previo”. (p. 8)

3. Noción de gravedad

Es necesario precisar que el artículo 10º del D. Leg. 1106 no menciona el sustantivo femenino “gravedad”, la idea de gravedad como se verá es una derivada de los valores jurídicos señalados en la propia norma. La norma lo que sí hace de forma expresa es aludir a “**actividades criminales**” y seguidamente enumera una serie de delitos, *verbi gratia*: tráfico ilícito de drogas, el terrorismo y otros. Con lo cual la relación actividades criminales debe leerse como delitos, y, son todos aquellos que se encuentran en el CP y en las leyes penales especiales. Estos delitos que la ley enumera en el art. 10º tienen una característica y que surge precisamente del núcleo de los delitos enumerados expresamente en dicha norma, esto es: “...o **cualquier otro** [entiéndase delito] **con capacidad de generar ganancias ilegales...**”.

La idea de **gravedad** que menciona el Pleno Jurisdiccional es tomada de las cuarenta recomendaciones de la GAFI y -por ejemplo- se menciona: “Recomendación 3: Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes” (p. 10 del Pleno Jurisdiccional). Ahora, a modo de interpretación la GAFI considera que se deben incluir delitos: “...que son sancionados con una pena máxima de más de **un año** de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionados con una pena mínima de más de **seis meses** de privación de libertad” (Vid. p. 10 del Pleno Jurisdiccional).

Ahora, cuando el Pleno Jurisdiccional, en su versión maximizada, utiliza la agravante del art. 4º inciso 3ero del D. Leg. 1106, como criterio de “**gravedad**”, vid. p. 10 y 11 del Plenario:

“Además, cabe precisar que el único criterio de gravedad que ha formalizado la legislación penal vigente en el Perú, para habilitar la persecución, procesamiento y sanción de las conductas que constituyen delito de lavado de activos, se refiere al monto relevante del valor económico de la operación de colocación...” (p. 10 y 11).

El Pleno Jurisdiccional introduce como criterio de gravedad la “agravante” referida a 500 unidades impositivas tributarias que aparece en el artículo 4to. Inciso 3º de la ley de lavado. No parece lo propio, utilizar una “agravante específica” para delinear una supuesta “gravedad” como criterio rector desconfigura la estructura dogmática y por tanto la interpretación. Una agravante obedece a criterios de mayor antijuricidad en el acto concreto, es decir, una lesión jurídica de mayor intensidad. La agravante específica no puede reconducirse a un criterio general de “gravedad”, por sí mismo carece de contenido más allá de su ámbito jurídico. Esto es, no está referido a un delito fuente o a un hecho previo o actividad precedente, y, por tanto, es un criterio diferente de lo que se puede entender como “**gravedad**”.

El Fº 16 ilustra la percepción con que el Pleno Jurisdiccional aborda lo referente a la “gravedad”. Así, y cito:

“16.º Por consiguiente, es de concluir destacando lo innecesario e inconveniente, para un estándar de eficacia de las políticas nacionales, regionales e internacionales de prevención y represión penal del delito de lavado de activos, desarrollar nociones de gravedad que perjudiquen la útil y adecuada regulación actual del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, la misma que involucra toda actividad criminal capaz de producir ganancias ilegales” (p. 10).

Dicho de otro modo, el Pleno Jurisdiccional no quiere un criterio sobre la “gravedad” del delito precedente o actividad criminal previa, y, realmente, responde bajo un modelo de legislador y por ello habla de “posición político criminal” (p. 10) y todos sabemos que no es función del Juez legislar. El Juez es un intérprete de la ley que tiene como fuente directa la Constitución del Estado y las normas pre-establecidas, lo que es propio de un Estado de Derecho. Con el agregado que no fundamenta materialmente, esto es, desde la norma, porqué en el art. 10º se contienen todos los posibles supuestos que aparecen en leyes penales y leyes penales especiales. Si eso hubiera querido el legislador no hubiese utilizado el *numerus clausus* en primera opción y luego *numerus apertus* como opción residual. Esta última requiere de un contenido y debe surgir de una interpretación puntual y concreta, que, el Pleno Jurisdiccional realmente no aborda.

4. La prueba en el delito de lavado de activos

¿Doble estándar?

Uno de los grandes temas del Pleno Jurisdiccional se desarrolla a partir de del F.17º tomando como referencia el “estándar de prueba” relacionándolo con la “presunción de inocencia”, el “*indubio pro reo*” y destacando que la condena requiere

una “convicción judicial” más allá de toda duda razonable; lo que da pie para volver a la idea de la culpabilidad y de ella se predica que no debe dejar dudas, y si quedan dudas debe resolverse a favor del acusado. Al hilo de estas ideas previas introducen consideraciones sobre “la apreciación de la prueba” las reglas de la sana crítica, con notas explicativas y citas de autor.

En el F. 18º acota que el estándar de prueba recae sobre los elementos objetivos y subjetivos de tipo penal y la vinculación del imputado a título de autor o partícipe y que deben probarse los elementos típicos *más allá de toda duda razonable* (sic). Y, recuerda el Plenario: “que no existe prueba en sí sino prueba de un tipo penal, de un suceso histórico jurídico-penalmente relevante afirmado por la acusación -el supuesto fáctico por el que se acusa-” (p. 12).

En el F. 19º se vuelve a los orígenes del tipo penal de lavado de activos:

“... lo que debe acreditarse en el delito de lavado de activos, entre otras exigencias típicas, es el origen ilícito del dinero, bienes o efectos o ganancias (artículos 1 y 2) o del dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” (artículo 3); esto es, propiamente, de los activos -que tienen su origen en actividades criminales antecedentes-, respecto de los cuales el sujeto activo conoce o debía presumir su ilicitud” (p. 12).

Esta percepción de base normativa y por tanto vinculante, los jueces supremos lo reconducen a criterios de política criminal:

“Recuérdese que el objetivo político criminal de este delito estriba en hacer posible la intervención del Derecho penal en todos los tramos del circuito económico de los delitos con capacidad para generar ganancias ilegales; responde a la tendencia internacional de abarcar todas las posibles conductas ilícitas con el fin de reprimir cualquier obtención de beneficios generados por las indicadas actividades criminales; y, por ello, se erige en un delito autónomo, que tipifica y describe conductas concretas distintas a las que integran la conducta delictiva antecedente, del que trae causa los bienes objeto de lavado. (...) Por lo demás, la especificidad de un delito previo no es el objeto de la acusación y de la sentencia...” (p. 12, 13 del F. 19º).

El Pleno Jurisdiccional, en el delito de lavado de activos sustenta la **autonomía** apartando el delito mismo de lavado de activos del “actuar precedente” o delito fuente o actividades criminales origen del dinero ilícito. Una independencia del hecho previo marca la idea central de la autonomía. Sin embargo, no queda definido, qué valor jurídico penal le asignan a las actividades previas desde el punto de vista de la imputación penal, en relación al ejercicio del derecho de defensa de rango constitucional.

Ciertamente, existe un soporte legal, el art. 10° del D. Leg. 1106 que declara la autonomía del lavado de activos y tiene como punto de quiebre el hecho que el lavado de activos no se sujeta a parámetros estrictos, dado que el art. 10° es una norma de referencia y que tiene por finalidad estructurar la interpretación penal, no ha sido construida con base en garantías jurídico penales, esto es, con mandatos y prohibiciones, lo que no quita que el límite de dicha norma se encuentra en la Constitución del Estado y su interpretación y aplicación no puede sobrepasar la seguridad jurídica a favor del ciudadano común.

Es irreal hablar de una desvinculación del delito previo en relación con el lavado de activos (F. 20). Están unidos, fuertemente unidos, sin delito previo no hay lavado de activos. Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional parte de otra concepción:

“Como la característica fundamental del delito de lavado de activos es su autonomía, sin accesoriedad respecto a la actividad criminal que determinó el activo maculado -se desvincula lo máximo posible del delito previo- en buena lógica... no cabe exigir la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados, sino la demostración de una actividad delictiva (...)” (p. 13).

Como puede comprobarse el “tema” es el hecho previo o la actividad criminal previa. Esta actividad criminal es valorada desde el punto de vista de la “probanza” con un “minus” respecto a lo general. La imputación o atribución penal fundada en exigencias materiales puntuales, no se admite en esta etapa, es una capa superficial que no merece profundización, basta, la pura atribución o imputación y le asignan valor jurídico de cara al lavado de activos. Concluyen que en estos casos no se requiere una probanza plena. (p. 14)

Sin embargo, en el F. 21° exaltan otros aspectos:

“... para la condena de un delito de lavado de activos, como para cualquier otro, es necesaria la convicción más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales, de que concurren todos y cada uno de los elementos del delito (i) una actividad criminal previa idónea para generar determinados activos... (ii) la realización de actos de conversión y transferencia, o actos de ocultamiento y tenencia, o actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional; (iii) subjetivamente, tanto el conocimiento directo o presunto de la procedencia ilícita del activo -dolo directo o eventual- (sin que este conocimiento sea preciso o detallado en todos sus pormenores del origen delictivo de los activos, pues basta la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de una actividad criminal), cuando de la realización de los actos de lavado con la finalidad u objetivo de evitar la identificación, la incautación o el decomiso -es, por ello, un elemento subjetivo especial distinto del dolo, especifica-

mente, es un delito de tendencia interna trascendente o delito de intención- (...) A los efectos de una sentencia condenatoria, ninguno de estos elementos,... se puede "presumir", en el sentido de que se pueda escapar de esa certeza objetivable -no es de aceptar suposiciones o meras conjeturas- No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta" (p. 14).

En resumen, nos encontramos con un planteamiento circular, por un lado la actividad criminal previa es útil y necesaria para establecer un posible lavado de activos, con el agregado que en lo fáctico están unidos causalmente, y de otro lado, se habla de la autonomía del delito de lavado de activos, en el sentido que, para establecer el delito, la importancia de la actividad criminal previa no resulta determinante para efectivamente definir la existencia del lavado de activos que llegue a una etapa de final comprobación jurídica penal.

Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional, en relación a, lo que entiende por prueba dentro de un proceso penal garantista (en concreto en referencia a la sentencia condenatoria) indica:

"No basta con una probabilidad o sospecha más o menos alta" (p. 14)

Ahora, respecto a la actividad criminal previa (F. 21º), tiene otra versión:

"...no siendo necesaria una probanza plena de un acto delictivo específico ni de los intervinientes del mismo" (vid. p. 14 F. 20º parte final).

Aquí, el Pleno Jurisdiccional acepta reglas de "exclusión" sustentando su objetivo o finalidad en criterios de política criminal en cuanto la probanza se encuentra relativizada. El Pleno Jurisdiccional, en virtud al párrafo final del art. 10º del D. Leg. 1106, afirma: "**El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso...**" (p. 14); extrae la necesidad de recurrir a la prueba por indicios [F. 22º, p. 14, 15]. Parte de la premisa que en muy escasas ocasiones se cuenta con prueba directa y que la prueba indirecta o prueba por indicios será la más usual. Respaldando su toma de posición afirma el Plenario:

"...la indispensable prueba del origen ilícito del activo que se "lava" en la práctica totalidad de los casos sólo puede alcanzarse por medio de indicios, ante el riesgo en otro caso de que queden en la impunidad la totalidad de tales conductas, (...) La prueba por indicios ... aparece, entonces, como el método más idóneo y, en la mayor parte de las ocasiones, como se anotó, único posible para tener acreditada su comisión ... Cada uno de los indicios, como tales, deben estar plenamente probados y no es admisible que sean simples productos de una cadena de conjeturas o sospechas, es decir de suposiciones no corroboradas a plenitud..." F.22º (p. 15).

En la misma línea, y siguiendo a los dictámenes y estudios del GAFI y párrafo 12 de la presente Sentencia Plenaria Casatoria de 11.10.2017, puntualiza prácticas que orientan indicios de conductas criminales:

“Primero, los incrementos inusuales o crecimientos injustificados del patrimonio, o la realización de actividades financieras anómalas -por su cuantía y dinámica-.

Segundo, la inexistencia de negocios o actividades económicas o comerciales lícitas que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.

Tercero, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas con capacidad de generar ganancias ilegales o con personas o grupos relacionados a los mismos” (p. 16).

Posteriormente, siguiendo la misma ruta introduce el Plenario la **“sospecha”** en el F. 23°. Parte de la idea que:

“... el desarrollo de la actividad procesal, de persecución, procesamiento, acusación -enjuiciamiento y condena del delito de lavado de activos, como es obvio, el estándar o grado de convicción no será el mismo (...) Seguridad, certeza y ‘verdad’ existen recién al final del juicio oral cuando el juez arribó a un convencimiento sobre el curso de los acontecimientos; mientras tanto, todas las decisiones hasta la sentencia son adoptadas o fundadas con base a la sospecha... Ésta, por lo demás, se sustenta en el principio de proporcionalidad -a tono con la magnitud del interés persecutorio del Estado-, que permite justificar la formulación de disposiciones y resoluciones intermedias en el curso del proceso penal que puedan afectar la libertad del imputado hasta antes de la sentencia, sin vulnerar la garantía de presunción de inocencia, porque no es una consecuencia de ella ...” (sic) (p. 16 párrafo final, con cita de Klaus Volk: Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, p. 78 y 79).

La Sentencia Plenaria Casatoria establece nuevas categorías a tener en consideración siguiendo en parte el planteamiento del autor alemán Klaus Volk: 1) Sospecha inicial; 2) Sospecha reveladora; 3) Sospecha suficiente; 4) Sospecha grave. Klaus Volk utiliza tres categorías: 1) sospecha inicial; 2) sospecha suficiente; 3) sospecha vehemente. Ahora bien, la posición de Volk se entiende dado que la Ordenanza Procesal Alemana utiliza el término en el párrafo 160 (1): “Tan pronto como el Ministerio Público tenga conocimiento de la sospecha...”, y en el párrafo 163 (1): “Si alguien sospechoso de un crimen ... El sospechoso puede ser detenido si la identidad no puede determinarse de otro modo o solo con considerable dificultad...”.

Al respecto Klaus Volk, citado por los jueces supremos, señala lo siguiente:

“**Sospecha inicial:** Existen indicios reales suficientes respecto de un hecho punible; una pequeña sospecha basta.

Sospecha suficiente: en la evaluación provisoria del hecho, la condena del imputado debe resultar probable (más probable que una absolución). Es necesaria para la acusación (§ 170 inc. 1) y la apertura del procedimiento principal (§ 203).

Sospecha vehemente: la probabilidad de que el imputado ha cometido un delito es grande, mayor aún que en la sospecha suficiente. Es necesaria, por ejemplo, para el dictado de una orden de detención” (p. 78 de la obra del citado autor).

En la doctrina nacional la sospecha ha sido tratada con solvencia, vid. Ramos Heredia, Carlos. El razonamiento Fiscal de la sospecha al indicio. Lima, Magna editores, 2009, describiendo la influencia alemana al respecto tanto en las normas como en la doctrina de dicho país (p. 41-44); San Martín Castro, César. Derecho Procesal Penal Lecciones. Lima, INPECCP/ CENALES Fondo editorial, 2015, en relación a los actos iniciales y siguiendo a Claus Roxin sostiene: “A la Fiscalía, en régimen de monopolio, corresponde tomar la decisión si debe promover la acción penal. Para inicial la persecución penal es necesaria y suficiente la llamada *sospecha inicial simple...*” (p. 309).

Paralelamente, vale la pena transcribir la idea del autor alemán respecto de la sospecha inicial:

“1.-El concepto. Toda sospecha obliga a las autoridades de la persecución penal a dar comienzo a un procedimiento de investigación. Para ello, basta una “sospecha inicial”. Éste es un concepto límite, pues señala el grado menos intensivo de la sospecha. Las meras suposiciones y las posibilidades, no respaldadas por indicios fácticos concretos, no fundan todavía ninguna sospecha” (p. 79).

El nuevo CPP en el Libro III El proceso común, que se inicia con la investigación preparatoria, consagra en el art. 329º las formas de iniciar la investigación, precisa en el inciso: “1º. El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tenga conocimiento de la **sospecha** de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito (...)”.

Sobre la base de dicho artículo, pues, no hay otro que mencione el sustantivo sospecha de forma expresa, sigue un proceso de clasificación extensa. Así, para la disposición de diligencias preliminares sólo se requiere de “sospecha inicial simple” (art. 330, apartado 2, del CPP). La “sospecha reveladora”, esto es, indicios reveladores de la existencia de un delito (art. 336, apartado 1, del CPP). La “sospecha suficiente” elementos de convicción suficientes (art. 334, apartado 1 y apartado 2, literal d) a

contrario sensu, del CPP). “Sospecha grave” para la prisión preventiva (artículo 268, literal a) del CPP), (p. 17 de la Sentencia Plenaria Casatoria).

Respecto al lavado de activos consideran los jueces supremos que se requiere un “nivel intermedio” en relación a la **actividad criminal previa**. Esto es la denominada “sospecha reveladora”:

“Efectivamente, el nivel de fijeza de la actividad criminal previa, siempre presente por estar incorporada al tipo penal de lavado de activos, es intermedio. Se debe indicar de qué actividad, genéricamente advertida, se trata y señalar, a partir de esos datos, la ilicitud de los activos objeto de las conductas de lavado por el agente delictivo. Para esta inculpación formal, propia de la disposición de formalización, se requiere probabilidad de intervención del imputado en un hecho punible. Los elementos de convicción han de ser racionales, descartándose por ello de vagas indicaciones o livianas sospechas, de suerte que la aludida disposición debe apoyarse en datos de valor fáctico que, representando más que una posibilidad y menos que una certeza suponga una probabilidad de la existencia de un delito -no se exige un inequívoco testimonio de certidumbre- (STCE de 16 de febrero de 1983)” (p. 19).

En el marco de la denominada “sospecha”, su proyección inicial puede reconvertirse en una de carácter final y, por tanto, la actividad criminal previa, que tiene capacidad para lesionar jurídicamente puede mutar pasando de la sospecha a la concreción de un injusto. En tal sentido, parece necesario relacionar la idea de “autonomía” o “independencia” del lavado de activos con la actividad criminal previa, de forma tal que ésta última no quede desgajada. Si la actividad criminal previa se convierte en objeto de una imputación final y por tanto concurre como un injusto de forma autónoma [por la imputación penal] con el lavado de activos a título de concurso real u otro (por ejemplo, enriquecimiento ilícito y lavado de activos), tal imputación deberá tener un carácter regular desde el punto de vista de las garantías constitucionales y procesales, pues, no es lo mismo ser parte que ser el todo. Esta perspectiva debe quedar claramente delineada.

Si la fase previa o delito fuente pasa a constituir sólo un dato de afirmación del delito de lavado de activos, debe quedar desde el punto de vista de las garantías en una etapa preliminar de indicio y no más, pues, dejará de tener trascendencia penal, esto es, no puede servir para imputar un delito. Es insuficiente declarar la autonomía del lavado de activos, sin preguntarse por las consecuencias jurídicas penales de la actividad criminal que produjo el dinero ilícito o maculado, este es un punto límite y por tanto de la mayor importancia. Lo mencionó porque la Casación 92-2017/ Arequipa fue muy enfática en este punto, y, acudió al principio de legalidad como referente constitucional, así en el F 30° y ss de dicha Casación. Sin embargo, la es-

estructura del tipo penal de conexión, como es el lavado de activos, requiere de una dogmática que no la fragmente en su esencialidad, y, pueda apreciar los actos propios que determinan la existencia del lavado de activos, y, paradigma del tipo legal de lavado de activos es precisamente “la actividad criminal previa” que debe ser tratada conforme a su naturaleza.

Finalmente, acordaron los jueces supremos declarar sin efecto vinculante la Casación 92-2017/Arequipa de 8 de agosto de 2017. Establecer como doctrina legal:

- 1.- El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.
- 2.- El artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento. No es un tipo penal o un tipo complementario.
- 3.- El “origen delictivo” mencionado por el citado artículo 10 es un componente normativo. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. La ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente; no optó por el enfoque del “umbral”.
- 4.- La noción “actividades criminales” no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados y objeto. Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.
- 5.- El estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal: la ley fija esos niveles de conocimiento. Varía, progresivamente, en intensidad.
- 6.- Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una “sospecha inicial simple”, para formalizar la investigación preparatoria se necesita “sospecha reveladora”, para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa “sospecha suficiente”, y para proferir auto de prisión preventiva se demanda “sospecha grave” -la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia-. La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable” (p. 22 y 23).

El acuerdo de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 de 11 de octubre 2017, en el punto 2° de Antecedentes, p. 2, señaló el objeto de la sentencia plenaria casatoria: 1.- Autonomía del delito de lavado de activos; 2.- la noción de “gravedad” en los delitos que generan activos ilegales; 3.- El estándar de prueba del

delito de lavado de activos. Como se puede apreciar, esos tópicos han sido objeto del Acuerdo. (p. 2)

VIII. CONSIDERACIONES FINALES

- 1.- El punto de referencia y origen de la Sentencia Plenaria Casatoria es la Casación N° 92-2017/Arequipa. El marco de la doctrina jurisprudencial vinculante que emerge de la Casación 92-2017/Arequipa, estriba en la determinación y contenido del delito fuente que en dicha Casación se asigna. Paralelamente, se pone énfasis en que el delito fuente no se encuentra al margen del principio de legalidad y, por tanto, deben ser debidamente probadas conforme a las reglas de base constitucional. Las actividades previas deben ser valoradas bajo criterios de gravedad para incluirlas o excluirlas y en tal sentido, a modo de ejemplo, en el caso *sub iudice* opinaron que el delito de fraude en la administración de personas jurídicas no constituye un tipo legal que sirva de delito fuente o delito precedente. Esta posición ha sido rechazada, la Sentencia Plenaria Casatoria considera que la idea de gravedad no tiene soporte en la norma y por tanto resulta innecesaria como criterio de delimitación de tipos legales.
- 2.- El delito fuente, en consideración de la Sentencia Plenaria Casatoria, y, apoyándose en el art. 10° del D. Leg. 1106, no requiere que se acredite la comisión de un delito, suficiente que se acredite por medio de indicios, (F 22°, p. 15). Y, desde el punto de vista de la “sospecha” requiere sólo una sospecha inicial simple, entendiendo que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito (F 24°, p. 17, 18). Es decir, los jueces supremos obvian el planteamiento del principio de legalidad expresado por la Casación 92-2017/Arequipa, y, prescinden de cualquier argumentación en tal sentido. También, la toma de posición respecto al delito fuente en el sentido que la imputación subjetiva (dolo) cumple una función dogmática, y precisan: “ (...) el delito de Lavado de Activos no podrá imputarse al agente, si es que este no conocía dicho elemento normativo” (F 21°, p. 20 de la Casación 92-2017/Arequipa). Aquí, se descubre la importancia del delito fuente como elemento de conexión con repercusiones en el delito de lavado de activos, sobre todo el conocimiento del origen ilícito de los bienes y siendo el delito fuente un elemento normativo del tipo penal de lavado de activos, el dolo debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo: el sujeto debe conocer o debía presumir el origen ilícito de los bienes maculados (vid. p. 20). La Sentencia Plenaria Casatoria reconoce la autonomía del delito de lavado de activos, pero, hace referencia al elemento subjetivo del injusto de lavado de activos y su relación con el delito fuente, en el F 14° (p. 9): “ El artículo 10 hace expresa referencia a que el origen ilícito

de los activos objeto de las operaciones de lavado de activos, es un componente normativo que debe ser abarcado por el dolo del autor de tales actos (...) un elemento normativo es aquel que exige “una comprensión lógica o intelectual” donde “predominan las valoraciones”. Al parecer en el aspecto subjetivo y la relación delito fuente o hecho criminal previo y el delito de lavado de activos coinciden tanto la Casación 92-2017/Arequipa como la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017 de 11 de octubre de 2017. Esta admisión tendrá grandes repercusiones al momento de valorar el injusto penal, pues, vista la formulación legal, se impide un fraccionamiento entre la actividad criminal previa con el delito de lavado de activos.

- 3.- La actividad criminal previa, es una conexión natural y causal en relación con el lavado de activos. La propuesta que señalan los jueces supremos en la Sentencia Plenaria Casatoria en realidad es un mecanismo de “flexibilización” de carácter esencialmente procesal, por la cual el sistema judicial puede acceder e intervenir en base a hechos básicos que en sí conllevan valores indiciarios relevantes para una investigación de lavado de activos. La “flexibilización” no significa necesariamente un atropello a las posiciones jurídicas del ciudadano, su fundamento material se encuentra en el art. 329º del nuevo CPP: “(...) cuando tenga conocimiento de la sospecha”. Ahora, la sospecha es una zona de tránsito, no es un objetivo final en esta primera fase en cuanto indicador de actividades criminales de posible verificación. No se debe maximizar esta primera etapa y despojarla de sus posibilidades de defensa, un hecho que se convierte en un dato fáctico concreto se refleja inmediatamente en la subsunción jurídico penal, y, el ciudadano está en capacidad de hacerse cargo de su conducta. Este punto tiene una gran trascendencia desde el punto de vista subjetivo, dado que de todas las conductas las previas y las propias de lavado de activos se configuran en relación con el dolo, pues la estructura del tipo legal es eminentemente dolosa.
- 4.- También el tema de la “gravedad” que fue utilizado en el marco de la decisión de la Casación 92-2017/Arequipa, es resuelto en términos puramente normativos, por la Sentencia Plenaria Casatoria: la ley no alude al término gravedad (sic) (p. 22). Con ello, queda claro que los casos de *numerus apertus* resultan absolutamente indeterminados y que serán objeto de valoración caso por caso. Es decir, los jueces supremos consideran que no se requiere de una interpretación específica y tampoco buscar un contenido en las reglas de interpretación propias del Derecho Penal les resulta necesario. Situación que tiene como consecuencia que no existen límites concretos o un baremo que sea utilizado para definir si un tipo legal cualquiera es congruente con la denominada “actividad criminal previa”. En realidad, los jueces no han interpretado nada, simplemente *a fortiori*

han impuesto una decisión sin un proceso de argumentación consistente y revelador de su preocupación por generar límites razonables a la intervención del Derecho penal. La tesis de la autonomía del delito de lavado de activos se convierte en un manto de dimensiones inconmensurables a favor de una intervención abierta del Derecho penal en la vida de los ciudadanos, y, no es lo propio en un Estado de Derecho. Imponer criterios de política criminal cerrados como hacen los jueces supremos en la Sentencia Plenaria Casatoria deja mucho que desear. Ahora bien, desde la perspectiva de la política criminal resulta eficaz un proceso de selección que evidencie actividades criminales previas de gran calado que lleven al delito de lavado de activos y para ello ciertamente se puede utilizar como criterio los tipos legales mencionados en el art. 10º del D. Leg. 1106, que por sí mismo denotan gravedad y ello se evidencia en el núcleo de los injustos que son expresamente mencionados, casos como minería ilegal, terrorismo, tráfico ilícito de drogas y otras, evidencian un anuncio material de lo que debe concebirse como verdaderos medios de actividades criminales previas con capacidad de sustentar el delito de lavado de activos. Se ha perdido una gran oportunidad de mostrar una línea que ayude a redefinir los diversos supuestos y situaciones vinculadas con el lavado de activos, donde muy bien pueden aparecer criterios propios a la política criminal como a la interpretación dogmática del Derecho penal. El ciudadano merece un mundo jurídico penal con garantías y los jueces están obligados a proveer dicha seguridad.