

## RECENSIÓN A FIDEL MENDOZA LLAMACPONCA: “EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES DEL TIPO BASE COMO DELITO AUTÓNOMO” *Julio de 2017, Lima (574 páginas)*

DAVID ISRAEL LÉRTORA SEMINARIO

---

El libro de Fidel Mendoza Llamacponcca presenta una sistemática dirigida a superar las discusiones surgidas respecto a la interpretación normativa relacionada a la regulación del delito de lavado de activos en la legislación peruana, la cual desde inicios de la década de los 90' ha girado en torno a la autonomía del delito de lavado de activos respecto al delito fuente, la noción de gravedad en los delitos que generan activos ilegales y el estándar de prueba del delito de lavado de activos.

La obra cuyo comentario se aborda, se divide, básicamente, en dos partes. Una primera parte dedicada al “Análisis criminológico y político criminal del lavado de activos (págs. 57 y ss.); mientras que en una segunda se lleva adelante el correspondiente “Análisis dogmático del tipo base del lavado de activos” (págs. 157 y ss.). El enfoque dogmático empleado para analizar este fenómeno delictivo se guía, además, de una dimensión constitucional y convencional, cuyo contraste se consolida en la jurisprudencia del Perú y extranjera, es especial de España. Basta leer los prólogos realizados por Hurtado Pozo y Zuñiga Rodríguez para comprender que estamos ante una contribución valiosa que permite interpretar las tipologías delictivas en el delito de lavado de activos.

**La primera parte**, a su vez, está compuesta por dos capítulos. En el primero, Fidel Mendoza nos ofrece consideraciones terminológicas entorno al fenómeno jurídico del lavado de activos, partiendo de sus características esenciales y constitutivas, asociando dos componentes; el criminológico y el normativo penal; desde el primer enfoque, el delito de lavado de activos debe ser considerado como el proceso que pretende dotar de legalidad al origen delictivo conocido de los bienes, efectos o ganancias

del delito previo, mientras que desde el segundo, reprime conductas independientes, incluso disímiles y heterogéneas entre sí, pasibles de convergencia típica.

Bajo ese sustento, no es de cuestionar que la comunidad internacional haya venido ofreciendo instrumentos político-criminales de prevención y lucha internacional para la represión uniforme y armonizada del delito de lavado de activos debido a su fenomenología transnacional, por cuanto sirve como mecanismo delictivo por las organizaciones criminales. Este razonamiento concluye que el objeto prioritario de la criminalidad organizada es la obtención de provechos patrimoniales, la cual, a su vez, instrumentaliza las bases del Derecho societario para fines delictivos.

En el segundo capítulo, siguiendo la línea argumentativa, se analiza de forma referencial las iniciativas internacionales en la lucha penal y preventiva contra el lavado de activos, así como los instrumentos de las Naciones Unidas. Así vemos que la *Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, aprobada en Viena el 19 de diciembre de 1988, se configura como el antecedente más importante en materia de represión del lavado de activos procedentes del narcotráfico, cuya técnica legislativa se resuelve como el hito expresivo de la “americanización del derecho penal”. Presenta una especial importancia la mención del *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito*, suscrito en Estrasburgo el 08 de noviembre de 1990, y el *Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, debido a que estos, según el autor, han previsto que los países europeos tipifiquen una modalidad de imprudencia consciente de blanqueo de bienes (p.142). Las consideraciones dogmáticas relacionadas al concepto de gravedad y actividades criminales, le permiten superar las posturas doctrinales que conciben al blanqueo como exógeno a los delitos imprudentes.

**La segunda parte** se divide en cuatro capítulos. En el primer capítulo Mendoza Llamacponcca, ingresa al análisis del bien jurídico protegido para determinar el injusto material del tipo base previsto en los art. 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, de fecha 19 de abril del 2012. Para el autor, desde el plano material la Constitución Política del Perú, considera como objeto jurídico penal colectivo protegido a la libre y leal competencia de los participantes en el mercado financiero (p. 169) para así evitar su distorsión. Su razonamiento se afirma en la naturaleza de principio programático del orden socioeconómico, que en sí mismo no es el bien jurídico tutelado por el delito de lavado de activos. Al igual que el pensamiento de Bustos Ramírez y Hormazábal Malarée rechaza cualquier posición constitucionalista extrema del bien jurídico que impida la protección de bienes jurídicos no reconocidos expresamente en el ámbito constitucional.

Su planteamiento tiene recaudo en la técnica legislativa dispuesta por el Título I de la Sección XIII del Proyecto de Nuevo CP (art. 396 al 402, del 09 de mayo de

2016). Dentro de su fundamentación, descarta teorías que se alejan de su planteamiento, como la teoría del mantenimiento, que considera como bien jurídico afectado al mismo del delito previo. Al comprender al delito de lavado de activos dentro de la estructura típica de delitos de peligro abstracto, le permite descartar al delito de lavado de activos como un delito de acumulación, es decir, aquél en donde la sanción penal ha de aplicarse a acciones individuales en sí inocuas, ya que sin una prohibición reforzada como la punitiva habría que contar con que se cometieran un gran número (p.198). Por razones obvias, su rechazo se sustenta en la escasa entidad reprochable de dichos actos, los cuales no superan el umbral administrativo, más aún si tal calificación resulta incompatible con el *principio de autorresponsabilidad*.

Bajo el segundo capítulo, Fidel Mendoza aborda la problemática existente respecto a la procedencia delictiva de los bienes en el delito de lavado de activos: objeto material y delito fuente, a partir de lo cual considera al delito antecedente como elemento objetivo del tipo base, de conformidad a una interpretación sistemática y teleológica del art. 10, segundo párrafo del Decreto Legislativo N° 1106, de fecha 09 de abril de 2012, razón por la cual objeta la posición de un sector del Ministerio Público que aun considera que el delito de lavado de activos, como delito autónomo, no tiene delito fuente, por lo que carecería de sentido exigir su postulación y probanza. El sustento tiene asidero en el Oficio Circular N° 024-2013-MP-FN-SEGFN. Se señala que la técnica legislativa empleada no tuvo por objeto determinar un catálogo excluyente de delitos previos, sino, antes bien, realizar una numeración ejemplificativa de aquellas actividades delictivas idóneas para producir rendimientos económicos, por lo que nuestro sistema solo sería cercano al sistema de tipificación mixto. En tal sentido, a su entender, la carencia de sentencias condenatorias por lavado de activos responde, antes bien, a vulnerabilidades estructurales y carencias logísticas de innegable arraigo en nuestro sistema fiscal-judicial.

De acuerdo a esto, desarrolla el contenido legislativo y jurisprudencial sostenido en la actualidad respecto a la autonomía sustantiva y procesal del delito de lavado de activos contenido en el art. 10 del Decreto Legislativo N° 1106, de fecha 09 de abril de 2012, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249, de fecha 26 de noviembre de 2016. Sobre la autonomía procesal, Mendoza Llamacponca advierte que carece de legalidad calificar el “incremento de patrimonio no justificado” como la base sobre la cual se formalizan investigaciones, pues, sin duda, si bien es un indicio relevante de fundamento objetivo, por sí solo es insuficiente (p. 277). lo cual en nada se contradice a la ausencia de necesidad de que el delito previo haya sido objeto de condena, investigación o sanción para acreditar el origen ilícito en el marco de un proceso penal por el delito de lavado de activos. De otro lado, presenta las consecuencias materiales de su autonomía sustantiva I. Justifica la existencia de un título de imputación respecto al delito fuente. II. Diferencia su injusto material de aquel que configura al delito de

enriquecimiento ilícito y a las modalidades postdelictivas del encubrimiento y a la receptación. III. El interviniente en el delito previo puede, a través de los ulteriores actos de legitimación, serlo a su vez del delito de lavado de activos. IV. Su pena no se fundamenta ni limita por la prevista para el delito previo.

A su entender, la autonomía sustancial no depende de un argumento formal mediante el cual el legislador haya explicitado en el dispositivo penal el término “sanción”, como refiere un sector de la doctrina que advierte Mendoza Llamaconcca, de lo contrario la reforma del art. 10 del Decreto Legislativo N° 1106, mediante el Decreto Legislativo N° 1249, habría zanjado la discusión al incorporar dicho término al dispositivo antilavado. De allí que es incompatible con la sistematicidad de la ley, entender restrictivamente un concepto procesal de tal amplitud y naturaleza como lo es el “procesamiento”.

Asimismo, el autor pone a disposición del lector los indicios más relevantes que según del Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116 /f.j.34) permiten conocer el íter criminal del origen delictuoso: I. Los indicios relativos al incremento inusual del patrimonio del imputado. II. Los indicios relativos al manejo de cantidades de dinero. III. Los indicios de la ausencia o notoria insuficiencia de negocios o actividades económicas lícitas que justifiquen razonablemente el incremento patrimonial. IV. El indicio de oportunidad o vinculación para delinquir. V. El indicio de mala justificación. Sobre este último indicio, aprecia que las explicaciones del imputado que carezcan de verosimilitud o fuerza no deben ser empleadas ni como un criterio de relajación probatoria para la acusación, ni como un mecanismo de reducción del estándar de prueba incluso para un procesamiento por delito no tradicionales como el lavado de activos (p.307).

Consiguientemente, es ésta estructura típica y probatoria defendida por Mendoza Llamaconcca, por la cual supera la presunta infracción de las garantías del *non bis in idem* y de la no autoincriminación, para con ello asumir que el delito de defraudación tributaria, también denominado *defraudación fiscal* o *fraude al fisco*, es pasible de ser considerado como delito fuente del lavado de activos, mereciendo atención lo siguiente: cuando se argumenta que toda elusión fiscal traería consigo necesariamente un delito de lavado, se prejuzga en calificar como blanqueo lo que no es. Este delito, conforme se ha puesto de relieve, va más allá de la mera posesión, pues su desvalor no abarca el simple hecho de mantener en el poder determinados bienes (de origen delictuoso), sino aquél que se efectúa con la finalidad de “ocultar o encubrir” el origen criminal de los activos o de “evitar identificar” dicha procedencia (p.371).

En tal medida, en el capítulo tercero, se señala que entre los efectos de la Americanización del derecho penal se tiene la configuración del lavado activos como tipo

penal inspirado en el concepto unitario de autor, lo cual, sin embargo, no ha visto impedida su coexistencia con el concepto restrictivo de autor en los ordenamientos penales del Perú (arts. 23, 24 y 25 CP) y de España (art. 28 y 29). Bajo ese tamiz, analiza el alcance y la estructura del tipo ase del delito de lavado de activos previsto en los art. 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, de fecha 19 de abril del 2012, modificado mediante el Decreto Legislativo N° 1249, de fecha 26 de noviembre de 2016, y a reglón seguido precisa la exclusión de los sujetos del tipo agravado respecto del primero, es decir, aquél agente inmobiliario, financiero, bancario o bursátil que utilice o se sirva de su condición. A partir de allí es que analiza el sistema punitivo peruano y, en el marco de una tarea hermenéutica y sistemática, reafirma que el autolavado era sancionable antes y después de la normativa que expresó su represión en el ordenamiento del Perú. Su postura plantea que la conducta del lavado efectuada por quien realizó el delito fuente no es un acto de autoencubrimiento de este delito, sino que, por ir más allá, configura un atentado independiente contra el bien jurídico protegido del blanqueo, de tal manera que no nos encontraríamos frente a actos de mero agotamiento del delito fuente o ante el simple disfrute de sus efectos (p. 417). Por último, señala que respecto “integrante de una organización criminal” refiere que el referido precepto establece que es aplicable la agravante cuando el agente “comete” el delito”, de modo que con dicha referencia se abarca únicamente a quien, integrando una organización criminal, comete el delito de lavado de activos (p.405).

Finalmente, en el capítulo cuarto, es de relieve la problemática que gira en torno a la aceptación de “honorarios maculados” por parte de los abogados, la cual debe ser resuelta bajo los alcances de la imputación objetiva, siempre que las conductas de éstos se encuentren limitadas a prestaciones estandarizadas a la consultoría jurídica, siempre dentro del umbral de un comportamiento neutral o profesionalmente adecuado. Así, citando a Roxin, estima que el límite de la intervención penalmente relevante será determinado por el grado de conocimiento que se tenga cerca de los planes del autor (p.444), por lo que no resultaría típica la simple descripción de procesos causales.

Son estos los aportes que sitúan al lector ante una obra que, virtuosa de la metodología teleológica y sistemática aplicada por su creador, ofrecen una claridad expositiva de encomiable labor. Lo que destaca en el planteamiento de Mendoza Llamacponca no sólo se cierne a la delimitación de la libre y leal competencia como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, sino también en su aporte a concebir al delito de defraudación tributaria como delito idóneo para constituir delito fuente del delito de blanqueo, en específico bajo la modalidad de la obtención de devoluciones tributarias y la obtención fraudulenta de beneficios tributarios, conforme a su regulación en el Perú, que termina por expandir nuestra visión respecto

a las discusiones dogmáticas que aún persisten y que deben ser superadas en nuestro ordenamiento jurídico y operadores de justicia.

A nuestro criterio, respecto al autolavado punible, es interesante resaltar cómo la postura del autor, se condice con el sentido jurisprudencia asumida en el Perú. En forma reciente, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, en su ejecutoria recaída en el R.N. N° 1403-2017-Lima, de fecha 4 de abril de 2018, manifiesta que era factible la punición del autolavado pese a su falta de previsión legislativa en la Ley N° 27765, de fecha 20 de junio de 2002 y sus modificatorias, de conformidad a lo dilucidado en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (f.j.14) y el R.N. N° 1052-2012-Lima, (f.j. quinto). El autolavado punible también ha sido asumido en el R.N. N° 1483-2017-Lima, de fecha 29 de noviembre de 2017 (f.j. décimo tercero), cuyo sustento jurídico señala que, en atención al Convenio de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, suscrito por el Perú en Viena el año 1988: “todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos...” (f.j. décimo tercero).

Dicho esto, también merece nuestro pronunciamiento en lo referido respecto a la punibilidad del “integrante de una organización criminal”. En efecto, en el marco de la criminalidad organizada, autor es el único que realiza la promoción, organización, constitución o integración, la participación cooperativa de un extraño al hecho principal solo es atribuible si, *prima facie*, se configuren los verbos rectores en tanto y en cuanto el presunto colaborador necesario integre o pertenezca a la organización criminal<sup>(1)</sup>. Una punición sustentada en el mero desvalor de la acción resultaría excesiva<sup>(2)</sup>, pues el tipo de organización criminal no prevé un tipo específico de colaboración, como sí es el caso de colaboración con el terrorismo. Es irrefutable, y está dado por sentado, que solo responde penalmente quien integre una organización criminal que, irrevocablemente, necesita una estructura adecuada al fin delictivo<sup>(3)</sup>. La conducta del colaborador en la presunta comisión del injusto aquí propuesto, no puede [ni debe, ni es posible] quedar limitada a formas integración pasiva, sino, muy por el contrario, exigen una actuación clara y permanente de la pertenencia<sup>(4)</sup>. En

- (1) García-Pablos de Molina, Antonio, “El bien jurídico protegido en los delitos de asociaciones ilícitas y, particularmente, en la llamada asociación criminal” en: RGLJ LXXII (1976), pp. 563 y ss; Cancio Meliá, Manuel/ Silva Sánchez, Jesús. Delitos de organización. Editorial B d F. 2008, p. 51-52; Cancio Meliá, Manuel/ Silva Sánchez, Manuel. Ob cit, p. 72.
- (2) Caro Coria, Dino Carlos/ Reyna Alfaro, Luis Miguel con la contribución de Réategui Sánchez, James. Derecho Penal Económico. Parte General. Tomo I. 1ra ed. Jurista Editores E.I.R.L. Lima, Mayo, 2016, p. 568.
- (3) Acuerdo Plenario N.º 1-2017-SPN, cit., ff. jj. 22.
- (4) Cancio Meliá, Manuel/ Silva Sánchez, Manuel. Ob cit, p. 84.

tal concepción, por lo demás, queda fuera del ámbito de lo punible aquellas manifestaciones de disponibilidad que no se concretaran en un favorecimiento del hecho colectivo concreto<sup>(5)</sup> por cuanto no existe un tipo penal específico de colaboración, por cuanto solo es punible la vocación de permanencia de personas que integren la organización criminal<sup>(6)</sup>.

Respecto a la responsabilidad penal del abogado, la norma para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo aplicable a los sujetos obligados bajo la supervisión de la UIF-Perú, en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, aprobada mediante Resolución SBS N° 789-2018, publicada el 03 de marzo de 2018, establece un marco interpretativo respecto a la obligación de los abogados que, habiendo prestado sus servicios de forma independiente o en sociedad, hayan tomado conocimiento de operaciones sospechosas, siendo su obligación informar a la UIF-Perú y, además, implementar el registro correspondiente, sin contravención al secreto profesional. Criterio que permite marcar fronteras punitivas a las conductas socialmente adecuadas o neutras que los abogados desarrollan en el ámbito organizativo y competencial de su profesión.

Finalmente, es de precisar que, tras una serie de interesantes consideraciones de política criminal y dogmática penal, las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia del Perú han emitido la Sentencia Plenaria N° 1-2017/CIJ-433 de fecha 11 de octubre de 2017, cerrando tímidamente el debate respecto a la autonomía sustantiva y procesal del delito de lavado de activos y otros avatares. En relación a esta Sentencia Plenaria, sin embargo, se han presentado salvedades interpretativas respecto a, *v. gr.*, qué debe ser considerado como un estándar objetivo de prueba en materia procesal penal, cuya tarea, aunque no señalada por la jurisprudencia citada, viene siendo llevada cabo satisfactoriamente por Nieva Fenoll<sup>(7)</sup>, Marina Gascón Abellán<sup>(8)</sup>, entre otros. Además<sup>(9)</sup>, en torno a la gravedad del ilícito penal en el que incurre el agente del delito de lavado de activos, ésta aún requiere de una

(5) Cancio Melia, Manuel/ Silva Sánchez, Manuel. Ob cit, p. 106.

(6) R.N. N.° 194-2016/Lima, de fecha 12.JUN.2017, ff. jj. 16.

(7) NIEVA FENOLL, Jordi. *La valoración de la prueba*. Marcial Pons. Barcelona, 2010, pp. 151-207.

(8) GASCÓN ABELLÁN, Marina. *Sobre la posibilidad de formular estándares de prueba objetivos*. Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho, N° 28, 2005, p.129. Consulta: 31 de julio de 2018. Disponible en [https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa\\_28\\_10.pdf](https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10005/1/Doxa_28_10.pdf)

(9) URQUIZO OLAECHEA, José. “*Estudio introductorio. A propósito del Plenario N° 1-2017 sobre el delito de lavado de activos*”. En: El delito de Lavado de Activos. Gaceta Jurídica. Lima, abril 2018, p. 36; LÉRTORA SEMINARIO, David Israel. “*Recensión a Gerardo Luis Lamas Suárez: El delito previo en el tipo penal de lavado de activos*” julio de 2017, Lima (361 páginas) En: revista Peruana de Ciencias Penales. N° 31, Lima, 2018, p. 378.

interpretación específica según el caso en concreto, de lo contrario, analizar la gravedad en términos puramente normativos colisionan con las propias reglas del Derecho Penal, lo que en modo alguno reconoce la correcta aplicación de las teorías de las normas. Estamos pues, ante principales tópicos que merecen ser resueltos en favor de toda la comunidad jurídica, y la vigencia de un justo y equitativo proceso penal.