



**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA
I PLENO JURISDICCIONAL CASATORIO DE LAS SALAS
PENALES PERMANENTE Y TRANSITORIAS
SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433**

BASE LEGAL: Artículo 433.4 del Código Procesal Penal

ASUNTO: Alcances del delito de lavado de activos: artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249; y, estándar de prueba para su persecución procesal y condena.

Lima, once de octubre de dos mil diecisiete.

Los jueces supremos de lo Penal, integrantes de las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno Jurisdiccional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal, han pronunciado la siguiente:

SENTENCIA PLENARIA CASATORIA

I. ANTECEDENTES

1.º Las salas penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, en virtud de la Resolución Administrativa número 6620-2017-P-PJ, de 4 de septiembre de 2017, con el concurso del Centro de Investigaciones Judiciales, bajo la coordinación del señor San Martín Castro, realizaron el I Pleno Jurisdiccional Casatorio de los Jueces Supremos de lo Penal, que incluyó la respectiva vista de la causa y la participación en el tema objeto de análisis de la comunidad jurídica a través del Link de la Página Web del Poder Judicial – abierto al efecto–, al amparo de lo dispuesto en el artículo 433, apartado 4, del Código Procesal Penal –en adelante, CPP–, a fin de dictar la sentencia plenaria casatoria respectiva para concordar criterios discrepantes sobre la interpretación, en el delito de lavado de activos, del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, y la precisión del estándar de prueba para su persecución procesal y condena.

2.º El I Pleno Jurisdiccional Casatorio de 2017 se realizó en tres etapas.

La primera etapa estuvo conformada por dos fases. Primera: la emisión de la resolución del señor Presidente de la Corte Suprema, en mérito del requerimiento del señor Fiscal de la Nación, mediante el oficio número 287-2017-MP-FN, de 29 de agosto último, para que se aborde en Pleno Casatorio la contradicción que representó la Sentencia Casatoria vinculante 92-2017/Arequipa, de 8 de agosto del presente año, con sentencias anteriores de la propia Corte Suprema de Justicia, entre ellas las signadas con los números 2071-2011/Lima, 4003-2011/Lima, 244-2013/Lima y 399-2014/Lima. Segunda, la resolución de convocatoria de 11 de septiembre para la reunión preparatoria del día miércoles trece de ese mes, y la resolución general del mismo día 13 de septiembre que ratificó la convocatoria al Pleno Jurisdiccional Casatorio.

En esta última resolución se fijó como puntos objeto de la sentencia plenaria casatoria, los siguientes:

- A) La autonomía del delito de lavado de activos en función a lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, esto es, de la “actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias”.
- B) La necesidad de la noción de “gravedad” en los delitos que generan activos ilegales que serán objeto de operaciones de lavado de activos y su relación con la fórmula legal “...cualquier [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales”, establecida en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249.
- C) 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” (artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249), así como los ámbitos e intensidad que, en su caso, debe comprender su probanza, tanto en sede de investigación preparatoria y de acusación – enjuiciamiento–, como de sentencia.

3.º La segunda etapa consistió: **a)** en la introducción de las ponencias por la comunidad jurídica, que culminó el día 29 de septiembre de 2017 –se presentaron un total de 29 *amicus curiae*–; **b)** en la realización de la vista de la causa llevada a cabo el día dos del presente mes, con el informe oral del señor Fiscal Supremo, doctor Tomás Aladino Gálvez Villegas, y de los señores Fiscales Superiores, doctores Rafael Ernesto Vela Barba y Frank Robert Almanza Altamirano, acreditados por el señor Fiscal de la Nación mediante oficio número 365-2017-MP-FN, de 21 de septiembre de este año; y, **c)** en la presentación de la ponencia escrita de los señores Jueces Supremos designados como ponentes y del señor San Martín Castro, de fecha lunes nueve de octubre.

Han presentado informes escritos como *amicus curiae*, los siguientes:

- 1. Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, jurista y abogado.
- 2. Gino Marcio Valdivia Guerola, Fiscal de Prevención del Delito.
- 3. Luis Gustavo Demetrio Plaza Arbulú, abogado.

4. José Antonio Saavedra Calderón, por el Instituto Peruano de Derecho Comparado.
5. Mercedes Rosemarie Herrera Guerrero, docente, por el Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales.
6. Sonia Raquel Medina Calvo, Procuradora Pública Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas, Lavado de Activos y Pérdida de Dominio proveniente del TID.
7. Pedro Andrés Coello Cruz, abogado.
8. Sergio Javier Espinoza Chiroque, Superintendente Adjunto de Unidad de Inteligencia Financiera, por la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP.
9. Manuel Andrés Coello Cáceres, abogado.
10. César Lino Azabache Caracciolo, abogado.
11. Marcial Eloy Paucar Chappa, Fiscal Provincial Penal de Lima.
12. Julio Pacheco Gaige, Vocal Supremo Militar Policial – Director del Centro de Altos Estudios de Justicia Militar.
13. José Felisandro Mas Camus, Director de Normas y Registro de la Superintendencia Nacional de Bienes Estatales.
14. Janet Briones Muñoz, Procuradora Pública Adjunta de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.
15. José Wilfredo Arrieta Caro, Profesor Universitario, de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
16. Davinson Carlos Pino Ticona, abogado.
17. Carmen María Antonia Masías Claux, Presidente Ejecutiva de la Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas – DEVIDA.
18. José Wilfredo Arrieta Caro, abogado consultor.
19. Fernando Ramírez Rodríguez, abogado.
20. Janet Evangelina Briones Muñoz, Procuradora Pública Adjunta de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.
21. Benji Gregory Espinoza Ramos, docente de la Universidad Norbert Wiener.
22. Ronal Hanco Lloclle, abogado.
23. Jesús Heradio Viza Ccalla, Fiscal Provincial Penal de Madre de Dios.
24. Jhon Eber Cusi Rimachi, abogado.
25. Javier Alberto José Ballón-Landa Córdova, abogado.
26. Maricruz Julieta Vargas Leandro, Coordinadora General del Taller de Dogmática Penal. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

27. Wilmer Culquicondor Merino, abogado.
28. Miguel Ángel Augusto Falla Rosado, docente de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo.
29. Justo Fernando Balmaceda Quiroz, docente de la Universidad San Ignacio de Loyola.

4.º La tercera etapa residió, primero, en la sesión reservada de análisis, debate, deliberación de las ponencias; y, segundo, en la votación y obtención del número conforme de votos necesarios, por lo que, en la fecha, se acordó pronunciar la presente Sentencia Plenaria Casatoria.

El resultado de la votación fue de once votos de la ponencia de los señores Prado Saldarriaga y Neyra Flores, con la intervención del señor San Martín Castro, y tres votos a favor de la ponencia de los señores Hinojosa Pariachi y Figueroa Navarro.

No intervino en la sesión la señora Chávez Mella, por vacaciones.

5.º Esta Sentencia Plenaria Casatoria se emite conforme a lo dispuesto en el artículo 433, apartados 3 y 4, del CPP, que autoriza a resolver una discrepancia de criterios y declarar, en su consecuencia, la doctrina jurisprudencial uniformadora sobre las materias objeto del Pleno Casatorio.

6.º Intervienen como ponentes los señores PRADO SALDARRIAGA y NEYRA FLORES, con la intervención del señor SAN MARTÍN CASTRO.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

§ 1. AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS Y EFICACIA NORMATIVA DEL ARTÍCULO 10 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1106

7.º Sobre el origen, la fuente y la función del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, se ha debatido mucho en la doctrina nacional y en decisiones recientes emitidas por algunas Salas Penales de este Supremo Tribunal. Por lo general se le ha pretendido vincular, explicar o cuestionar, en base a referencias sobre lo regulado en instrumentos internacionales multilaterales de relevancia global, como (i) la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1988 (Convención de Viena); (ii) la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000 (Convención de Palermo); (iii) la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 (Convención de Mérida); y, (iv) también en programas estratégicos de prevención y control de aplicación asociada internacional como las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera internacional-GAFI de 2012.

Sin embargo, en ninguno de estos instrumentos internacionales se incluyó una disposición específica que destaque lo que resulta ser esencial y característico del aludido dispositivo legal nacional, cual es declarar expresamente la autonomía plena del delito de lavado de activos. Siendo así, no son aquellos instrumentos la fuente legal seguida por el legislador nacional para construir la mencionada norma interna, razón por la cual no resultan

útiles sus contenidos y hermenéutica sobre el significado, alcance o la utilidad que le toca cumplir actualmente al citado artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, en el tratamiento político criminal, dogmático penal y procesal de todas las operaciones de lavado de activos que puedan ocurrir en el país.

También resulta significativo destacar que en la legislación alemana, española, colombiana o argentina no se incluye normativamente una disposición similar a la peruana, por mencionar aquellos sistemas jurídicos, doctrina y jurisprudencia extranjeros sobre el delito de lavado de activos, que suelen ser recogidos e invocados con reiterada frecuencia por los comentaristas nacionales, como soporte teórico o informativo para sustentar su análisis teórico del citado precepto del Decreto Legislativo 1106 [cfr.: Fidel Mendoza Llamacponcca: El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 308 y ss. Manuel A. Abanto Vásquez: El delito de lavado de activos. Análisis crítico, Editorial Grijley, Lima, 2017, p. 139 y ss. Tomás Aladino Gálvez Villegas: El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo 1106. Percy García Cavero: Derecho Penal Económico – Parte Especial, Volumen I, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2015, p. 576 y ss.].

8.º En todos estos esfuerzos hermenéuticos, desafortunadamente, se omitió tomar en cuenta lo regulado por el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas, de la Organización de Estados Americanos, cuya redacción original data de 1992. Esto es, se obvió considerar un instrumento regional importante por su eficacia vinculante para el Perú, dada su condición de miembro activo del Grupo de Expertos a cargo de su redacción y actualización. Pero, además, porque se trata de un instrumento técnico que fue elaborado para operar como un referente insoslayable al que deben acudir los Estados de las Américas para diseñar e implementar sus políticas preventivas y represivas, a fin de promover la armonización legislativo penal hemisférica en materia de lavado de activos.

Asimismo, porque el Reglamento Modelo demandó expresamente, desde su versión original, el reconocimiento político criminal y la criminalización de las conductas representativas del lavado de activos como un delito autónomo. En efecto, el inciso 6 del artículo 2 del texto de 1992, luego de describir los actos de lavado de activos, dispuso textualmente lo siguiente: “*Los delitos tipificados en este artículo serán investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delito autónomo de los demás delitos de tráfico ilícito o delitos conexos*”. Dicho mandato normativo, pese a las sucesivas reformas producidas en la redacción original, ha sido conservado en lo fundamental por la fórmula legal actualmente vigente del mismo Reglamento de 2010, la cual reitera lo siguiente: “*Los delitos mencionados en este artículo, serán tipificados, investigados, enjuiciados, fallados o sentenciados por el tribunal o la autoridad competente como delitos autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave*”.

9.º El citado Reglamento Modelo constituye, en suma, una norma rectora que regula y orienta el modo, la técnica y el desarrollo práctico que debe aplicarse en la criminalización primaria o secundaria de las conductas, operaciones y transacciones que constituyen lavado de activos. De allí, pues, que el ordenamiento penal peruano recepcionó, acató y asimiló de modo expreso sus contenidos esenciales desde la promulgación de la Ley 27765, a fin de que ella sea aplicada por el legislador y por los operadores de la justicia penal nacional al tratar todo lo relativo a la descripción legal, procesamiento y sanción de los delitos de lavado de activos.

Es por ello que en ese precedente legislativo el párrafo cuarto del artículo 6 prescribió lo siguiente: *“En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria”*. Es más, en el Proyecto de Ley de la Congresista Susana Higuchi Miyacawa, que fue el antecedente directo de dicha disposición legal, ya se proponía incorporar el delito de lavado de activos con total autonomía, incluso incorporando una inédita Sección II A, en el Capítulo III, del Título XVIII, del Código Penal, destacando, además, en el párrafo segundo del artículo 406, la siguiente advertencia normativa: *“El delito de lavado de activos conforme a esta Sección es independiente y diferente del delito del cual se deriva”*.

10.º Con la entrada en vigor del Decreto Legislativo 1106 se volvió a ratificar el contenido básico y la inserción nacional de la antes mencionada disposición rectora regional. En el artículo 10, párrafo primero, de su redacción inicial, se estatuyó lo siguiente: *“El lavado de activos 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”*. Además, por vez primera en la evolución legislativa nacional, se introdujo en ese mismo artículo una sumilla ideográfica alusiva a su contenido y que lo designaba como relativo a la “Autonomía del delito y prueba indiciaria”. Cabe agregar que en la Exposición de Motivos del citado Decreto Legislativo se dejó muy en claro que el artículo 10 era una disposición meramente declarativa y de reconocimiento, esto es, una advertencia legal dirigida al Juez para que gestione mejor y resuelva los casos que llegue a conocer por delitos de lavado de activos, respetando tal autonomía. Es de mencionar que este tipo de disposiciones declarativas están también presentes en otras leyes penales, como por ejemplo en el artículo 123 del Código Penal, para orientar al juzgador al momento de evaluar y resolver lo concerniente a las denominadas lesiones con resultado fortuito: *“Cuando el agente produzca un resultado grave que no quiso causar, ni pudo prever, la pena será disminuida prudencialmente hasta la que corresponda a la lesión que quiso inferir”*.

Por ende, el artículo 10 no es un tipo penal o un tipo complementario que regule algún numerus clausus o listado abierto, cerrado, mixto de posibles, exclusivos o necesarios delitos precedentes. Esto último ha sido puesto de manifiesto por la propia Exposición de Motivos del Decreto Legislativo 1106 en los siguientes términos: *“De igual modo, se ha reformulado el supuesto contemplado en el artículo 6 de la Ley N° 27765, que será consigna-*

do ahora como artículo 10, para evitar que este siga siendo distorsionado en su función de norma declarativa, que reconoce la autonomía absoluta del delito, tanto para su configuración típica, como para lo atinente a la actividad probatoria que demanda desplegar para su acreditación judicial[...]. Se deja en claro que dicha disposición no es un catálogo de delitos precedentes ni mucho menos una comunicación, exhaustiva o cerrada de los orígenes ilegales que el autor del delito conoce o debía presumir”.

11.º Las posteriores reformas puntuales que introdujo en el Decreto Legislativo 1106 el Decreto Legislativo 1249, tampoco han cambiado la opción político criminal asumida por el artículo 10 sobre la autonomía, sustantiva, procesal y punitiva del delito de lavado de activos. Es así que su texto reformulado y actualmente vigente, persiste en resaltarlo con el siguiente enunciado: “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”. Igualmente, en torno a los agregados realizados en el citado artículo 10 por el Decreto Legislativo 1249, la Exposición de Motivos formula las siguientes explicaciones: “Por otro lado, en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106 si bien se señala expresamente la autonomía del delito de lavado de activos, una interpretación literal de la norma puede llevar a concluir que dicha autonomía se circunscribe al ámbito de la investigación y procesamiento, más no al ámbito de la sanción. En consecuencia, se introduce la expresión sanción para clarificar que la autonomía del lavado de activos abarca a los tres ámbitos: investigación, procesamiento y sanción”.

12.º 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 cabe, por tanto, merced a prácticas hermenéuticas de reducción teleológica negativa que resultan afectando el principio de legalidad [José Hurtado Pozo – Víctor Prado Saldarriaga: Manual de Derecho Penal, 4ta. Edición, Editorial IDEMSA, Lima, 2011, p. 224], 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 la 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.

Por consiguiente, resulta, pues, oportuno concluir precisando que para admitir judicialmente una imputación por delito de lavado de activos y habilitar su procesamiento, sólo será necesario que la misma cumpla los siguientes presupuestos:

A. La identificación adecuada de una operación o transacción inusual o sospechosa, así como del incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el

agente del delito. Para operativizarla serán de suma utilidad los diferentes catálogos orenses que reúnen de manera especializada las tipologías más recurrentes del lavado de activos, como los producidos, entre otros, por la UNODC y GAFILAT [cfr.: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito: Guía Práctica para analistas financieros, UNDOC, Lima, 2012, GAFISUD. Tipologías Regionales GAFISUD – 2010, Costa Rica, Diciembre, 2010].

- B. 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.
- C. 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 atribuida. Esto es, que posibiliten vislumbrar razonablemente su calidad de productos o ganancias derivados de una actividad criminal. Para este último efecto tendrán idoneidad los informes analíticos circunstanciados que emita al respecto la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, así como el acopio de la documentación económica, tributaria, financiera o afín que sea útil y relevante para ello.

13º. Es de agregar, finalmente, que el reconocimiento judicial de la autonomía del delito de lavado de activos ha sido una constante en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República. Al respecto, a modo de ejemplo, basta con hacer referencia a la posición asumida en el noveno fundamento jurídico de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 2868-2014, de 27 de diciembre de 2016: “[el lavado de activos es un] delito autónomo de aquél al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada”, así como en el cuarto considerando de la Ejecutoria Suprema recaída en el Recurso de Nulidad 4003-2011, de 8 de agosto de 2012: “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”.

§ 2. NOCIÓN DE GRAVEDAD Y EL PRECEPTO NORMATIVO DEL ARTÍCULO 10 DEL DECRETO LEGISLATIVO 1106

14.º 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. Como bien califica la doctrina histórica y contemporánea un elemento normativo es aquel que exige “una comprensión lógica o intelectual” donde “predominan las valoraciones” [cfr.: José Luis Díez Ripollés: Derecho Penal Español. Parte General en Esquemas, 3ra. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 156. Felipe Villavicencio Terreros: Derecho Penal. Parte General, Editorial Grijley, Lima, 2013, p. 314]. La formulación legal requiere, pues, de una valoración que debe construirse en

función a hechos y circunstancias concomitantes, precedentes o concurrentes, que aquél conoce o puede advertir sobre la condición maculada de los bienes involucrados en las acciones de lavado de activos que ha decidido ejecutar. Esto es, corresponde al autor del delito inferir que los bienes que someterá a acciones de colocación, intercalación o integración, fueron producidos o han derivado del ejercicio de actividades criminales, lo que los hace de circulación o posesión antijurídica. Pero, además, la misma disposición legal explica con solvente claridad que dicho origen ilícito debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad justamente de generar ganancias ilícitas. Lo cual es una exigencia del todo coherente con la función y el modus operandi que le son propios a las tipologías criminológicas o criminalísticas, nacionales e internacionales, que suelen ser la representación empírica de dicha forma de delincuencia autónoma y de servicios ilegales que es el lavado de activos. Fundamentalmente, porque él se materializa a través de diversas modalidades, simples o complejas, de disimular, modificar u ocultar aquel origen maculado de tales productos o ganancias.

Consecuentemente, la referencia que hace el artículo 10 de “...o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales” resulta ser semánticamente omnicomprendiva de toda actividad criminal que pueda producir también –como aquellas que a modo de ejemplo señala el precepto aludido– réditos económicos de cualquier forma y en cualquier proporción o magnitud. Al respecto cabe mencionar que hay, entre otras, tres clases recurrentes de actividades criminales que tienen esa capacidad lucrativa ilícita que considera el citado artículo:

- A. Actividades criminales de despojo, como el robo, la extorsión o la estafa, etcétera.
- B. Actividades criminales de abuso, como el peculado, la concusión, la colusión, el enriquecimiento ilícito, la administración fraudulenta, etcétera.
- C. Actividades criminales de producción, como el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilegal de armas, la trata de personas, la minería ilegal, etcétera.

Todas ellas son actividades idóneas para producir ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activo para asegurarlas.

15.º En mérito a lo expuesto, la limitación o exclusión de esa útil posición político criminal asumida por el artículo 10, exigiendo una condición de gravedad delictiva, basada sólo en el límite máximo de la penalidad conminada, constituye también una reducción teleológica negativa y contraria al principio de legalidad. Pero, además, este tipo de exclusión hermenéutica resulta incoherente con los criterios y umbrales internacionales que también ejercen eficacia vinculante sobre la configuración de la legislación penal nacional, como es el caso de las Cuarenta Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional – GAFI, a las cuales el Perú está formalmente adherido a través de su condición de integrante formal del GAFILAT.

En efecto, sobre el estándar de penalidad mínima de las actividades criminales que deben ser abarcadas por las leyes penales contra el lavado de activos, que el GAFI exige regular a los países que se han sometido a sus Recomendaciones y Evaluaciones Periódicas de

Cumplimiento, resulta pertinente lo estipulado por la 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*”. Además, para esclarecer mejor la condición punitiva de tales actividades criminales en el numeral 3 de la respectiva Nota Interpretativa, el GAFI de modo detallado ha precisado lo siguiente: “*Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o 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*”.

Cabe destacar que en el Código Penal nacional coexisten muchas actividades criminales que como la apropiación ilícita (artículo 190), la estafa (artículo 196), el estelionato (artículo 197), la administración fraudulenta (artículo 198) o la insolvencia fraudulenta (artículo 209), superan ampliamente los estándares mínimos de penalidad que el GAFI demanda para que sean afectadas por las disposiciones contra el lavado de activos, pero que, además, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10, tienen una clara “*capacidad de generar ganancias ilegales*”.

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 perjudican 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. 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, intercalación o integración realizada por el agente, y que es considerado como circunstancia agravante específica en el artículo 4, inciso 3, del Decreto Legislativo 1106, cuando dicho monto excede el equivalente a más de quinientas Unidades Impositivas Tributarias.

§ 3. ESTÁNDAR DE PRUEBA DE LA ACTIVIDAD CRIMINAL QUE GENERA GANANCIAS ILEGALES – EXIGENCIAS LEGALES SEGÚN LAS ETAPAS PROCESALES

17.º La definición de lo que se denomina “estándar de prueba” guarda relación con la garantía de presunción de inocencia (artículo 2, numeral 24, literal ‘e’, de la Constitución), concretamente con su regla de juicio (manifestación procesal de la referida garantía constitucional en el momento de la valoración de la prueba), concerniente al *in dubio pro reo* y que requiere para la condena una convicción judicial más allá de toda duda razonable luego de una cuidadosa e imparcial consideración de las pruebas del caso que permita la confirmación de la hipótesis acusatoria y su no refutación—este principio, como acota Claus Roxin, no es una regla para la apreciación de las pruebas, sino que se aplica solo

después de la finalización de la valoración de la prueba [Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 111]–, lo que, por lo demás, está complementado con el principio de la sana crítica racional en la valoración de la prueba. Por tanto, “*A la hora de fijar los hechos en la sentencia, la eficacia de los resultados de las pruebas practicadas se somete al indicado principio*” [Teresa Armenta Deu: Lecciones de Derecho Procesal Penal, 3ra. Edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, p. 247].

El Juez está liberado de las obligaciones legales de la prueba tasada, pero no de las reglas del pensamiento o de la razón. La valoración de las pruebas es discrecional, pero el Juez debe respetar esquemas racionales [Michele Taruffo: Proceso y Decisión, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2012, pp. 75 y 180].

El párrafo final del apartado 1 del artículo II del Título Preliminar del CPP, en esa misma perspectiva normativa, indica: “*En caso de duda sobre la responsabilidad penal debe resolverse a favor del imputado*”; al igual que el artículo 398, apartado 1, del mismo Código, que apunta: “*la motivación de la sentencia absolutoria destacará especialmente [...] la declaración de que [...] los medios probatorios no son suficientes para establecer su culpabilidad, que subsiste una duda sobre la misma...*”. Luego, cuando reste incertidumbre en la apreciación de las pruebas inculpatorias aportadas al proceso, debe dictarse sentencia absolutoria; cualquier duda acerca de la culpabilidad del acusado debe interpretarse a su favor (STEDH Telfnervs. Austria, de 20 de marzo de 2001).

La apreciación de la prueba ha de ser conforme a las reglas de la sana crítica (concordancia de los artículos 158.1 y 393.2 del CPP), no exenta de pautas o directrices de rango objetivo. Los elementos que componen la sana crítica son: (i) la lógica, con sus principios de identidad (una cosa solo puede ser igual a sí misma), de contradicción (una cosa no puede ser explicada por dos proposiciones contrarias entre sí), de razón suficiente (las cosas existen y son conocidas por una causa capaz de justificar su existencia) y del tercero excluido (si una cosa únicamente puede ser explicada dentro de una de dos proposiciones alternativas, su causa no puede residir en una tercera proposición ajena a las dos precedentes); (ii) las máximas de experiencia o “reglas de la vida”, a las que el juzgador recurre (criterios normativos o reglas no jurídicas, producto de la observación de lo que generalmente ocurre en numerosos hechos productos de la vida social concreta, que sirven al juez, en una actitud prudente y objetiva, para emitir juicios de valor acerca de una realidad, con funciones heurística, epistémica y justificativa); y, (iii) los conocimientos científicamente aceptados socialmente (según exigen los cánones de la comunidad científica mundial) [Rodrigo Rivera Morales: La prueba: un análisis racional y práctico, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 254].

Frente al silogismo, en cuyo mérito la premisa menor es la fuente-medio de prueba, la premisa mayor es una regla de la sana crítica y la conclusión es la afirmación por el juzgador de la existencia o inexistencia de los hechos enjuiciados, debe tener presente, como explica Silvia Barona Vilar, (i) que en el sistema de valoración libre las reglas de la sana crítica deben determinarse por el juzgador desde parámetros objetivos –no legales–; y, (ii) que, ante la ausencia de la premisa menor –pruebas válidamente practicadas–, la absolución

es obligada [Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal, 22da. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, p. 310].

18.º Respecto del juicio histórico, sobre el que recae esta regla jurídica de máxima jerarquía, es claro que el cumplimiento del estándar de prueba se refiere, de modo relevante, de un lado, a los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal –objeto de acusación y enjuiciamiento–; y, de otro lado, a la vinculación del imputado con éstos, a título de autor o de partícipe (artículos 23, 24 y 25 del Código Penal). Estos elementos típicos y la intervención delictiva –que procesalmente constituyen el objeto o tema de prueba– deben probarse más allá de toda duda razonable. Cabe acotar 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–.

19.º En lo atinente al punto materia de análisis por este Pleno Jurisdiccional Casatorio, cabe enfatizar que lo que debe acreditarse en el delito de lavado de activos, entre otras exigencias típicas, es el origen ilícito del dinero, bienes, 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. 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.

Las “actividades criminales” (artículo 10) –de aquellos delitos con capacidad de generar ganancias ilegales–, vista incluso la propia dicción de la citada disposición legal, no puede entenderse como la determinación de la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de diversos agentes individualizados y objeto. No es un requisito indispensable para que pueda formularse acusación y emitirse condena por este delito de lavado de activos. Por lo demás, la especificidad de un delito previo no es el objeto de la acusación y de la sentencia. Así, por ejemplo, se estimó en la STSE 1505/2005, de 23 de febrero de 2005 (conforme: fundamento jurídico quinto, numeral dos), con la consideración más relevante, para nuestro país, de la incorporación de una regla expresa en el párrafo primero del artículo 10, que preceptúa: “*El delito de 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 [los activos], hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena*”.

Esta misma sentencia indicó en el aludido fundamento jurídico que: “*La actuación contra este género de actividades pasa fundamentalmente por la investigación sobre los bienes que afloran en poder de determinadas personas y es suficiente con una referencia genérica al origen de los mismos para después, casi siempre por la vía de los indicadores o indicios, llegar*

a la conclusión racional y motivada de su procedencia”. No se requiere, en suma, la identificación de las concretas operaciones delictivas previas; basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico –de un injusto penal–. Como no se necesita una condena anterior de la actividad antecedente de la que procede el activo maculado, es suficiente establecer la relación con actividades delictivas y la inexistencia de otro posible origen del mismo, en función de los demás datos disponibles; o, dicho de otra forma, que dados los indicios, la conclusión razonable sea su origen delictivo (conforme: STSE 154/2008, de 8 de abril).

20.º Como la característica fundamental del delito de lavado de activos es su autonomía, sin accesoriad respecto de la actividad criminal que determinó el activo maculado –se desvincula lo máximo posible del delito previo–, en buena lógica, como postula Javier Zaragoza Aguado, 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. La presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes [Investigación y Enjuiciamiento del Blanqueo de Capitales (II). En: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial, 3ra. Edición, Organización de Estados Americanos, Washington D.C. 2007, p. 396].

En esta misma tesitura –con mayor fuerza desde la exigencia en nuestro país de un precepto legal declarativo y de reconocimiento que es el artículo 10– es la que postula Isidoro Blanco Cordero, al enfatizar: “*En definitiva, basta con acreditar la existencia de una actividad delictiva de modo genérico, que en atención a las circunstancias del caso permita excluir otros posibles orígenes de los bienes, no siendo necesaria una probanza plena de un acto delictivo específico ni de los intervinientes en el mismo*” [Principios y Recomendaciones Internacionales para la penalización del lavado de dinero – Aspectos Sustantivos. En: Combate al lavado de activos desde el sistema judicial, Obra citada, p. 171].

21.º En atención a lo expuesto, 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 –según lo establecido en los fundamentos jurídicos precedentes–; (ii) la realización de actos de conversión y transferencia, o actos de ocultamiento y tenencia, o de actos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional; y, (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), cuanto 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, específicamente, es un delito de tendencia interna trascendente o delito de intención–.

A los efectos de una sentencia condenatoria, ninguno de estos elementos, como, por ejemplo, explica la STSE 220/2015, de 9 de abril, 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. Específicamente, los elementos subjetivos han de ser inferidos normalmente de datos o fenómenos exteriores que deben ser analizados con el mismo rigor y cautela con que lo son los indicios de los que se infiere, en muchas ocasiones, la realidad del tipo objetivo de un delito (conforme: STSE 586/2006, de 29 de mayo).

22.º El artículo 10, en la última oración de su párrafo final, menciona expresamente que: “*El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso*”. Esta regla, meramente declarativa por cierto, solo ratifica que, por la realidad criminológica de esta modalidad criminal, es menester acudir a la prueba por indicios (reconocida expresamente por el artículo 158, apartado 3, del CPP, y por la Ejecutoria Suprema Vinculante RN 1912-2005/ Piura, de 6 de septiembre de 2005, y Acuerdo Plenario 1-2006/ESV-22, de 13 de octubre de 2006), pues en muy escasas ocasiones se cuenta con prueba directa – como sería la confesión del interviniente en el delito de lavado de activos–. La prueba directa prácticamente será de imposible existencia dada la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de comisión de actividades criminales con capacidad para generar ganancias ilegales así como de lavado de activos procedente de aquéllas, por lo que la prueba indirecta o por indicios será la más usual (conforme: STSE 433/2000, de 10 de enero). O, en otros términos, 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, al posibilitarse y ser lo más frecuente en la práctica que semejantes infracciones se persigan independientemente del delito origen del activo, alcanzándose su sanción de manera autónoma y proclamándose la ausencia de accesoriadad entre ambos (conforme: STSE 1061/2002, de 6 de junio).

La prueba por indicios –que, por lo demás, es clásica y no solo es exclusiva de esta modalidad criminal– 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 (verbigracia: STSE 738/2006, de 4 de julio). Ello, en ningún caso, puede entenderse como una relajación de las exigencias probatorias, sino como otra forma de probanza que puede conducir al siempre exigible grado de certeza objetiva preciso para un pronunciamiento penal condenatorio (verbigracia: STSE 247/2015, de 28 de abril). 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 (verbigracia: STSE 928/2006, de 5 de octubre).

Muchos pueden ser los indicios ciertos, graves, interrelacionados que, a partir de una inferencia precisa y argumentalmente sólida –con pleno respeto de las reglas de la sana crítica (principios de la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos: artículo 393, apartado 2, del CPP)–, y sin prueba de lo contrario –no desvirtuados por otras pruebas, entre los que se incluyen los contraindicios–, pueden establecer la comisión del delito de lavado de activos. Es pertinente destacar lo que sobre este punto, en orden a la inferencia, señaló la Casación Colombiana: “*Es de singular importancia verificar en el pro-*

ceso de valoración conjunta de su articulación, de forma tal que los hechos indicadores [los indicios] sean concordantes, esto es, que ensamblen entre sí como piezas integrantes de un todo, pues siendo éstos fragmentos o circunstancias accesorias de un único suceso histórico, deben permitir su reconstrucción como hecho natural, lógico y coherente, y las deducciones o inferencias realizadas con uno de aquellos han de ser a su vez convergentes, es decir, concurrir hacia una misma conclusión y no hacia varias hipótesis de solución” (Sentencia de Casación de 3 de diciembre de 2009, radicado número 28.267).

Algunos de los indicios, los más habituales, se han citado en el Acuerdo Plenario número 2-2010/CJ-116, de 16-11-2010, párrafo 33. Y, si se trata de los procedimientos irregulares más utilizados en el sistema financiero internacional, no solamente a través de las facilidades que proporciona internet sino también en operaciones convencionales, es del caso acudir, en la línea descrita en el párrafo 12 de esta Sentencia Plenaria, a los dictámenes y estudios realizados por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), que detallan las prácticas corruptas para montar un entramado a partir del cual se intenta dar apariencia de licitud a las actividades de lavado de activos, así como las diversas orientaciones de la CICAD.

En todo caso, puede concebirse –a título meramente enunciativo, sin que necesariamente se califiquen de obligatorios requisitos legales ni que deban concurrir juntos, pues lo más relevante son los datos concretos de la causa– un triple pilar indiciario –o elementos incriminatorios– sobre el cual edificarse una condena por el delito de lavado de activos (por ejemplo: STSE 345/2014, de 24 de abril):

Primero, los incrementos inusuales o crecimientos injustificados del patrimonio, o la realización de actividades financieras anómalas –por su cuantía y su 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 con los mismos.

23.º Por otra parte, en 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. Éste, conforme al principio de progresividad en el desarrollo de la acción penal durante el procedimiento penal, atraviesa varias fases y en cada una de ellas las exigencias son mayores –unificados bajo el concepto muy difuso de “prueba semiplena”–, hasta exigir el grado de convicción pleno del órgano jurisdiccional, más allá de toda duda razonable, cuando se trata de pronunciar una sentencia condenatoria [Conforme: Agustín-Jesús Pérez Cruz Martín y otros: Derecho Procesal Penal, Editorial Civitas, Pamplona, 2009, p. 452]. 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 en la sospecha [Klaus Volk: Curso Fundamental de Derecho Procesal Penal, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2016, pp. 78 y 79]. 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 [Javier Llobet Rodríguez: Proceso Penal Comentado, 6ta. Edición, Editora Dominza Editorial Jurídica Continental, San José, 2017, p. 393].

Así se tiene lo siguiente:

Primera, para la emisión de la disposición de diligencias preliminares sólo se requiere sospecha inicial simple, para “...determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosas, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión[...],y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente” (artículo 330, apartado 2, del CPP).

Segunda, para la expedición de la disposición de formalización de la investigación preparatoria se necesita sospecha reveladora, esto es, “...indicios reveladores de la existencia de un delito, que la acción no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de procedibilidad...” (Artículo 336, apartado 1, del CPP).

Tercera, para la formulación de la acusación y la expedición del auto de enjuiciamiento se precisa sospecha suficiente, vale decir, “...base suficiente para ello...” o “...elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado” (artículo 344, apartado 1 y apartado 2, literal d a contrario sensu, del CPP).

Asimismo, corresponde, por su importancia y especialidad, abordar otro supuesto de convicción judicial, el referido a la prisión preventiva. Para pronunciar dicha resolución coercitiva personal se requiere sospecha grave, o sea, “...fundados y graves elementos de convicción para estimar razonablemente la comisión de un delito que vincule al imputado como autor o partícipe del mismo” (artículo 268, literal a, del CPP).

Es de entender que el vocablo “sospecha” no se utiliza en su acepción vulgar –de meras corazonadas sin fundamento objetivo [Luis Lamas Puccio: La prueba indiciaria en el lavado de activos, Editorial Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 167]–, sino en su pleno sentido técnico procesal; es decir, como un estado de conocimiento intermedio, de diferente intensidad, a partir de datos inculpatorios –que se erigen en elementos de convicción sobre la base de actos de investigación– obtenidos en el curso de la averiguación del delito, que autorizan a dictar diversas decisiones y medidas limitativas, así como practicar determinadas actuaciones.

En este ámbito también se utiliza insistentemente el vocablo “indicios”, respecto del que debe aclararse la existencia de una noción técnica y otra común del mismo. La primera significación hace mención al hecho base que permite enlazar con el hecho consecuencia o hecho presunto como consecuencia de un razonamiento lógico causal del juzgador en la prueba por indicios. La segunda significación –común o procedimental– lo identifica con aquel indicador de la producción de ciertos hechos que a priori son delictivos; se trata de una primera plataforma de la investigación criminal y es la que es materia de este análisis [Francisco Ortego Pérez: El Juicio de Acusación, Editorial Atelier, Barcelona, 2007, p. 46].

24.º En orden al nivel o intensidad de la sospecha, cabe afirmar lo siguiente:

A. La sospecha inicial simple –el grado menos intensivo de la sospecha– requiere, por parte del Fiscal, puntos de partida objetivos, es decir, un apoyo, justificado por hechos concretos –solo con cierto nivel de delimitación– y basado en la experiencia criminalística, de que se ha cometido un hecho punible perseguible que puede ser constitutivo de delito –en este caso de lavado de activos– [Cfr.: Claus Roxin, Obra citada, p. 329]. Se requiere de indicios procedimentales o fácticos relativos –aunque con cierto nivel de delimitación–, sin los cuales no puede fundarse sospecha alguna –esto último, por cierto, no es lo mismo que prueba indiciaria o por indicios, objeto de la sentencia–.

Las sospechas (vocablo utilizado, por ejemplo, en el artículo 329, apartado 1, del CPP), en todo caso, en función a los elementos de convicción que se cuentan, conforme a la jurisprudencia germana, solo aluden a un hecho presuntamente delictivo, de momento nada debe indicar sólidamente aún un autor en concreto (BGH StV 1988, 441). Si no está claro si las circunstancias conocidas hasta el momento ponen de manifiesto una conducta punible, cabe una indagación preliminar. Desde esta perspectiva, para incoar diligencias preliminares solo se precisa de la posibilidad de comisión de un hecho delictivo. Es, pues, un juicio de posibilidad que realiza el Fiscal, que es el que funda el *iusersequendi* del fiscal, y que exige una valoración circunstanciada de su parte [Francisco Ortego Pérez: Obra citada, p. 53].

Corresponde al Fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso con plena observancia del principio de legalidad, como preceptúa el artículo 65, apartados 4 y 5, del CPP. Las diligencias preliminares de investigación, en esta perspectiva, tienen como objetivo “...determinar si [el Fiscal] debe formalizar la Investigación Preparatoria” (artículo 330, apartado 1, del CPP), y persiguen “...realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad[...], individualizar a las personas involucradas en su comisión...” (Artículo 330, apartado 2, del CPP). El plazo de las diligencias preliminares debe ser, siempre, razonable, y se define en función de “...las características, complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación” (artículo 334, apartado 2, del CPP).

De otro lado, es de resaltar, como no podía ser de otro modo, que el paso de las diligencias preliminares a la investigación preparatoria formal está regulada legalmente (artículos 334 y 336 del CPP), incluso cuando corresponda la reapertura de las actuaciones investigativas del fiscal, la que en virtud al valor seguridad jurídica está sometida, para su eficacia procesal, al cumplimiento previo y razonado de los presupuestos materiales estipulados en el artículo 335, apartado 2, del CPP.

B. La sospecha reveladora para la disposición de formalización de la investigación preparatoria –el grado intermedio de la sospecha–, en cuanto imputación formal de carácter provisional, consiste en la existencia de hechos o datos básicos que sirvan racionalmente de indicios de una determinada conducta de lavado de activos, mediante la presencia de elementos de convicción con determinado nivel, medio, de acreditación –los elementos de prueba, como se sabe, son los que se utilizan para la construcción de una sentencia–

para incoar un proceso penal en forma y, en su día, servir de presupuesto necesario para la acusación y la apertura del juicio oral –en este supuesto la investigación arroja mayor claridad sobre los hechos objeto de averiguación–. Los hechos para la dilucidación, en el momento procesal oportuno, de la acusación solo podrán determinarse en su extensión y necesaria explicitación hasta el término de la investigación preparatoria.

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 supongan una probabilidad de la existencia de un delito –no se exige un inequívoco testimonio de certidumbre– (conforme: STCE de 16 de febrero de 1983).

C. La sospecha suficiente, idónea para la acusación y para la emisión del auto de enjuiciamiento –el grado relativamente más sólido de la sospecha–, en la evaluación provisoria del hecho exige, a partir de los elementos de convicción acopiados hasta el momento, una probabilidad de condena (juicio de probabilidad positivo) –que ésta sea más probable que una absolución. Esto es, que consten datos de cargo, desfavorables al imputado y que prevalezcan respecto de los datos que lo favorezcan o de descargo, que fundan el progreso de la persecución penal [Julio B. J. Maier: Derecho Procesal Penal, Tomo I, 2da. Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1996, p. 496]–. El Fiscal y, en su día, el Juez tienen la responsabilidad de realizar una provisional ponderación de la verosimilitud de la imputación; probabilidad racionalmente determinada [Francisco Ortego Pérez: Obra citada, p. 54].

Se exige, en aras de garantizar el derecho de defensa y el principio de contradicción, que la imputación sea completa (debe incluir todos los elementos fácticos que integran el tipo delictivo objeto de acusación y las circunstancias que influyen sobre la responsabilidad del acusado) y específica (debe permitir conocer con precisión cuáles son las acciones o expresiones que se consideran delictivas), pero no exhaustivo (no se requiere un relato minucioso y detallado, o pormenorizado, ni la incorporación ineludible al texto del escrito de acusación de elementos fácticos que obren en las actuaciones de la investigación preparatoria, y a los que la acusación se refiera con suficiente claridad) –estas exigencias son materiales, no formales, destinadas a que el acusado conozca con claridad y precisión los hechos objeto de acusación– (conforme: STSE de 6 de abril de 1995). Así, los hechos deben delimitarse y los elementos de convicción deben señalarse en la acusación; y, en lo atinente al delito de lavado de activos, debe mencionarse la actividad criminal precedente, en los ámbitos y conforme a las acotaciones ya anotadas, de la que proceden los activos cuestionados, sin perjuicio de enunciarse la concurrencia de los demás elementos del tipo penal.

Se reclama, enseña Ellen Schlüchter, respecto de la probabilidad de condena, como pauta de la sospecha de criminalidad suficiente, el cumplimiento de tres presupuestos: (i) que la acusación ha de basarse en una descripción de hechos cuya comisión es, previsiblemente, demostrable a través de los medios de prueba; (ii) que los hechos presentados tienen que ser concluyentes para uno o varios tipos penales de la parte especial del Código Penal o del Derecho Penal especial; y, (iii) que no existan obstáculos procesales [Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 98]. No es de descuidar, por cierto, que exista probabilidad acerca de la existencia de los elementos de imputación que consten en las actuaciones de la investigación preparatoria –que aparezca como probable una condena– [Julio B.J. Maier: Derecho Procesal Penal, Tomo III, 1ra. Edición, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2011, p. 359].

D. La sospecha grave, propia para dictar mandato de prisión preventiva –el grado más intenso de la sospecha, más fuerte, en términos de nuestro Código Procesal Penal, que la sospecha suficiente y que resulta necesaria para la acusación y el enjuiciamiento–, requiere de un alto grado de probabilidad de que el imputado ha cometido el hecho punible y de que están presentes todos los presupuestos de la punibilidad y de la perseguibilidad (alto grado de probabilidad de una condena) [Claus Roxin: Obra citada, p. 259]. Ésta es una *conditio sine qua non* de la adopción y el mantenimiento de esta medida de coerción personal. El elemento de convicción ha de ser corroborado por otros elementos de convicción o cuando por sí mismo es portador de una alta fiabilidad de sus resultados, y además ha de tener un alto poder incriminatorio, esto es, vincular al imputado con el hecho punible. Esta exigencia probatoria, sin duda, será superior que la prevista para inicio de actuaciones penales pero inferior al estándar de prueba establecido para la condena: descarte de duda razonable [Jordi Ferrer Beltrán: Presunción de inocencia y prisión preventiva. En: AA.VV, Colaboración eficaz, prisión preventiva y prueba, Editorial Ideas. Lima, 2017, pp. 128 y 130].

No se exige, por ello, prueba plena de la autoría ni una definitiva calificación jurídica de la conducta, sino únicamente la existencia de indicios o elementos de convicción fundados y graves de la comisión de una actividad delictiva y de los demás presupuestos de punibilidad y perseguibilidad, y a partir de ellos de su responsabilidad penal. El juicio de imputación judicial para la prisión preventiva exige un plus material respecto a los dos anteriores niveles de sospecha, pues debe contener un elevado índice de certidumbre y verosimilitud acerca de la intervención del encausado en el hecho delictivo [Cristina Guerra Pérez: La decisión judicial de prisión preventiva, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 138].

La expresión “sospecha grave” debe ser interpretada en sentido cuantitativo, es decir, denotando un grado de intensidad mayor que la precedente, que permitan ya sostener desde un principio, aunque provisionalmente, que la persona inculpada es responsable del delito [Odone Sanguiné: Prisión provisional y derechos fundamentales, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 471].

Desde luego, no serán susceptibles de reproche constitucional las resoluciones judiciales que expresen los hechos que se estiman provisionalmente acreditados y las fuentes –elementos de convicción– que les han conducido a estimar que existen indicios fundados

y graves de responsabilidad penal del sujeto sometido a prisión preventiva, siempre que esa inferencia de responsabilidad criminal no puede calificarse de ilógica, o de argumentalmente insuficiente [Rafael Bellido Penadés: La prisión provisional y las medidas alternativas. En: Reflexiones sobre el nuevo proceso penal (Víctor Moreno Catena: Director), Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 410. STCE 164/2000, de 12 de junio].

25.º En conclusión, los elementos de prueba y, antes, los elementos de convicción deben ser idóneos y necesarios en cada fase o etapa del procedimiento penal para justificar las diligencias preliminares, el procesamiento penal a través de la disposición de formalización de la investigación preparatoria, la acusación y el auto de enjuiciamiento, y, finalmente, la sentencia –que requiere, esta sí, elementos de prueba–. Los actos de aportación de hechos deben recaer tanto en los elementos de la figura delictiva cuanto en los factores que determinan la intervención delictiva del imputado –en este caso, del delito de lavado de activos–. Racionalmente los datos de hecho deben acreditar, según los grados de convicción exigibles en cada fase o etapa procesal, los hechos objeto de imputación.

Conforme avanzan las averiguaciones, el grado de determinación de la actividad criminal previa, apta o capaz para generar determinados activos objeto de lavado, se va ultimando. Ello no significa, sin embargo, que desde el inicio de las averiguaciones no se requiera contar con puntos de partida objetivos de cierta idoneidad y conducencia, por lo menos abstracta, y fundados en la experiencia criminalística; datos que, progresivamente, según los momentos decisivos de cada fase procesal, deben delimitarse, consolidarse y confirmarse en lo que le es propio. Por consiguiente, de meros argumentos generales, sin conexión razonable o adecuada con los primeros hallazgos o datos aportados, no es posible siquiera mantener la sub-fase de diligencias preliminares y, menos, formalizar la investigación preparatoria.

No basta, a final de cuentas, limitarse a afirmar, en el punto materia de examen, la presunta realidad del origen del activo maculado bajo el argumento de simples “negocios ilícitos”. Debe concretarse, conforme a lo ya concluido en los fundamentos jurídicos precedentes, en la sentencia condenatoria –y con menos énfasis, pero con algún nivel de referencia, en las demás decisiones y actos de imputación– que éste viene de una actividad criminal, con las características y ámbitos ya apuntados, pues de lo contrario faltará un elemento del tipo (conforme: STSE 707/2006, de 23 de junio).

26.º Si, como quedó establecido, el delito de lavado de activos, por lo común, se acredita mediante prueba por indicios, éstos han de ubicarse, identificarse, asegurarse y enlazarse entre sí –formar una cadena de indicios–, para inferir, con arreglo a las reglas de la sana crítica, la realidad de los actos de lavado de activos objeto del proceso penal. Es de tener presente, sobre el particular, los aportes de los estudios y trabajos criminológicos y de la experiencia criminalística de los órganos especializados en su prevención y detección –nacionales, extranjeros e internacionales–, que progresivamente vienen identificando las prácticas ilícitas que desarrolla la delincuencia, especialmente la organizada, a fin de orientar correctamente la investigación y el enjuiciamiento de esta modalidad delictiva.

III. DECISIÓN

27.º En atención a lo expuesto, las salas penales Permanente y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidas en el Pleno Jurisdiccional Casatorio, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, numerales 3 y 4, del Código Procesal Penal:

ACORDARON

28.º **DECLARAR SIN EFECTO** el carácter vinculante de la disposición establecida por la Sentencia Casatoria número 92-2017/Arequipa, de 8 de agosto de 2017.

29.º **ESTABLECER** como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes –que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos–, los siguientes lineamientos jurídicos:

- A. El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.
- B. 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.
- C. 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 la 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”.
- D. 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.
- E. 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.
- F. 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.

29.º **PRECISAR** que los principios jurisprudenciales que contiene la doctrina legal antes mencionada tienen el carácter de vinculantes y, por consiguiente, deben ser invocados por los jueces de todas las instancias.

30.º PUBLICAR la presente Sentencia Plenaria Casatoria en la Página Web del Poder Judicial y en el diario oficial El Peruano y en la Página Web del Poder Judicial. HÁGASE SABER.

S.S.

SAN MARTÍN CASTRO
LECAROS CORNEJO
PRADO SALDARRIAGA
SALAS ARENAS
BARRIOS ALVARADO
PRÍNCIPE TRUJILLO
NEYRA FLORES
CHAVES ZAPATER
SEQUEIROS VARGAS
PACHECO HUANCAS
CALDERÓN CASTILLO

EL VOTO DISCORDANTE DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI, ALDO FIGUEROA NAVARRO Y LUIS ALBERTO CEVALLOS VEGAS, ES COMO SIGUE

Tipo penal y elemento normativo del tipo

1. Para evaluarla cuestión relacionada con la determinación de la existencia o no de un elemento normativo del tipo en el delito de lavado activos, sus alcances y su incidencia en el ámbito probatorio, es menester realizar una interpretación gramatical, sistemática, teleológica e histórica de los tipos penales previstos en los artículos 1º, 2º y 3º, en concordancia con el artículo 10º, segundo párrafo del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249.
2. Para ello, debemos partir por establecer su ubicación, sentido e identificación en la teoría del delito. Al respecto, es conteste la posición dogmática que el delito es acción típica, antijurídica y culpable. Una primera consecuencia de esta definición estructural es que los conceptos de tipo y acción no son diferenciables o escindibles. Los tipos penales se construyen en función de acciones típicamente relevantes. En un Estado Constitucional de Derecho, estas acciones seleccionadas responden a las exigencias de un derecho penal de acto, y no de autor. La selección se realiza de acuerdo a los principios democráticos de un derecho penal constitucionalizado, esto es, bajo los principios de legalidad, subsidiaridad, fragmentariedad, responsabilidad y proporcionalidad.
3. Así las cosas, los elementos de la acción son, como sostiene Jakobs⁽¹⁾, elementos del tipo penal. Pero el tipo penal no es exclusiva o diferenciadamente objetivo o subjetivo; como reflejo de la realidad social presupone a un sujeto cognoscente y un objeto cognoscible. Por razones teóricas -no ontológicas- se divide el tipo en objetivo (aspecto

⁽¹⁾ Jakobs, Günther: Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la Imputación; Marcial Pons ed.; Madrid 1995; p. 200.

externo del delito) y en subjetivo (actitud interna del sujeto), pero ello no significa la inexistencia de una relación de correspondencia entre ambos. Ergo, asumir unilateralmente que el tipo subjetivo se estructure sin correspondencia en el tipo objetivo es caer en subjetivismo, por la inexistencia de afectación del bien jurídico (ausencia de imputación objetiva); por el contrario, acentuar el enfoque exclusivamente en el tipo objetivo sin referencia al tipo subjetivo, es desembocar en objetivismo, no requiriéndose la configuración del dolo o la culpa (inexistencia de imputación subjetiva). Como estructura de acción única, entonces, el tipo penal -no la norma subyacente- debe configurarse conjunta y equilibradamente para constituir un injusto penal.

4. Ahora bien, en la descripción de los tipos penales, el tipo objetivo no se compone solo por meras descripciones perceptibles sensorialmente. La relevancia penal de la descripción requiere muchas veces de datos susceptibles de valoración jurídica o prejurídica. Los elementos del tipo objetivo que requieran de una integración valorativa se denominan, por ende, elementos normativos del tipo. Su significado es trascendente porque dota de contenido al injusto, condición sin la cual la descripción típica de la conducta, carecería de relevancia penal, pues se incardinan con el bien jurídico y, con ello, con la imputación objetiva. Esta connotación valorativa de un elemento del tipo objetivo requiere además ser abarcada por el tipo subjetivo, o más precisamente por el dolo del sujeto. El mero conocimiento del objeto del delito -por ejemplo de un bien en el hurto- no es suficiente para su configuración, es necesario considerar la ajenidad respecto del objeto material. El dolo del sujeto activo debe abarcar entonces este último aspecto (elemento normativo del tipo objetivo) mediante una “valoración paralela en la esfera del lego” (*Paralellwertung der Laiensphäre*).

Elemento normativo del tipo en el lavado de activos

5. La primera cuestión dogmática a evaluar es la determinación de la existencia de un elemento normativo del tipo en el lavado de activos, y su relación con “la actividad criminal que produce dinero, efectos, bienes o ganancias”, prevista en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249. Pero para ello debe determinarse la naturaleza y alcance de esta descripción normativa con la estructura de los tipos penales de lavado de activos (interpretación sistemática). En el caso de los tipos penales de lavado de activos, previstos en los artículos 1°, 2° y 3°, se tienen como denominadores comunes los siguientes: a) en los tipos objetivos se presentan como objetos de los delitos “[el] dinero, bienes, efectos o ganancias” (tipos de conversión o transferencia y ocultamiento o tenencia), y “dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos ‘al portador’” (tipo de transporte); b) en los tipos subjetivos se alude al conocimiento real o presunto de su “origen ilícito”.
6. La verificación de la relación entre los tipos objetivos y los tipos subjetivos correspondientes, dejan entrever que se trata de un tipo congruente, en el caso del tipo penal del artículo 2°; esto es “[...] la parte subjetiva de la acción se corresponde con la parte objetiva. Es el caso normal de los delitos dolosos, en que la voluntad alcanza a la realización

objetiva del tipo⁽²⁾. Y en los casos de los tipos penales de los artículos 1º y 3º, de tipos incongruentes o, como se les rotula en la doctrina, con exceso subjetivo, condicionados por la existencia de un elemento subjetivo distinto al dolo. El dolo es descrito, en todos los casos, mediante la frase “[cuyo origen ilícito] *conoce o debía presumir*”. Por su parte, el elemento subjetivo distinto del dolo se evidencia “*con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso*”. Pero en los tres casos, el dolo debe abarcar la totalidad de los elementos objetivos de los tipos penales.

7. Ahora bien, el tipo objetivo en los tres delitos ha sido construido sobre la base del objeto material de los mismos; vale decir “*el dinero, bienes, efectos, ganancias o instrumentos financieros*”, sobre los que recaen las actividades típicas señaladas en dichos tipos penales; esto es, el “*convertir, transferir, administrar, custodiar, recibir, ocultar, mantener en su poder, transportar o trasladar consigo*”. Pero estas actividades, relacionadas con esos elementos fundamentalmente descriptivos, son irrelevantes penalmente hablando; son conductas neutras y hasta funcionales al sistema económico y sus instituciones. Así las cosas, no podría satisfacer la exigencia de ser conductas típicas. Es necesario entonces interpretar su sentido conjuntamente con la finalidad de protección subyacente en la norma. En otros términos, su contenido de injusto debe establecerse conforme al bien jurídico protegido en el lavado de activos. En este sentido, debe considerarse el carácter de delito complejo del lavado de activos. Mediante su represión se protege directamente, según la modalidad típica, el correcto funcionamiento del sistema económico y sus instituciones, y la eficacia de la función jurisdiccional, e indirectamente la sostenibilidad de los sistemas económico, social y político, socavado por el funcionamiento del crimen organizado y la influencia negativa de la corrupción sistémica⁽³⁾, cuyas ganancias constituyen su soporte y son fuentes de desintegración económica, política y social, mediante un proceso de criminalización del Estado⁽⁴⁾.
8. A su vez, la determinación precisa del bien jurídico protegido, sirve para delimitar el ámbito del riesgo permitido y, por ende, del riesgo prohibido al mismo, como consecuencia de las actividades económicas. Esta delimitación es fundamental, en el contexto de una economía prevalentemente informal como la nuestra⁽⁵⁾. Esto significa

(2) Mir Puig, Santiago: Derecho Penal. Parte General; cuarta edición; ed. Reppertor; Barcelona 1996; p. 205.

(3) Resulta ilustrativa la descripción de la relación que existe entre el lavado, crimen organizado y corrupción, en Hurtado Pozo, José: El blanqueo de capitales para la realización de operaciones transnacionales delictivas. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/fin/les/articulos/a_20140708_02.pdf

(4) Cfr. respecto a la incidencia del crimen organizado como factor de riesgo en el proceso de criminalización del Estado en: Aa.Vv; *Convergence illicit networks and national security in the age of globalization*, editado por Michael Miklaucic y Jacqueline Brewer, Washington 2013: NDU Press

(5) CEPLAN: Economía Informal en Perú. Situación actual y perspectivas; mayo 2016. https://www.ceplan.gob.pe/wp-content/uploads/2013/09/economia_informal_en_peru_11-05-2016.pdf

que en la determinación de los límites de la imputación objetiva se debe considerar que los actores económicos desarrollan sus actividades en un contexto de prevalente informalidad. Por tanto, una conducta económica informal no necesariamente traspasa los límites del riesgo permitido. En concreto, las actividades de conversión, transferencias, ahorro al margen del sistema financiero, posesión, transporte de activos pueden revelar una actitud de desconfianza o indiferencia frente al sistema económico o financiero, pero se encuentran dentro de lo socialmente permitido o tolerado. En consecuencia, los actos señalados anteriormente deben alcanzar una entidad suficiente como para que traspase el baremo de lo permitido y se convierta en prohibido. La única característica que puede significar un aumento en el riesgo al bien jurídico tutelado, es la realización de conductas relacionadas con los activos pero que tengan una proveniencia ilícita concreta. En este sentido, los actos de conversión, transferencia, ocultación, traslado, transporte de activos ilícitos aumentan el riesgo al bien jurídico protegido, en el lavado de activos, y son por ende imputables objetivamente al lavador.

9. Por otro lado, a nivel del tipo subjetivo, es de señalar que este debe tener correspondencia con el tipo objetivo. El conocimiento -potencial- o la presunción del origen ilícito de los activos (cognición subjetiva) ha de coincidir con el objeto material calificado de ilícito en su origen (objeto cognoscible). El que la mención de la condición de ilicitud del objeto material del delito haya sido trasladada al ámbito subjetivo del sujeto activo no despoja al objeto material de su característica ilícita. Desde esta perspectiva, la configuración del dolo en los tipos penales de lavado de activos debe abarcar el conocimiento potencial directo o eventual de los activos maculados, como objeto material, pero con la característica de ilicitud que le da contenido al injusto (tipo de injusto). Se trata entonces que el sujeto activo deba conocer (dolo directo) o presumir (dolo eventual) el origen ilícito de los activos, en sus diversas variantes típicas. La presunción equivocada de la ilicitud de un activo no maculado, puede revelar una actitud proterva pero, en modo alguno, es un acto de lavado. No se puede argüir la inexistencia de un elemento normativo del tipo bajo la afirmación que la ilicitud del origen delictivo no está mencionada en el tipo objetivo, pues implicaría incurrir en solipsismo⁽⁶⁾.
10. Por tanto, una primera lectura lógica y dogmática de los tipos penales previstos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo nos permite colegir que los únicos activos que son objeto de lavado son los que tienen un origen ilícito y cuyo conocimiento directo o presunto debe quedar plenamente abarcado por el autor. Conforme señala Hurtado Pozo “si el adjetivo ilícito[...] se refiere a algún elemento singular del tipo legal (por ejemplo, art. 196 “el que se procura para sí o para otro un provecho ilícito”) [...] se trata de un verdadero elemento del tipo”⁽⁷⁾. La naturaleza de la ilicitud es

⁽⁶⁾ Esto es, asumir la postura filosófica que consiste en asumir que, en la realidad, solo existe el sujeto, independientemente del objeto.

⁽⁷⁾ Hurtado Pozo, José: Manual de Derecho Penal. Parte General I; tercera edición; editorial Grijley; p. 411.

normativa, requiere una valoración paralela en la esfera del profano. La cuestión que debe determinarse a continuación es a) el tipo de ilicitud, b) su identificación como delito fuente y, por tanto circunstanciado, y c) su relación con el lavado de activos,

Relación entre ilícito, fuente y delito determinante

11. Con relación a la primera cuestión no hay mayor objeción en que el ilícito al que se alude, como elemento normativo del tipo, es uno de carácter penal. Dos razones abonan a esta afirmación. Primero, conforme al principio de fragmentariedad, el control penal debe centrarse en la sanción de las conductas más graves. Como criterio de prelación es evidente que la realización de actos de lavado que deben castigarse son los provenientes de un ilícito penal, ostensiblemente más relevantes que los de un ilícito civil (enriquecimiento indebido, por ejemplo) o de un ilícito administrativo (no rendición de cuentas de viáticos, por ejemplo). Segundo, recurriendo al criterio sistemático, los tipos penales se complementan con el listado de delitos señalados en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106. Al respecto se menciona que “[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, o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”. Este listado de delitos, forma parte de los tipos penales, como auténticos elementos del tipo objetivo, y que, por razones de técnica legislativa, son denominador común a los tres tipos penales⁽⁸⁾. No es aceptable señalar que esta norma es de carácter declarativo o de reconocimiento. Si así lo fuera, ni siquiera formaría parte del cuerpo normativo de un Decreto Legislativo. Lo declarativo está vinculado con una pretensión explicativa, orientadora, pero no se condice con las características de una norma jurídica, que por su naturaleza es imperativa, implica un mandato de hacer o no hacer, y no tiene una función meramente explicativa o referencial.
12. En lo que concierne a la naturaleza jurídica del ilícito penal debe dilucidarse si este concepto es asimilable a lo que normalmente se identifica en la doctrina como el “delito previo”, “delito precedente” o “delito fuente” o, en los términos de la Convención de Palermo, “delito determinante”. Un error conceptual recurrente en el que se puede

⁽⁸⁾ En otras legislaciones se opta por considerar los ilícitos fuente en los mismos tipos penales. Es el caso de la legislación colombiana: “El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionada con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les dé a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derecho sobre tales bienes o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito[...]” (art. 8, Ley N° 747).

incurrir y del cual derivan conclusiones improvisadas o extremas es equiparar la materialidad de la fuente de ganancia a la configuración del delito. En realidad, “ilícito penal” no es similar o equivalente a “delito previo”, “delito precedente”, “delito fuente” o “delito determinante”. A efecto de evidenciar la diferencia, debemos primero descartar, por su equivocidad, los términos “delito previo” o “delitos precedentes”, pues podrían consolidar el primer malentendido en la determinación de los estándares probatorios del lavado de activos. El carácter previo del “delito” que generó el activo puede llevar a la inferencia equivocada que para la configuración y sanción del “delito posterior” -el lavado de activos- deba probarse e incluso sancionarse al responsable del “delito previo”, cuya existencia requiere de una acción típica, antijurídica y culpable⁽⁹⁾.

13. Ahora bien, una vez reconducido el concepto de “delito fuente” o “delito determinante” al de “ilícito fuente” o “determinante”, ha de verificarse cuál es su entidad o esencia. El Fiscal de la Nación sostiene, a través de sus representantes, que se trata de una actividad criminal abstracta. Justifica su posición jurídica en el hecho que lo que es materia de conocimiento por el lavador es el origen ilícito del activo, mas no del acto de lavado. La cuestión que debe establecerse es si se está considerando por “actos criminales” a los generadores de los activos, como conducta de vida de quien entrega los activos maculados o, más aun, a la sola referencia típica del delito. En este ámbito, es necesario primero descartar que no pueda considerarse el sustento determinante de los activos en una mera referencia normativa (atribución abstracta de “acto criminal”). Ningún evento fáctico posterior se sustenta en una imputación jurídica abstracta. En la Casación N° 92-2017-Arequipa, se puede evidenciar que el Ministerio Público sostuvo la imputación por lavado respecto a una presunta actividad defraudadora de una persona jurídica, pero no se delimitó mínimamente el hecho histórico precedente (autolavado). Queda entonces por evaluar si el lavado de activos, se configura a partir de la verificación de una actividad criminal abstracta, que este Pleno debe entender por indeterminada en el tiempo, o como sostiene el representante del Ministerio Público, no circunstanciado. En realidad, esta tesis no es aceptable en el contexto normativo nacional. Al parecer, su sostenedor parte de una interpretación incompleta del artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106. En efecto, en dicho artículo se dice *“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*

⁽⁹⁾ Este error conceptual parece reproducirse en el Decreto Supremo N° 018-2017-JUS cuando define al lavado de activos como “[...] delito autónomo que tiene su origen en un delito precedente y que consiste en darle apariencia de legalidad a los fondos o activos ilícitos producto de dicho delito, a fin de que circulen sin problema en el sistema económico-financiero”. <http://busquedas.elperuano.com.pe/normaslegales/aprueban-politicanacional-contralavado-de-activos-y-el-decreto-supremo-n-018-2017-jus-1565834-4/>

ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”.

14. Si el legislador hubiera querido convertir el delito de lavado en uno vinculado únicamente a la conducta criminal precedente de quien entrega los activos, no habría recurrido al listado de delitos que señala a continuación. Los tipos penales se habrían estructurado como actos de lavado provenientes, por conocimiento directo o presunto, de la actividad criminal del transferente o de quien produce la tradición del activo. El Fiscal de la Nación sostiene -a través de sus representantes- que lo relevante, a efectos típicos del lavado, es el conocimiento -se entiende abstracto- del origen ilícito del activo, no el acto generador. Hay, sin embargo, una contradicción lógica en esta afirmación. El origen (Arqué) ilícito del activo responde a una situación concreta, pero este es producto de una actividad criminal abstracta. Lo concreto no puede surgir de lo abstracto, ni lo abstracto puede generar algo concreto, al menos en el sentido de los principios de legalidad y culpabilidad (por el acto).

Compatibilidad con los estándares internacionales en materia de lavado de activos

15. La dotación de sentido de los elementos del tipo penal de lavado de activos debe hacerse igualmente en concordancia tanto con los tratados internacionales (Hard Law), como con las recomendaciones o modelos internacionales (Soft Law), asumidos por nuestro país. Ahora bien, los Tratados suscritos por el Perú tienen fuerza normativa directa, conforme se establece en el artículo 55° de la Constitución Política del Estado. En el ámbito, del delito de lavado de activos, nuestro país es Estado Parte de la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Drogas (Viena 1988). Al respecto, desde aquel instrumento internacional se establecía que debía castigarse “*La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados [en el Tratado]*”. Lo mismo se señalaba con relación a “[*La*] *ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados*”. Con mayor claridad se expresa la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo 2000). En el artículo 3.1.b.i se establece la obligación de los Estados signatarios de tipificar como delitos “*La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones; ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos*”. Se puede colegir de los textos glosados de dichos instrumentos internacionales, lo siguiente: a) Se alude a bienes

procedentes de delitos; b) Estos bienes son productos de delitos concretos; c) Estos delitos son considerados determinantes; d) Hay una relación de conexidad entre los delitos determinantes y las conductas de lavado.

16. Queda entonces por delimitar qué es el “delito fuente” o “delito determinante”. Respecto al primer término debe acotarse su significado, en función de los estándares internacionales provenientes de los Tratados y de sus Recomendaciones. En puridad cuando se habla de “delito” se está designando el injusto típico (material) que constituye el origen del dinero, bienes, efectos o ganancias. Ello se puede deducir de lo que se establece en el artículo 2.e de la Convención de Palermo cuando define lo que es el “producto del delito”. Al respecto en este instrumento se señala que *“Por ‘producto del delito’ se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito”*. A su vez, cuando define los “bienes” en la Convención de Palermo se dice que por esta categoría *“se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”* (artículo 2.d). Por último, cuando en la Convención se alude al “delito determinante” se señala que por este término *“[...] se entenderá todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido en el artículo 6 de la presente Convención”* (artículo 2.h)⁽¹⁰⁾. Por tanto, conforme a un criterio de convencionalidad, debe entenderse que cuando se hable de un “delito fuente” o un “delito determinante” ha de entenderse una acción capaz de generar un producto concreto, y evidenciado en bienes, de acuerdo a los alcances de dicho instrumento internacional. Esta concepción restrictiva no es arbitraria. Se sustenta en la propia naturaleza de un Tratado Multilateral, en el que su negociación se hace con la concurrencia de una gran cantidad de Estados, con sistemas jurídicos diferentes. Por lo demás, no cabe sostener que entre los tratados se dé un orden de prelación, según el alcance regional o multilateral de los mismos. Los tratados, de acuerdo a la Convención de Viena, obligan a las partes y deben ser cumplidos por ellas de buena fe (art. 26, *pacta sunt servanda*). En este sentido, es de considerar que, de acuerdo al artículo 32.b del citado Tratado, la interpretación de los tratados debe hacerse de tal manera que esta, “no conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”. Lo absurdo sería que, en un Tratado que pretende maximizar los esfuerzos de la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, se exija la configuración de un delito acabado en todas sus categorías conceptuales. En realidad, de las definiciones glosadas precedentemente, puede inferirse que la Convención se está refiriendo al injusto del cual derivan productos que generan bienes producto de una actividad criminal concreta pues lo que es objeto de lavado lo es, en los términos del Tratado el “ [...] producto del delito”.
17. En el mismo sentido, interpretamos las recomendaciones establecidas en el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico

⁽¹⁰⁾ De acuerdo a la sistemática de la Convención de Palermo, el artículo 6 se refiere precisamente a la “Penalización del blanqueo producto del delito”

Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves de la CICAD⁽¹¹⁾. En este documento guía, se recomienda que los Estados tipifiquen como conductas de lavado de activos, la conversión, transferencia, transporte, adquisición, posesión, uso, administración, ocultamiento, encubrimiento o impedimento de la determinación real del origen, el destino, el movimiento o la propiedad, de bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son “[...] producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves” (art. 2). A su vez, en dicho Reglamento Modelo se entiende por “bienes” “[L]os activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos”, y por “producto” o “productos”, a “[L]os bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente, de la comisión de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves” (art. 1). Una lectura sistemática e integrada de dicho Reglamento nos lleva a las siguientes conclusiones: a) Se recomienda tipificar toda conducta de ocultación, estratificación e integración de bienes; b) pero los actos mencionados exhaustivamente no recaen sobre cualquier tipo de bienes, independientemente de su condición jurídica; c) Las conductas reseñadas solo tienen contenido penal, si se trata de bienes producto de un delito -una conducta concreta, no de una actividad criminal abstracta, como sostiene la fiscalía.

18. Por otro lado, similar postura se asume en el Grupo de Acción Financiera GAFI. En efecto, mediante las Recomendaciones elaboradas por este Grupo de Trabajo se fijan los estándares internacionales que deberían cumplir los países en materia de lavado de activos⁽¹²⁾. Al respecto, el GAFI parte de la consideración previa que los países tienen diversos marcos legales, administrativos y operacionales y diferentes sistemas financieros por lo cual no pueden tomar todas medidas idénticas contra estas amenazas. En ese entendido, las Recomendaciones del GAFI fijan un estándar internacional que los países deberían implementar por medio de medidas adaptadas a sus circunstancias particulares⁽¹³⁾. Este documento, por lo demás, es claro en establecer que “Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. 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” (Recomendación 3). Ahora bien, en la nota interpretativa de dicha recomendación se dice: “El delito de lavado de activos debe extenderse a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor, que represente, directa o indirectamen-

⁽¹¹⁾ http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/esp/Reglamento_modelo_esp12_02/REGLAMENTO%20LAVADO%20-%20ESP.pdf

⁽¹²⁾ GAFI: Estándares Internacionales sobre la lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo y la Proliferación; febrero del 2012. <http://www.aranzadi.es/blanqueodecapitales/pdf/4.40recomendacionesgafi.pdf>

⁽¹³⁾ En 2003, las Recomendaciones del GAFI se revisaron por segunda vez y junto con las Recomendaciones Especiales fueron avaladas por más de 180 países, y son reconocidas universalmente como el estándar internacional contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (ALA/CFT).

*te, los activos del crimen[...] 5. Los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente. Los países pueden disponer que el único prerequisite sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente. El sentido de la tercera recomendación, cuyo contenido es sucinto, es esclarecido con la nota interpretativa glosada. En efecto, cuando se habla de “los activos del crimen” se está refiriendo a la conducta -concreta, determinada, mínimamente circunstanciada- “ocurrida”, por ejemplo, en otro país. A ello se refiere el GAFI cuando menciona al delito determinante que puede “haber tenido lugar internamente”. El haber tenido lugar alude a un hecho histórico acontecido en un lugar, periodo y modo determinados. No se está refiriendo a una conducta de vida (*modus vivendi*) o, en términos de la Fiscalía, a “una actividad criminal abstracta”, sin referencia alguna a un suceso fáctico determinado.*

19. En consecuencia, en atención a las consideraciones expresadas precedentemente, asumimos que los tipos penales previstos en los artículos 1º, 2º y 3º, en concordancia con el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 prevén un elemento normativo del tipo, relacionado con el objeto material del delito, y que implican que los activos materia de los actos de lavado tienen una relación de conexidad con un ilícito determinante concreto. Esta interpretación tiene fundamentos dogmáticos, constitucionales y convencionales. Esta exigencia de concreción vinculada a la determinación del ilícito penal de los activos maculados debe ser matizada, según se trate de un delito de autolavado o de lavado por terceros (heterolavado). En el primer caso (autolavado), el grado de concreción de las circunstancias del ilícito –no del delito es mayor que en el segundo caso (heterolavado). Como lo sostuvieron igualmente los informantes en la Audiencia Plenaria –y que fue además el único supuesto que resolvió la Casación 92-2017- en el caso del autolavado está claro que quien realiza la conducta de lavado tiene conocimiento de las conductas ilícitas que generaron bienes como producto del delito y cuyas circunstancias se irán progresivamente dilucidando según el avance del proceso, y forman parte de la imputación necesaria, para garantizar el derecho de defensa del imputado por autolavado.
20. En el caso del lavado por terceros, ciertamente, no se puede asumir tal grado de concreción, pero por lo menos los actos de lavado deben conectarse con un marco de imputación genérico, por lo menos reconducible a la identificación de una actividad criminal concreta. En modo alguno significa desconectar fácticamente los actos de lavado de la conducta ilícita concreta originadora de los activos, pues forma parte de los tipos penales de lavado, como elemento normativo del tipo. Asumir una postura que se acerque a la no justificación de activos presuntamente maculados, implicaría crear un tipo penal de enriquecimiento ilícito de particulares⁽¹⁴⁾.

⁽¹⁴⁾ Además, interpretar el enriquecimiento ilícito, como un delito de no justificación reproduciría la interpretación de dudosa constitucionalidad de “no justificación razonable del incremento patrimonial” del enriquecimiento ilícito de funcionarios.

21. Finalmente, no es correcta la afirmación que la consideración de la existencia de un elemento normativo del tipo del lavado de activos conduzca a la impunidad. Circunscribir la impunidad a este aspecto significa reducir la problemática de la investigación, juzgamiento y sanción por estos delitos. Como se señala en el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, las vulnerabilidades en el sistema de represión de esta conducta delictiva se explican por diversos factores limitantes, como: “a) *La escasa coordinación efectiva entre el Ministerio Público y la PNP; b) La demora en la puesta en marcha de la Dirección de LA de la PNP; c) La falta de peritos y expertos con habilidades especiales en apoyo a las investigaciones de LA; d) Los plazos demasiado acotados para concluir investigaciones preliminares bajo el modelo acusatorio del Nuevo Código Procesal Penal, los cuales resultan insuficientes para completar la investigación preliminar en casos complejos; e) La demora excesiva de ciertas autoridades extranjeras en la colaboración requerida por el Ministerio Público en el marco de investigaciones por LA; f) La escasez de recursos, la sobrecarga de trabajo y la falta de capacitación específica a nivel judicial, unido a la necesidad de potenciar el frente judicial; g) La falta de mecanismos para la adecuada administración y disposición de bienes incautados y decomisados y la inaplicabilidad del Decreto Legislativo N° 992 y sus modificatorias que regula el Proceso de Pérdida de Dominio en una interpretación convencional, constitucional y conforme al principio de legalidad*”⁽¹⁵⁾. Por ende, no es aceptable el argumento que busca circunscribir las posibilidades de éxito de una política pública, a una estructura típica (reduccionismo causal), cuando en realidad el éxito de la misma está relacionada con otros factores más amplios.

Bien jurídico y relevancia del ilícito fuente

22. El delito de lavado de activos siempre estuvo vinculado a otros delitos relevantes. En un inicio se le vinculó exclusivamente al tráfico ilícito de drogas. En la actualidad, y como consecuencia de la evolución legislativa internacional se estableció como tendencia legislativa internacional que los estados se comprometían a tipificar el delito de lavado de activos, en conexión con la mayor cantidad de delitos graves. En el Convenio de Palermo, por ejemplo, se circunscribió el objeto de aplicación del Tratado a los casos de delitos graves que, de acuerdo al glosario de términos previstos en el artículo 2º, hace alusión a delitos que merezcan una pena privativa de libertad mayor a cuatro años. Sostener que otros instrumentos internacionales prevén un límite menor, es meramente referencial, no vinculante ni corresponde a una política criminal que se focalice en la persecución de lo relevante y lo directamente vinculado con el bien jurídico protegido. El peligro de querer abarcar cualquier conducta, independientemente de su relevancia, es la de consolidar el control penal simbólico, sustentado más en la cantidad de procesos que en la importancia de lo perseguido y sancionado.
23. En el propio Reglamento Modelo de la CICAD se rotula dicho Reglamento como el referido a “ [...] delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de

(15) Plan Nacional de lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo; mayo 2011; p. 25. <http://www.peru.gob.pe/normas/docs/Plan%20Nacional.pdf>

drogas, y otros delitos graves” y considera como delitos graves los “[...] determinados por la legislación de cada estado, incluyendo el tráfico ilícito; acciones relacionadas con el terrorismo y la financiación del terrorismo, actos terroristas y organizaciones terroristas; tráfico ilícito de armas; desvío de sustancias químicas; tráfico ilícito de humanos y tráfico de órganos humanos; prostitución; secuestro; extorsión; corrupción y fraude”.

24. El legislador nacional siguiendo esta tendencia optó por delimitar la aplicación del delito de lavado de activos a una lista de delitos que, por la penalidad abstracta con las que están conminados, en efecto son delitos de especial dañosidad social. Se ha interpretado literalmente la frase “y otros [delitos] capaces de generar ganancias ilegales” como cualquier conducta delictiva que directa o indirectamente genere activos. Sin embargo, por el bien jurídico protegido en el lavado de activos no puede considerarse como idónea para producir activos cualquier conducta independientemente de su gravedad. Esta debe relacionarse a conductas que por su entidad puedan en efecto lesionar el bien jurídico protegido, mediante los actos de lavado. Como se reconoce en el propio Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, el sentido de la protección contra este delito radica en “27. [...] tiene como finalidades principales proteger la integridad y estabilidad del sistema económico-financiero, reducir el poderío económico del crimen organizado y el terrorismo, y contribuir a la lucha contra la corrupción”⁽¹⁶⁾. Otras eventuales conductas generadoras de productos pueden ser abordadas mediante los tipos penales de la receptación o el encubrimiento personal.
25. La Exposición de Motivos es solo un criterio referencial que debe ser considerado con los otros aspectos de la labor de interpretación. Para arribar a una conclusión que dé sentido a la disposición, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional, y no como se afirma que la interpretación nace de la norma -con sentido- debe recurrirse a todos los métodos, y no unilateralmente a uno. Esa es la postura hermenéutica que se asumió en el Pleno Jurisdiccional del 2006, cuando se fundamentó el voto en minoría, con ocasión de la determinación de la combinación de leyes. En el voto en minoría se dijo: “La invocación de la exposición de motivos del Código Penal vigente, no es de recibo, primero porque si bien es válido utilizarla como un criterio que ayuda a utilizarla como un criterio que ayuda a la interpretación jurídica, en sí misma no es una fuente formal del ordenamiento jurídico, la que se circunscribe a los preceptos de la propia ley, a su sentido literal posible; y segundo, por cuanto en el caso concreto en la exposición de motivos, en puridad, no se refiere al texto, tal como fue aprobado, del artículo 6° del Código Penal⁽¹⁷⁾. Como señala Hurtado Pozo “[...] el recurso a los criterios de interpretación no significa seguir un orden de prioridad determinado. El hecho de dar prioridad a uno de ellos en detrimento de los demás, supone tomar partido por una ideología

(16) Plan Nacional; ibídem; lineamiento 27.

(17) Voto en minoría del Acuerdo Plenario N° 2-2006/CJ-20016. https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/dc25ca0043eb77fe9303d34684c6236a/PLENO_SUPREMO_PENAL_2006_110808.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=dc25ca0043eb77fe9303d34684c6236a

determinada⁽¹⁸⁾. Pero ello no significa que se reduzca la actividad interpretativa al uso unilateral de un solo método, pues “[el] intérprete debe recurrir a todos los medios que le permitan escoger, entre los posibles sentidos que puedan adscribirse al texto legal, el que le parezca más conforme al caso a resolver”⁽¹⁹⁾. Por tanto, la invocación unilateral y excluyente de la exposición de motivos, y aislada de los métodos sistemáticos, literales y teleológicos, es una interpretación limitada.

26. Por otro lado, es ilógico que se formule un listado de delitos –que por la pena conminada- sean considerados graves, para que a continuación se prevea una cláusula abierta que, como cajón de sastre, incluya cualquier otro delito capaz de generar ganancia, independientemente de su gravedad. Hubiera bastado que el legislador formulase una redacción general, asociada a la capacidad de generar ganancias, con exclusión del supuesto típico del artículo 194 –receptación-.
27. En atención a lo expuesto, nuestro voto es por:
28. DECLARAR
 - a. Que el origen ilícito (penal) de los bienes, en el lavado de activos, es un elemento normativo del tipo, y forma parte de los tipos penales previstos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo N° 1106, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 10º del citado Decreto Legislativo, y como tal se refiere a una actividad ilícita penal concreta, tal como se señaló en la sentencia casatoria 92-2017-Are-qui-pa.
 - b. Que el listado de delitos señalados expresamente y la mención genérica de los delitos capaces de generar ganancias, para efectos de la configuración del delito de lavado de activos, está circunscrito a los delitos graves, conforme al criterio fijado en la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, a la finalidad de protección del bien jurídico y al principio de legalidad.

CÉSAR JOSÉ HINOSTROZA PARIACHI
ALDO MARTÍN FIGUEROA NAVARRO
LUIS ALBERTO CEVALLOS VEGAS

EL VOTO DISCORDANTE ADICIONAL DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO TITULAR CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI, ES COMO SIGUE:

En ejercicio de mi derecho fundamental de libertad de expresión, y con la potestad de administrar justicia, por mandato del artículo 138º de la Constitución Política del Estado, el señor Juez que suscribe, deja constancia de su disconformidad con la decisión adoptada por la mayoría de los señores jueces supremos, que han intervenido en el Pleno

⁽¹⁸⁾ Hurtado Pozo; Manual de Derecho Penal. Parte General; *ibid.*, p. 219.

⁽¹⁹⁾ Hurtado Pozo; *ibid.*, p. 220

Jurisdiccional Casatorio, convocado por el Señor Juez Supremo coordinador César San Martín Castro, a pedido del Señor Presidente del Poder Judicial; quienes han aprobado la ponencia del Señor Víctor Prado Saldarriaga y en consecuencia, DECLARAN SIN EFECTO (anulan) LA SENTENCIA CASATORIA N° 92-2017/ AREQUIPA, del 8 de agosto de 2017; vulnerando así el Instituto de la Cosa Juzgada.

FUNDAMENTOS

LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA. NATURALEZA.

- 1.- El proceso penal, hoy en día, está constitucionalizado y por tanto está rodeado de principios y garantías constitucionales; entre los cuales se encuentra el principio de legalidad previsto, en el artículo 2º, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado. Este principio tiene dos vertientes, una sustantiva y otra procesal, de manera que todos los jueces de la república tenemos que respetarlo. No podemos actuar en base a presiones de cualquier clase, menos cuando una alta autoridad de un órgano constitucional autónomo, en forma ligera e irresponsable, solicita al Supremo Tribunal que se reúna de emergencia, para llevar a cabo este Pleno Casatorio, cuando no había motivo constitucional ni legal para ello, conforme pasaremos a explicar.
- 2.- La sentencia plenaria casatoria, está regulada en el artículo 433, incisos 3 y 4, del Código Procesal Penal. En este caso, se ha aplicado el inciso 4, cuyo texto señala: *“Si se advirtiere que otra Sala Penal Suprema u otros integrantes de la Sala Penal, en sus decisiones, sostuvieron criterios discrepantes sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma, de oficio, o a instancia del Ministerio Público o de la Defensoría del Pueblo, en relación a los ámbitos referidos a su atribución constitucional, obligatoriamente se reunirá el Pleno Casatorio de los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema”*. Una vez reunidos los Vocales de lo Penal de la Corte Suprema, emitirán una Sentencia Plenaria, cuya nueva doctrina jurisprudencial será publicada en el diario oficial (El Peruano).
- 3.- Como puede apreciarse la ley procesal, establece sus requisitos de validez y los casos en que podría emitirse; ello es así, porque está de por medio otra sentencia que tiene la categoría de cosa juzgada; la misma que será revisada por el pleno de jueces supremos.
- 4.- La sentencia plenaria uniforma criterios discrepantes, sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma (ley sustantiva o ley procesal). La discrepancia debe surgir de dos sentencias casatorias, dictadas en los respectivos recursos de casación, por distintas Salas Penales de la Corte Suprema. La decisión plenaria (por unanimidad o mayoría de votos) debe descartar uno de los criterios jurisprudenciales, que ha entrado en conflicto con el otro.
- 5.- La sentencia plenaria, entonces, no procederá cuando no existen discrepancias entre dos sentencias de casación, conforme lo señala el artículo 433, inciso 4º, del Nuevo Código Procesal Penal ya acotado. No obedecer esta norma procesal imperativa, sería

vulnerar el principio de legalidad procesal, que tiene rango constitucional y en consecuencia, cualquier sentencia plenaria sería inconstitucional, y sin valor legal alguno.

RAZONES DE LA CONVOCATORIA AL PLENO CASATORIO PENAL N° 1-2017/PCJSP-CSJR

- 6.- El señor Fiscal de la Nación, autor del pedido de este Pleno Casatorio, ha sostenido que la Casación N° 92- 2017/Arequipa, es contraria a los criterios jurisprudenciales contenidos en los Recursos de Nulidad N° 2071-2011- Lima; N° 4003-2011-Lima; N° 2444-2013-Lima; y, N° 399-2014-Lima. Sin embargo, no se han precisado cuáles son los considerandos o fundamentos jurídicos de dichas resoluciones, que se contradicen con los criterios vinculantes de la Casación N° 92-2017/Arequipa. En todo caso, de la revisión de aquellos pronunciamientos jurisprudenciales, no se aprecia contradicción alguna con la Casación N° 92-2017/Arequipa; e, incluso, ninguno de ellos se refiere a la interpretación de la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”, prevista en el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, modificado por el Decreto Legislativo N° 1249.
- 7.- No obstante que no existe contradicción entre los diversos pronunciamientos jurisprudenciales anteriormente citados, con la Casación N° 92-2017/Arequipa; el Señor Juez Supremo-Coordinador del I Pleno Casatorio Penal 2017, convocó al Pleno Casatorio, mediante Resolución de fecha 13 de setiembre de 2017, fijando de oficio los “criterios discrepantes” entre la Sentencia de Casación N° 92-2017-AREQUIPA, dictada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, de la que somos autores; y las ejecutorias supremas dictadas en los recursos de nulidad correspondientes, aludidas por el Fiscal de la Nación, tanto por la Sala Penal Permanente como por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, bajo la vigencia del Código de Procedimientos Penales de 1940.
- 8.- Dichas ejecutorias supremas no tienen la naturaleza de sentencias de casación y no han establecido criterios jurisprudenciales vinculantes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 301-A del Código de Procedimientos Penales de 1940. Cuando se convoca a un Pleno Casatorio Penal, basado en el artículo 433, inciso 4°, del Nuevo Código Procesal Penal; previamente debe identificarse los criterios jurisprudenciales que han entrado en contradicción; para lo cual se revisarán las sentencias contradictorias respectivas; precisando el número de fundamento o fundamentos en que se encuentran. Identificadas las contradicciones sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma (entiéndase ley penal o procesal penal), recién procede la convocatoria al Pleno Casatorio, precisándose en la resolución administrativa de convocatoria, tales criterios discrepantes. Ejemplo de ello, es la Sentencia Plenaria N° 01-2013/301-A.2-ACPP, dictada por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema, de fecha 06 de agosto de 2013, en cuyos fundamentos primero y segundo, se precisaron los criterios jurisprudenciales contradictorios entre 2 ejecutorias supremas vinculantes, siendo ponentes los señores jueces supremos Pariona Pastrana y Neyra Flores, con la intervención del señor juez supremo San Martín

Castro. Se trataba de la interpretación y aplicación del artículo 300, apartado 5º, del Código de Procedimientos Penales (norma procesal), habiéndose descartado el criterio jurisprudencial de una de las ejecutorias supremas vinculantes, disponiéndose en la parte resolutive (Decisión Plenaria) la preferencia por la interpretación de la ley procesal, dispuesta en la otra ejecutoria suprema también vinculante.

- 9.- En el caso del presente Pleno Casatorio, no se han identificado dos sentencias casatorias contradictorias, sobre la interpretación de una norma sustantiva o procesal, dictadas por otras Salas Penales de la Corte Suprema. Una sentencia casatoria vinculante del nuevo Código Procesal Penal, no tiene la misma categoría de una ejecutoria suprema dictada en un recurso de nulidad con el Código de Procedimientos Penales de 1940, que no establece precedente vinculante.
- 10.- En todo caso, tampoco se han identificado los criterios discrepantes sobre la interpretación de una norma, entre la Sentencia de Casación vinculante N° 92-2017/Arequipa, y las ejecutorias supremas de las otras dos salas penales supremas, en que se amparó el Señor Fiscal de la Nación para solicitar este Pleno Casatorio. El Señor Juez Supremo Coordinador del Pleno, nos ha convocado a este Pleno Casatorio sin señalar tales criterios discrepantes; pero además no se sabe en qué fundamento o fundamentos de las supuestas sentencias contradictorias, se encuentran dichos criterios discrepantes.
- 11.- La resolución de convocatoria se ha limitado a señalar que los puntos objeto de sentencia plenaria casatoria son los siguientes: A. La autonomía del delito de lavado de activos, en función a lo establecido en el artículo 10 del Decreto Legislativo número 1106, modificado por el Decreto Legislativo número 1249, esto es, de la *“actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias”*. B. La necesidad de la noción de “gravedad”, en los delitos que generan activos ilegales que serán objeto de operaciones de lavado de activos y su relación con la fórmula legal *“...cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales”*, establecida en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo número 1106, modificado por el Decreto Legislativo número 1249. C. 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”* (artículos 1 y 2 del Decreto Legislativo número 1106, modificado en el último artículo por el Decreto Legislativo número 1249), así como los ámbitos e intensidad que, en su caso, debe comprender su probanza, tanto en sede de investigación preparatoria, como de acusación.

LA SENTENCIA CASATORIA N° 92-2017/AREQUIPA.

- 12.- Nuestra Sentencia Casatoria, ha declarado vinculante sólo los fundamentos 17, 52 y 56; conforme se declara expresamente en el punto IV de la parte resolutive, cuyo texto señala: *“Establecieron como doctrina jurisprudencial de carácter vinculante, los fundamentos jurídicos décimo séptimo, quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto de la presente sentencia casatoria, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 433, inciso 3, del Código Procesal Penal”*. Los demás fundamentos (59) no son vinculantes, de

manera que los jueces que no comparten con dichos criterios, pueden apartarse con la fundamentación respectiva, a que hace referencia el artículo 22° de la ley orgánica del poder judicial.

- 13.- En cuanto al primer punto del Pleno Casatorio (autonomía del delito de lavado de activos). La Sentencia Casatoria N° 92-2017-Arequipa, cuya autoría nos corresponde, no entra en contradicción con ninguna de las ejecutorias supremas que dio origen a este Pleno Casatorio Penal. En efecto, en cuanto a la autonomía del delito de lavado de activos, **no hemos declarado vinculante ni la autonomía procesal ni la autonomía sustancial (véase los fundamentos 17, 52 y 56)**. En nuestra Sentencia Casatoria, lo que hemos declarado vinculante es el criterio jurisprudencial, de que el “delito fuente”; es decir, aquél que genera los activos que luego se “lavan”, es un elemento normativo del tipo de lavado de activos; en los tres subtipos que señalan los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 (Leer fundamento 17 de la Sentencia Casatoria). La interpretación de estos tres subtipos de lavado, no se contradice con ninguna otra, que haya sido declarado vinculante. Cabe mencionar que ninguna de las ejecutorias supremas de los recursos de nulidad, que menciona el Señor Fiscal de la Nación, en su pedido para convocar a este Pleno Casatorio, han interpretado de manera distinta los artículos 1, 2 y 3 del referido Decreto Legislativo 1106. En consecuencia, no existiendo discrepancia de criterios entre dos sentencias casatorias vinculantes, carece de objeto la convocatoria a este Pleno Casatorio
- 14.- De otro lado, respecto al segundo punto del Pleno, sobre la noción de “gravedad” y su relación con la fórmula legal “...*cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales*”, establecida en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo número 1106. Este criterio jurisprudencial es nuevo en la Jurisprudencia de la Corte Suprema, por cuanto interpreta la norma o cláusula abierta “*cualquier otro delito con capacidad de generar ganancias ilegales*”, contenida en el segundo párrafo, in fine, del artículo 10 del Decreto Legislativo antes mencionado. Ninguna de las ejecutorias supremas de los recursos de nulidad, invocados por el Señor Fiscal de la Nación, han interpretado dicha cláusula abierta, tampoco la han tratado, discutido ni razonado; y no hay decisión alguna al respecto, conforme se puede leer de las partes resolutivas de dichas ejecutorias supremas. En consecuencia, si no existe otra sentencia casatoria, o al menos una ejecutoria suprema de recurso de nulidad, que haya tratado la interpretación de la referida cláusula abierta; no puede hablarse de “criterios discrepantes” (contradictorios); por lo que pretender incorporar un nuevo precedente vinculante, a través de esta sentencia plenaria, cuando no hay contradicción alguna, es atentar contra el artículo 433, inciso 4, del Código Procesal; y vulnera el instituto de la cosa juzgada, por cuanto se está declarando sin efecto los fundamentos 52 y 56 de la sentencia casatoria 92-2017/Arequipa. Solo se puede anular o dejar sin efecto una sentencia, cuando la ley lo señala expresamente.
- 15.- Se dirá como argumento de justificación, que había que anular la sentencia casatoria 92-2017/Arequipa, porque lo solicitó el Señor Fiscal de la Nación y porque a criterio de algunos opinólogos, no especialistas, dicha sentencia casatoria “generaría impuni-

dad”, por cuanto estaba exigiendo que para investigar a cualquier persona por delito de lavado de activos, previamente tenía que acreditarse el delito fuente; es decir, el delito que generó los activos lavados. Nada más falso, por cuanto ninguno de los 3 fundamentos de la Sentencia Casatoria 92- 2017/Arequipa, declarados precedentes vinculantes, dispone que para investigar el delito de lavado de activos, previamente hay que acreditar el delito fuente o delito previo que generó los activos.

- 16.- Si bien es cierto, la interpretación de la cláusula abierta “*cualquier otro delito con capacidad de generar ganancias ilegales*”, realizada por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, contenida en los fundamentos 52 y 56 de la Sentencia Casatoria, podría generar dificultades para la investigación del delito de lavado de activos; por cuanto para considerar como delito fuente dentro de dicha cláusula abierta; es decir, fuera del listado de delitos que señala el artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 (delitos de tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, terrorismo, tráfico de migrantes, trata de personas, extorsión, secuestro, robo, todos los delitos contra la administración pública, todos los delitos tributarios y aduaneros, entre otros), se estableció cuatro criterios, dentro de los cuales se encuentra el criterio de “gravedad”; también es cierto que cualquier opinión en contrario (sobre la gravedad del delito), debió plasmarse en otra sentencia casatoria del mismo nivel que la Casación 92-2017-Arequipa, para generar contradicción y luego llevar el tema a un Pleno Casatorio.
- 17.- Se creó una infundada alarma social, por aquellos que criticaban la sentencia casatoria, quienes, anunciaban apocalípticamente que los procesos por lavado, algunos emblemáticos, se iban a caer, se generaría impunidad y que nuestro País se convertiría en un “paraíso fiscal”. ¡Qué tal irresponsabilidad! . Nunca se puso ni se pondrá en peligro los procesos por lavado de activos que tiene a su cargo el Ministerio Público. En efecto, los únicos 3 fundamentos vinculantes de la Sentencia Casatoria 92-2017-Arequipa, no señalan, menos ordenan, que para investigar el delito de lavado tiene que acreditarse previamente el delito previo o delito fuente que generó los activos. Hubo una mala intención, por decir lo menos, en los anuncios de los críticos de dicha sentencia casatoria.
- 18.- El fundamento 17 de la sentencia casatoria, solo declara lo que siempre dijo la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (fundamento 32), de las Salas Penales de la Corte Suprema; y en un gran número de ejecutorias supremas posteriores; que “el delito fuente es elemento objetivo del tipo penal”. Doctrina jurisprudencial que no ha sido negada por ningún otro Acuerdo Plenario, menos por alguna otra ejecutoria suprema. En plena vigencia del fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010, hasta hoy, se han iniciado numerosos procesos por delito de lavado de activos; algunos en trámite y otros ya culminados. Ningún Fiscal, Procurador o abogado litigante, ha cuestionado el fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010 ya mencionado; que dice lo mismo que nuestro fundamento 17 de la Sentencia Casatoria, declarada vinculante.
- 19.- Entonces, si al amparo del fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010 tan mencionado, no se ha puesto en peligro los procesos por lavado de activos, no se ha ge-

nerado impunidad ni se ha convertido a nuestro país en “paraíso fiscal”; ¿Cómo es que ahora, con el fundamento 17 de nuestra Sentencia Casatoria, que dice lo mismo que el fundamento 32 ya acotado, vendrá la hecatombe en los procesos por delito de lavado de activos?. No encontramos una repuesta racional, lógica, objetiva, y ajustada a la verdad.

- 20.- Los otros dos fundamentos vinculantes de la Sentencia Casatoria (52 y 56), no se refieren para nada a los procesos de lavado de activos, proveniente de la lista de delitos que contiene el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, ya detallado en líneas anteriores. Dichos fundamentos, solo se refieren a otros delitos que pueden considerarse como delito previo o delito fuente, generadores de ganancias ilegales; es decir, fuera de la lista de delitos ya mencionados. El caso que trató la sentencia casatoria, fue la imputación que hizo el Ministerio Público contra un ciudadano, por el delito de lavado de activos proveniente del delito de fraude en la administración de personas jurídicas (artículo 198 del Código Penal). Este delito no está en la lista del segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, por lo que era necesaria la interpretación de la cláusula abierta “cualquier otro” que contenía dicha norma sustantiva, para decidir si incluíamos o no al delito de fraude en la administración de personas jurídicas en aquella cláusula abierta.
- 21.- El fundamento 56 (vinculante) de la sentencia casatoria, despeja cualquier duda, cuyo texto señala: “...Este Supremo Tribunal considera que para incluir un determinado delito (como delito fuente) en la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”-prevista en el segundo párrafo del artículo 10º del Decreto Legislativo Nº 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores...sic.” Esta doctrina jurisprudencial, conforme al tenor de dicho fundamento, no se aplicará a los procesos por lavado de activos proveniente de los delitos enumerados en el mismo artículo 10º ya mencionado. A modo de ejemplos: no se aplicará a los procesos por lavado de activos proveniente del delito de tráfico ilícito de drogas, del delito de minería ilegal, de los delitos contra la administración pública (peculado, colusión, cohecho, tráfico de influencias, negociación incompatible, malversación de fondos etc.)
- 22.- Ahora bien, la pregunta de oro es ¿Cuántos procesos por lavado de activos, provenientes de delitos que están fuera de la lista ya mencionada, existían antes de la Sentencia Casatoria? Ni el Ministerio Público ni los detractores de la Sentencia Casatoria, lo han precisado para justificar su pronóstico apocalíptico. Lo que públicamente se conoce es que los procesos mediáticos por lavado de activos, actualmente en trámite, tienen como delito fuente o delito previo el tráfico ilícito de drogas, los delitos contra la administración pública, minería ilegal, delitos tributarios, extorsión, trata de personas, etc; para los cuales no es aplicable la Sentencia Casatoria injustamente satanizada.
- 23.- Podría presentarse en el futuro, activos generados por otros delitos que no están en la lista (ejemplos: el delito de estafa, el de apropiación ilícita, el hurto simple, entre otros). Hoy no sabemos a ciencia cierta si hay procesos de lavado de activos provenientes de dichos delitos. En todo caso, si el criterio de “gravedad” del delito, esta-

blecido como doctrina jurisprudencial por la Sentencia Casatoria, para incluir un delito como generador de activos dentro de la cláusula abierta tan mencionada; no es compartida por otros señores jueces supremos; y se requiere uniformizar la jurisprudencia al respecto. Para ello, tenemos el Acuerdo Plenario previsto en el artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que faculta a las salas especializadas del Poder Judicial de la Corte Suprema de Justicia de la República, reunidos en Pleno, emitir acuerdos que generen doctrina legal. Nada impedía que los señores jueces se reunieran en pleno para emitir algún Acuerdo Plenario sobre dicha cláusula abierta “cualquier otro”.

- 24.- Es importante precisar que un Acuerdo Plenario no tiene el mismo valor que una Sentencia Plenaria vinculante. En el primero, no se requiere que hayan dos sentencias casatorias contradictorias de carácter vinculante; solo requiere que los jueces discrepen sobre la interpretación o aplicación de una norma, en cualquier clase de resoluciones. En cambio, en una Sentencia Plenaria que será de carácter vinculante, se requiere de dos sentencias casatorias contradictorias, sobre la interpretación o la aplicación de una determinada norma. En consecuencia, no existiendo ninguna sentencia casatoria ni alguna ejecutoria suprema dictada en algún recurso de nulidad, que fije criterios sobre la interpretación de la cláusula abierta: “cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”; no procede la emisión de una Sentencia Plenaria, por lo que el pedido del Fiscal de la Nación debe ser desestimado.
- 25.- Finalmente, en cuanto al estándar de prueba del delito de lavado de activos y su relación con el origen delictivo o actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias. La Sentencia Casatoria N° 92-2017-Arequipa, en sus 63 fundamentos, para nada se refiere al estándar de prueba del delito de lavado de activos, por lo que no hay contradicción entre ninguna sentencia casatoria. En efecto, ninguno de los tres fundamentos declarados vinculantes (fundamentos 17, 52 y 56) interpretan alguna norma sobre la prueba del delito de lavado de activos; por tanto, este último tema es totalmente impertinente y no puede ser objeto de la sentencia plenaria casatoria, bajo sanción de nulidad, por vulnerar el artículo 433, inciso 4, del Código Procesal Penal.

DEFENSA DE LOS TRES UNICOS FUNDAMENTOS VINCULANTES DE LA SENTENCIA CASATORIA N° 92- 2017/AREQUIPA.

- 26.- Sin perjuicio de lo anotado, consideramos una obligación constitucional defender nuestra Sentencia Casatoria, para respetar los principios constitucionales de la cosa juzgada y la seguridad jurídica, que debe imperar en todo Estado Constitucional de Derecho. En principio, negamos contundentemente haber mencionado que para la investigación de un delito de lavado de activos, es condición necesaria acreditar previamente el delito fuente o delito previo que generó los activos lavados. Los que afirman este hecho, mienten al país. En efecto, de la lectura de los tres únicos funda-

mentos vinculantes de la sentencia casatoria, en ninguno de ellos consta tal exigencia, que en realidad es un tema probatorio. Estos son los fundamentos: **DÉCIMO SÉPTIMO:** «Una interpretación sistemática y teleológica de la ley vigente, permite concluir que 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: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena». **QUINCUGÉSIMO SEGUNDO:** «Aunque la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1106, solo pone el acento en la capacidad del delito previo de “generar ganancias ilegales”; sin embargo, una interpretación histórica, de ratio legis, sistemática y teleológica; de la referida norma; hace exigible que solamente puedan constituir delitos fuente -subsumibles en la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”-, ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales; cuya determinación requerirá de una motivación cualificada por parte del operador jurídico, dada la significativa indeterminación de la cláusula abierta en mención». **QUINCUGÉSIMO SEXTO:** «Para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales” -prevista en el segundo párrafo del artículo 10º del Decreto Legislativo N° 1106-, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso fáctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando a su presunto autor o partícipe. ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) 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 vertiente de lex certa». Del contenido de estos tres fundamentos vinculantes, cuyo tenor es totalmente claro, no se aprecia en ningún extremo que nuestra Sala haya considerado que para abrir investigación o juzgar por delito de lavado, previamente tiene que acreditarse el delito fuente o delito previo que genere los activos lavados.

El “delito fuente” y su utilización jurisprudencial como sinónimo de “origen delictivo”.

- 27.- En la audiencia del Pleno Casatorio, los fiscales que intervinieron oralmente, no se refirieron a ninguno de los mencionados recursos de nulidad [N° 2071- 2011-Lima; N° 4003-2011-Lima; N° 2444-2013-Lima; y, N° 399-2014-Lima], que sirvió de sustento al pedido del señor Fiscal de la Nación; sino que basaron sus argumentos en una supuesta contradicción con el R.N. 2868-2014/Lima, Sala Penal Transitoria; de fecha 27 de diciembre de 2016. Sin embargo, de la revisión de los fundamentos jurídicos de este Recurso de Nulidad, no se aprecia contradicción alguna con la Casación N° 92- 2017/Arequipa.
- 28.- El R.N. 2868-2014/Lima, expedido por la entonces Sala Penal Transitoria; de fecha 27 de diciembre de 2016; no se refiere a la interpretación de la cláusula abierta de delitos

fuelle “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”; sino que está referido a la prueba del delito de Lavado de Activos procedentes del delito de Tráfico Ilícito de Drogas; esto es, de uno de los delitos fuente previstos en la lista del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106; por lo que no es posible que exista contradicción alguna con los considerandos quincuagésimo segundo y quincuagésimo sexto de la Casación N° 92-2017/Arequipa.

- 29.- Del mismo modo, tampoco existe contradicción alguna entre el R.N. 2868-2014/Lima, y el considerando décimo séptimo de la Casación N° 92-2017/Arequipa; por cuanto el R.N. 2868-2014/Lima, también reconoce que el delito fuente es un elemento objetivo del tipo penal de lavado de activos. El ponente delimita el suceso fáctico del delito previo en tiempo y espacio. Así, en el segundo párrafo del considerando noveno, se señala que: «En el presente caso, se atribuyen actos de lavado de activos -de una precedente actividad de tráfico ilícito de drogas- que ocurrieron con anterioridad, mayormente desde marzo de mil novecientos noventa y cinco hasta mayo de dos mil ocho. Como cuadro fáctico antecedente, la acusación fiscal hace mención a la actividad de una organización criminal dedicada al tráfico ilícito de drogas que fue intervenida por la Policía y la Fiscalía en dos oportunidades: a) en abril de dos mil cinco, y b) en octubre de dos mil siete: el total de droga incautada en ambas ocasiones alcanzó un aproximado de mil ochocientos kilogramos de clorhidrato de cocaína. Además, respecto del encausado Luis Alejandro Lagos Lizarbe, se mencionó su involucramiento en actividades de tráfico ilícito de drogas desde antes del año mil novecientos noventa y tres y con requisitorias por los Juzgados Penales de Huaraz y Huacho; incluso fue detenido y procesado en Chile el seis de junio de dos mil tres por esa misma actividad delictiva».
- 30.- En el fundamento jurídico décimo de la Ejecutoria Suprema en mención; se señala que el delito de lavado de activos, «es un delito autónomo de aquél al que se vinculan los activos objeto de la actividad específicamente tipificada». Sin embargo, con ello no se consagra ninguna “autonomía material relativa”; sino que se hace referencia, exclusivamente, a una autonomía procesal; al señalarse a continuación que: «no requiere, **por ello**, que el delito de referencia haya sido objeto de enjuiciamiento previo y sanción penal -no se exige siquiera una condena por la actividad delictiva antecedente, pues la sentencia absolutoria sobre el delito previo puede serlo por razones distintas a la inexistencia de la actividad delictiva (...). Además, resulta indiferente que el autor de ese delito sea el mismo al que se imputa el lavado u otro. (...) 3° Integra la tipicidad el origen ilícito o la conexión directa o derivada de actividades criminales de los activos, esto es, dinero, bienes, efectos o ganancias. Tales activos, constituyen, en el delito de lavado de activos, un elemento normativo del tipo, **siendo de aclarar señala el juez ponente, que en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados -el tipo penal de lavado de activos no sanciona un acto generador de activos y el posterior proceso de lavado de esos activos**; lo único que castiga es el acto de lavado- [García Cavero, Derecho Penal Económico-Parte Especial, Volumen I, dos mil quince, p. quinientos setenta y seis]. Tal actividad delictiva, en cuanto conducta típica y antijurídica (injus-

to penal, no injusto culpable) –no es necesario que concurra también la culpabilidad del agente (...)-, está referida a delitos con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos de receptación -en esta causa, el delito de tráfico ilícito de drogas-, legalmente sancionados cuando se produce el acto de lavado de activos. La relación entre la actividad delictiva precedente que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una imputación objetiva [Caro/Reyna/Reátegui, Derecho Penal Económico, Tomo II, 2016, p. 663]».

31.- Si bien en la Ejecutoria dictada en el R.N. 2868-2014/Lima, se señala que: «en pureza elemento típico no es el delito previo sino el origen criminal o la procedencia delictiva de los activos lavados» [F.J. 10.3]; ello no implica una contradicción con el fundamento jurídico décimo séptimo de la Casación N° 92-2017/ Arequipa; por cuanto:

- En esta sentencia casatoria, al emplearse el término delito fuente” -siguió la misma terminología del fundamento 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116: «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»-; se habla de exactamente lo mismo que la Ejecutoria dictada en el R.N. 2868-2014/Lima, denomina “origen criminal” o “procedencia delictiva” de los activos lavados: la actividad delictiva previa, entendida como “conducta típica y antijurídica (injusto penal, no injusto culpable); que, tanto en el R.N. 2868-2014/Lima -F.J. 10.3-, como en la Casación N° 92-2017/Arequipa, constituye un elemento normativo del tipo.
- En el R.N. 2868-2014/Lima, al igual que en la Casación N° 92-2017/Arequipa, también se cita el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; por lo que en ambos pronunciamientos se reconoce su plena vigencia. Incluso, se utilizan idénticas citas bibliográficas de los autores Percy García Caveró y Carlos Caro Coria; por lo que si se utilizan los mismos autores, se entiende que se sigue una misma línea de pensamiento dogmático.
- La Casación N° 92-2017/Arequipa, se circunscribe, únicamente, a un caso de autolavado de activos provenientes de un delito que no está previsto en la lista cerrada de delitos fuente; mientras que el R.N. 2868- 2014/Lima, se ocupa de conductas de autolavado y heterolavado de activos provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas, esto es, de un delito que sí se encuentra expresamente previsto como delito fuente en la lista cerrada. En ese sentido, no puede existir contradicción entre ambos pronunciamientos, por cuanto el R.N. 2868- 2014/ Lima, no realiza ninguna interpretación de la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”.
- Sin perjuicio de lo anterior, en el R.N. 2868-2014/Lima, se señala que «La acreditación de la procedencia delictiva de los activos lavados debe confirmarse – indistintamente con prueba directa y/o con prueba indiciaria, ambas en plano de igualdad. (...) 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 del dinero, bienes, efectos o ganancias».

- En el fundamento jurídico 10.4 del R.N. 2868-2014/ Lima, se señala que: «No se requiere, igualmente, que el agente conozca de la situación procesal actual o definitiva del delito fuente, “...ni el conocimiento de un delito en particular o el conocimiento exacto del hecho previo”. [ABEL SOUTO, El blanqueo de dinero, 2015, p. 115]». Al respecto, cabe precisar dos cuestiones: i) En la casación N° 92-2017/Arequipa, la imputación fiscal versa sobre una conducta de autolavado de activos; donde es lógico que al agente se le pueda imputar un dolo directo o conocimiento circunstanciado [sin perjuicio, de que, para la ley, basta también el dolo eventual], por cuanto él mismo fue quien generó las ganancias ilegales; ii) la cita al autor español ABEL SOUTO, no es del todo aplicable a la legislación peruana, por cuanto en España no existe una cláusula abierta como la prevista en el artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106: “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”; según la cual, en un caso de autolavado proveniente de un delito [léase, hecho típico y antijurídico] que no se encuentra en el listado cerrado; es lógico imputar un dolo directo o circunstanciado al autor.

32.- Al respecto, resulta ilustrativo precisar que en la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 757-2014/Lima, del 27 de agosto de 2014, la Sala Penal Transitoria señaló textualmente que: «como delito propio, al margen del lavado de activos -en que el delito contra la **Administración Pública** es un elemento normativo del tipo legal de lavado de activos-, se tiene el delito de peculado doloso. En este último, el fáctum se refiere a la ejecución de tres obras: i) pavimentación del jirón Marañón; ii) pavimentación de la avenida veintiocho de julio; y, iii) construcción de la Berma Central de la avenida veintiocho de julio» -fundamento jurídico séptimo-. Y, además, se precisó en el fundamento jurídico noveno que: «El delito previo o determinante, es un elemento normativo del tipo legal y debe acreditarse sólo el injusto penal. De lo cual se aprecia que “delito previo”, “delito fuente”, “delito determinante”, “origen criminal”, “origen delictivo”, son términos que están referidos a los mismo: un hecho típico y antijurídico previo generador de las ganancias ilegales, el cual es un elemento del tipo penal de lavado de activos.

33.- En la Ejecutoria Suprema dictada en el Recurso de Nulidad N° 3091-2013/Lima, del veintiuno de abril de dos mil quince, la Sala Penal Permanente; en el fundamento jurídico cuarto; señaló que: «es necesario precisar que el delito fuente del delito de lavado de activos necesariamente tiene que ser previo a la realización del mismo, es decir 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 lavar». Incluso, resulta bastante llamativa la sumilla: «El delito precedente, o también llamado delito fuente, en el delito de Lavado de Activos es un elemento importante a corroborar en la configuración de este delito; si bien se ha precisado que no se necesita que dicho delito se encuentre siendo investigado, sí deberá ser corroborado mínimamente».

- 34.- En la Casación N° 333-2012/Puno; del quince de octubre de dos mil trece, la Sala Penal Permanente señaló, en el fundamento jurídico octavo, que: «el delito de lavado de activos constituye un conjunto de operaciones (...), tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de actividades delictivas (...); sin embargo, de la lectura de la impugnada, se aprecia que dicha tarea no fue acabadamente desarrollada por el Juzgado Colegiado ni por la Sala de Apelaciones, en tanto si se estimó que el dinero recaudado a los encausados provenía del delito de tráfico ilícito de drogas, no se evaluó la materialidad de este delito, esto es, no se estableció cuáles serían los medios de prueba que acrediten la existencia del delito fuente referido concretamente al delito de tráfico ilícito de drogas; por tanto, lo señalado como fundamento por ambos órganos jurisdiccionales para sustentar sus decisiones judiciales resulta insuficiente, aparente y deficiente (...)». Del mismo modo, en el fundamento jurídico noveno, se puntualizó que: «no es suficiente la simple enunciación de los supuestos de hecho contenidos en las normas penales, en tanto, éstas deben tener su correlato fáctico concreto, debidamente diferenciado y limitado respecto del delito fuente; así, en el caso de autos, no se evidencia labor de imputación necesaria eficiente por parte del fiscal, al tratarse de la formulación genérica de cargos; sin precisiones ni mucho menos una adecuada subsunción del delito del que provendrían los ilícitos activos». Y en el fundamento jurídico décimo, se concluye rotundamente que: «resulta de suma importancia la presencia del delito previo, pues constituye el presupuesto indispensable que sirve de nexo con el objeto sobre el que van a recaer las conductas constitutivas de blanqueo de bienes, por lo que al no existir ese nexo, no podrá haber objeto material idóneo para la comisión del delito de blanqueo de bienes agravado; por lo demás, debe precisarse que se cumple con el requisito de delito previo, cuando se haya determinado la configuración de un delito, aunque no se haya podido individualizar o se encuentre en curso establecer la responsabilidad del autor; (...) no se requiere sentencia previa por el delito fuente o delito precedente, ni siquiera una investigación sobre este delito». De las diversas ejecutorias supremas analizadas en esta oportunidad, se aprecia que “delito previo”, “delito fuente”, “delito determinante”, “origen criminal”, u “origen delictivo”, son términos que están referidos a lo mismo: un hecho típico y antijurídico previo, generador de las ganancias ilegales; el cual es un elemento del tipo penal de lavado de activos.
- 35.- Sin perjuicio de lo anterior; en ninguno de los recursos de nulidad señalados por el señor Fiscal de la Nación, se sostiene que el delito fuente no constituye un elemento objetivo del tipo: [hecho típico y antijurídico] -léase «origen delictivo» u “origen criminal”- que impregna de ilicitud a los bienes objeto material del delito de lavado de activos. En el R.N. N° 2071-2011/Lima, de fecha seis de diciembre de 2012, la Sala Penal Transitoria, incluso, se expresa en el fundamento jurídico séptimo (segundo y tercer párrafo), que es el propio Ministerio Público quien aduce que: «el delito de lavado de activos se origina con la comisión de un delito fuente. Es decir, procede o proviene de un ilícito penal en que el objeto material genera ganancias ilegales, por lo que existe una relación entre el delito previo o fuente y el delito de lavado de activos, constituyendo de esta manera el delito fuente un elemento objetivo del tipo penal.

Asimismo, (...) la prueba del primero constituye una condición para establecer la tipicidad del lavado de activos». En esta Ejecutoria Suprema; se señala, simplemente, que no necesariamente, el delito fuente debe consumarse con anterioridad al acto de lavado (véase el literal “e” del considerando noveno); en concordancia con lo señalado en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116. En el R.N. 4003-2011/Lima, de fecha ocho de agosto de 2012, Sala Penal Permanente menciona tan solo la autonomía procesal del delito de lavado de activos; así, se señala en el fundamento jurídico cuarto: «(...) se trata de un delito común y autónomo respecto a cualquier otro delito. 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 se 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». Y en el considerando quinto se señala: «(...) resulta de vital importancia determinar la naturaleza o condición del delito fuente o delito previo al delito de lavado de activos; es decir, del delito del cual provienen los activos ilícitos. Así, el artículo seis de la Ley número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco, establece un catálogo abierto de delitos de los que deben provenir los activos materia del blanqueo». Y, finalmente, en el fundamento jurídico sexto, se concluye de manera rotunda que: «Si bien es necesario que para la configuración del delito de lavado de activos, quede establecido el delito que origina el mismo, pues naturaleza de éste delito -que incluso originó su criminalización combatir los actos que dificultan la judicialización de los delitos precedentes así como los que perjudican al sistema económico del Estado (...); sin embargo, (...) no hace falta, aún, que haya quedado establecido, con seguridad rayana en la certeza, el delito precedente, pues para la investigación es necesario únicamente que existan indicios reveladores que vinculen al procesado con el delito precedente». En el R.N. 399-2014/Lima, del once de marzo de dos mil quince; la Sala Penal Permanente, en el fundamento jurídico quinto, solamente se refiere a la autonomía procesal del delito de lavado de activos: «(...) en esta clase de delito no se requiere de una decisión judicial que involucre al procesado en el comportamiento subyacente [delito previo o delito fuente], porque el delito previo puede ser cometido por terceros y no necesariamente por el lavador de activos». En el R.N. 2444-2013/Lima, del nueve de diciembre de dos mil catorce, la Sala Penal Transitoria emite un pronunciamiento sobre la misma cuestión vista en el R.N. N° 2071-2011/Lima, de fecha seis de diciembre de 2012, Sala Penal Transitoria; esto es, que el lavado de activos puede ser posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales (FJ. quinto); en concordancia con lo ya señalado en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116. En el R.N. 435-2010/ Ucayali, del veinte de mayo de dos mil once, Sala penal Transitoria, se precisa, en el fundamento jurídico tercero: “este tipo delictivo presupone la existencia de un delito fuente cuyos réditos son sobre los que recae la conducta prohibitiva. En el R.N. 1374-2013/Lima, del veintiocho de noviembre de dos mil catorce, la Sala Penal Transitoria señaló que: “no existe prueba suficiente e idónea que demuestre de manera fehaciente e indubitable que los bienes de los procesados provienen de fondos de origen ilícito, específicamente del delito de tráfico ilícito de drogas; en consecuencia,

no se ha logrado destruir el principio fundamental de la presunción de inocencia.” (f.j. octavo)

- 36.- El término «delito previo», «delito determinante», «delito fuente», etc., es utilizado, en los distintos pronunciamientos de la Corte Suprema, como sinónimo de «origen delictivo», «origen criminal»; por lo que solamente existe una diferencia en la terminología empleada. Incluso, expresamente, en el Recurso de Nulidad 3036-2016, de la Segunda Sala Penal Transitoria; se señaló en el fundamento jurídico décimo quinto que, es una exigencia para el titular de la persecución penal: “acreditar que las supuestas ganancias económicas del agente, su enriquecimiento desmedido o su incremento patrimonial injustificado, proviene de un origen ilícito; lo que presupone la existencia de un delito fuente”. Por ello, lo que corresponde es consolidar los criterios expuestos por las distintas Salas Penales de la Corte Suprema; manteniéndose vigente, entonces, el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; el cual reconoce 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»; el cual fue suscrito por los señores magistrados: San Martín Castro; Lecaros Cornejo; Prado Saldarriaga; Rodríguez Tineo; Barrios Alvarado; Príncipe Trujillo; Neyra Flores; Barandiarán Dempwolf; Calderón Castillo; y, San María Morillo.
- 37.- El delito previo o delito fuente, también tiene suma importancia en el caso del procedimiento de extradición pasiva o activa por delito de lavado de activos. Dada la configuración legal del delito fuente en nuestro sistema penal, que puede tratarse de “cualquier [...] delito con capacidad de generar ganancias ilegales” (salvo la recepción), la exigencia de doble incriminación será cumplida, únicamente, cuando el delito cometido en el extranjero presente dicha aptitud. Ahora bien, esta exigencia se cumple aun cuando no exista coincidencia de *nomemiuris* entre el delito fuente cometido en el extranjero y su correlato en el Estado nacional. No es exigible que en ambos sistemas legislativos se emplee la misma denominación para ambos, protejan un mismo bien jurídico o tengan uniforme ubicación sistemática en sus códigos penales o Leyes Especiales. Tampoco que contemplen la misma gravedad o que los legisladores de ambos países pretendan análoga finalidad de represión. Lo que debe verificarse es, la identidad de los elementos materiales del hecho delictivo generador de las ganancias que es cometido en el extranjero, en su cotejo con aquel que constituye su correspondiente nacional. De modo tal que dichos elementos fácticos puedan ser reconducidos por el intérprete a un precepto penal concreto que constituya delito en ambas legislaciones. De darse un procedimiento de extradición, ¿qué pasaría si en el país requerido, el delito que genera las ganancias ilegales, no es delito previo para la legislación extranjera? Por ejemplo, en Uruguay, el delito de defraudación tributaria, no es delito previo que pueda generar ganancias ilegales. ¿Qué pasa si se lava en Perú, dinero proveniente del delito de defraudación Tributaria en Uruguay? En Uruguay no hay delito de lavado proveniente de defraudación tributaria. Según la GAFI, la doble incriminación del delito previo (la defraudación tributaria se castiga tanto en Perú como en Uruguay) es suficiente para dar cumplimiento a la doble incriminación

del delito previo (Defraudación Tributaria); pero no del delito de Lavado de activos. Entonces, el delito previo, a nivel internacional, es trascendental.

- 38.- El delito previo, delito fuente o delito determinante no es un término inventado por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sino lo crea el Legislador al redactar los tipos penales de lavado de activos; en cumplimiento a los Convenios Internacionales que ha suscrito, en materia de lavado de activos. Conforme a lo dispuesto en el artículo 55 de la Constitución Política del Estado, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional. Se inicia con la Convención de las Naciones Unidas sobre drogas, año 1988, llamado también Convención de Viena, que agrupó a 106 países, dentro de los cuales se encuentra nuestro país. La Convención fue aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de diciembre de 1988. En esta Convención se crea por primera vez el delito de blanqueo de capitales o lavado de activos proveniente solo del delito de tráfico ilícito de drogas (delito fuente).
- 39.- Posteriormente, la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada nacional, denominada Convención de Palermo-Italia, realizada entre el 12 al 15 de diciembre de 2000; estableció que los países tipifiquen como lavado o blanqueo los actos de conversión o transferencia de bienes obtenidos de la comisión de un delito; lo denominan productos de un delito. Define el delito que produce los activos, como delito determinante, sinónimo de delito previo o delito fuente. Señala que el delito determinante es todo delito del que se derive un producto que pueda pasar a constituir materia de un delito definido por el artículo 6 de la Convención (no es abstracto). Además, obligó a los países miembros a incluir como delitos determinantes, todos los delitos graves, considerando como tales aquellos delitos que tienen una sanción máxima de 4 años de prisión o más. A los países que en su legislación interna señalen una lista cerrada de delitos determinantes, los obliga a incluir los delitos cometidos por grupos delictivos organizados.
- 40.- En el año 2003, en la Sesión de la Convención de las Naciones Unidas sobre la Corrupción, llamada Convención de Mérida, México, aprobada el 9 de diciembre de 2003, inspirándose en la Convención de Viena, exhortó a los estados miembros para que amplíen el cuadro o lista de delitos determinantes, del lavado de activos.
- 41.- En el derecho internacional público, la Convención de Varsovia para el Consejo de Europa, del 16 de mayo de 2005, dispuso que se castigará el blanqueo de capitales cuando se haya acreditado que los bienes provienen de un delito previo. Se prevé también el principio de doble incriminación, respecto de los delitos previos, para los efectos de las extradiciones por delito de lavado de activos. En la misma línea, las Directivas de la Comunidad Europea sobre blanqueo de capitales, reconocen que los bienes deben provenir de una actividad delictiva. Amplían los delitos previos, después del tráfico ilícito de drogas, incluyen al terrorismo y en general a la delincuencia organizada. Alude a los delitos graves, a la hora de definir la actividad delictiva que genera los bienes ilícitos; cuya gravedad dependerá del sistema punitivo de cada Estado. De otro lado, está el Tratado de Lisboa, miembro de la Unión Europea, que

reconoce como delitos previos específicos, el terrorismo, la trata de seres humanos, la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el delito de corrupción, delitos informáticos y delincuencia organizada.

- 42.- En América, la Organización de Estados Americanos (OEA) realizó una Conferencia sobre tráfico ilícito de drogas, en Río de Janeiro del 22 al 26 de abril de 1986, donde se recomendó a la Asamblea General la creación de una Comisión Interamericana para el control del abuso de drogas (CICAD). Esta Comisión elaboró un Reglamento Modelo para América, teniendo como base la Convención de Viena (no puede ir contra ella), para tipificar como delito el blanqueo de los productos derivados del tráfico ilícito de drogas (delito previo). En el 38 período ordinario de sesiones, celebrado en diciembre de 2005 en los Estados Unidos de Norteamérica, se dispuso ampliar los delitos previos a “otros delitos graves”. En el artículo 2 del Reglamento Modelo de la CICAD, se define las cuatro conductas de lavado de activos; y se señala taxativamente que los bienes a blanquear o lavar deben ser PRODUCTO de actividades delictivas graves. En el inciso 5 del artículo 2, del mencionado Reglamento, se señala: “*La investigación, enjuiciamiento y condena del delito de lavado, se hará de manera autónoma de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave*”. Esta disposición convencional consagra la llamada autonomía procesal del delito de lavado de activos; que ha sido asumida por el legislador peruano, tanto en el Decreto Legislativo 986 como en el Decreto Legislativo 1106 (artículo 10). La autonomía 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 previa 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 prueba directa o indiciaria.
- 43.- De otro lado, el Grupo de Acción Financiera (GAF), que reúne a los países más desarrollados del planeta, surgió el 16 de julio de 1989, para establecer lazos de cooperación y enfrentar el tráfico ilícito de drogas, blanqueo de capitales, terrorismo y medio ambiente. Luego se creó el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que agrupa a 29 países. En abril de 1990, emitió un primer Informe (task force report) que consta de 40 recomendaciones para articular un sistema internacional de lucha contra el blanqueo de capitales. Acoge la Convención de las Naciones Unidas de Viena de 1988 y la Convención de Palermo-Italia, del año 2000. La primera recomendación del GAFI era que los delitos previos o subyacentes del lavado de activos, han de ser todos los delitos graves. Para ello recomendó observar cuatro criterios, es decir, para considerar como delitos previos de lavado de activos, a saber: a) Todos los delitos (ejemplo España), se entiende los que están tipificados en el Código Penal o leyes penales especiales. b) Solo delitos graves de acuerdo a las penas de prisión del delito subyacente (criterio del umbral).c) Un listado de delitos previos (la mayoría de países del mundo, entre ellos el Perú); y d) Una combinación de los 3 anteriores. Al respecto, si se optara por el primer criterio, los demás serían impertinentes, porque si se dice

que todos los delitos del Código Penal o leyes penales especiales pueden ser delitos previos, determinantes o subyacentes del lavado de activos; carecería de objeto escoger delitos graves o hacer un listado de algunos delitos fuente. El término “todos los delitos” engloba tanto a los delitos graves como cualquier listado de delitos previos. El criterio a) no puede combinarse con el criterio c) porque son implicantes. En efecto, si se opta por un listado que sería cerrado, no puede decirse luego “todos los delitos”; porque en este caso resultará inoficioso hacer una lista, si son todos. El legislador peruano optó por el criterio c) al establecer un listado de delitos subyacentes o delitos fuente; en principio en el artículo 6 de la ley 27765, donde no se encontraba por ejemplo el delito de extorsión, trata de personas, minería ilegal etc. Luego en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, donde se amplió el catálogo de delitos fuente, comprendiendo además a los últimos delitos ya mencionados. Si el legislador peruano hubiera optado por el primer criterio, señalando que todos los delitos del Código Penal y de las leyes penales, son delitos determinantes o generadores de activos que luego pueden ser lavados, entonces no hubiera hecho ninguna lista (criterio c). El problema que se ha generado en nuestro País, se da cuando el legislador, luego de elaborar la lista de delitos fuente de lavado de activos, a continuación pone una cláusula general o abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”. Esta cláusula abierta no responde a ningún criterio convencional, menos a los recomendados por el GAFI. Cabe enfatizar que no todos los delitos del Código Penal o de leyes penales especiales, tienen capacidad de generar ganancias ilegales; por ello el legislador peruano no optó por el primer criterio, es decir, incluir como delitos subyacentes o delitos previos a todos los delitos.

- 44.- En el mismo sentido, el GAFI recomendó una lista de delitos previos que generan capitales; no recomendó cualquier delito. Los delitos recomendados deben ser graves, de acuerdo a su sistema punitivo de cada país. Asimismo, recomienda que el delito previo sea delito en dos países o más, para facilitar el procedimiento de Extradición. La reunión plenaria del GAFI de febrero de 2012, modifica algunas recomendaciones, entre ellas, incluir como delito previo del blanqueo, al delito fiscal grave (se colige que antes no era delito previo). El GAFI es el organismo internacional de carácter gubernamental más importante del mundo en la lucha contra el blanqueo de capitales, por lo que sus recomendaciones deben ser cumplidas por los países miembros, entre ellos el Perú.
- 45.- En consecuencia, interpretar el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, que integra los subtipos penales previstos en los incisos 1, 2 y 3 del mencionado Decreto Legislativo, modificado por el Decreto Legislativo 1249; en el sentido que el delito previo o subyacente no es un elemento normativo del tipo penal de lavado de activos; y que en todo caso, cualquier delito puede ser delito fuente, es ir contra los criterios convencionales ya mencionados; y por ende atentar contra el principio constitucional de legalidad, previsto en el artículo 2, inciso 24, literal d) de la Constitución Política del Estado.
- 46.- De otro lado, en cuanto a la gravedad del delito, para interpretar la cláusula abierta “cualquier otro”. Este criterio tiene su sustento en las recomendaciones dadas por to-

das las convenciones internacionales de lucha contra el blanqueo de capitales; en el sentido de que debe ampliarse el catálogo de delitos determinantes o delitos previos (aquellos que generan los activos ilícitos) a otros delitos graves. Para evitar cualquier otra interpretación que iría contra los derechos fundamentales de los imputados, lo que debería hacerse de lege ferenda, es derogar el término “cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”, manteniendo la lista cerrada, pero incluyéndose además a los delitos de estafa, hurto agravado, el sicariato, entre otros”. La otra alternativa es eliminar la lista de delitos y en su reemplazo poner como delitos previos o determinantes, a todos los delitos del código penal y leyes especiales, con capacidad de generar ganancias ilegales, como ocurre con el artículo 301.1 del Código Penal Español, cuyo texto señala: “*El que adquiriera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito.....será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años...*”. Entre tanto, mientras no se modifique nuestra ley de delito de lavado de activos, por el principio de legalidad antes mencionado, debemos interpretar que el origen delictivo o la procedencia delictiva de los bienes, dinero o efectos, lavados, constituye un elemento normativo del tipo objetivo; y por tanto debe ser materia de prueba. El origen ilícito, no será de cualquier delito sino del listado previsto en el artículo 10, segundo párrafo, del Decreto Legislativo 1106. En el caso de que se intente introducir como delito fuente, uno que no está comprendido en la lista, se observará los criterios señalados en los fundamentos 52 y 56 de la Sentencia Casatoria.

47.- De otro lado, se ha dicho que el Acuerdo Plenario N° 3-2010 de la Corte Suprema, estaría desfasado por cuanto se han dado nuevas leyes de lavado de activos, siendo la última el Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249; sin embargo, los enunciados normativos o la descripción típica de los subtipos de lavado de activos, siempre han llevado el elemento normativo “origen ilícito de los bienes”, desde la Ley N° 27765, el Decreto Legislativo 986, y los dos últimos decretos legislativos. El origen ilícito ha sido interpretado como origen criminal o procedencia delictiva de los bienes lavados, que tienen que ver con los delitos señalados en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106; entonces, pues el Acuerdo Plenario 3-2010 es aplicable hasta la fecha, en cuanto a la interpretación del tipo de lavado de activos. Mientras la descripción típica contenga el origen ilícito de los bienes, siempre se hablará de delito fuente, es decir, de aquél que genera los bienes que luego se lavan. Una autonomía absoluta, o autonomía relativa, a que se refiere el Fiscal Gálvez Villegas, en el sentido de que para que se configure el delito de lavado de activos no se requiere que los bienes lavados provengan de una actividad delictiva, o en todo caso deben provenir de una actividad delictiva genérica, vulneraría el principio de legalidad, por cuanto se suprimiría el elemento normativo “origen ilícito” y se derogaría tácitamente el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, donde figura la lista de delitos que el legislador consideró como delitos fuente generadores de ganancias ilícitas. Si la intención del legislador hubiera sido sancionar patrimonios injustificados o realizar transacciones o actividades con bienes de pro-

cedencia sospechosa, pero no de algún delito; entonces no hubiera consignado en el tipo la frase “cuyo origen ilícito conoce o debe presumir que conoce”. Asimismo, si hubiera optado por una autonomía relativa, tal como postula el Fiscal informante, es decir que los bienes deben proceder de cualquier delito en general y no en específico; entonces, no hubiera consignado una lista de delitos como el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, la extorsión, el secuestro, minería ilegal, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos tributarios o aduaneros, y los delitos contra la administración pública, como el peculado, la colusión, el cohecho pasivo etc. El delito fuente adquiere, incluso mayor importancia, cuando se trata de bienes procedentes del delito de tráfico ilícito de drogas, terrorismo o minería ilegal, cuyas penas son muy graves (25 años de pena privativa de libertad, como mínimo). En consecuencia, la autonomía relativa postulada por el Fiscal informante no tiene sustento legal por cuanto los delitos fuente o delitos previos son específicos y no genéricos, conforme al enunciado normativo ya glosado.

- 48.- Se ha dicho también que las convenciones de las naciones unidas (todas) y las recomendaciones del GAFI, no sirven para interpretar los artículos 1, 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo 1106. Si esto es así, entonces se está contrariando a la Constitución, cuyo artículo 55 señala que los tratados forman parte del derecho nacional. El reglamento modelo de la CICAD, también sirve para dicha interpretación, por cuanto reconoce como elemento objetivo del tipo al delito previo, habiéndolo ampliado a otros delitos graves, además del delito de tráfico ilícito de drogas.
- 49.- En cuanto a la naturaleza de la norma contenida en el artículo 10, segundo párrafo, del Decreto Legislativo 1106. Es una norma imperativa que se integra a las normas contenidas en los artículos 1, 2 y 3. Contiene el supuesto de hecho y la consecuencia, lleva implícito el mandato imperativo de no hacer (no convertir, transferir, ocultar etc. bienes provenientes de los delitos que allí se detallan); y es coercible, por cuanto de darse el supuesto de hecho, existe una sanción de pena privativa de libertad.
- 50.- Respecto a los métodos de interpretación de una disposición legal, la doctrina nos enseña varios métodos, entre los cuales se encuentran el método histórico, de la ratio legis, sociológico, sistemático y teleológico. Si bien es cierto, dentro de la interpretación histórica estaría la exposición de motivos de la disposición legal; también es cierto que la elaboración de una lista de delitos fuente o delitos previos que pueden generar activos ilegales, se dio por primera vez el año 2002 con la Ley N° 27765, obrando en el artículo 6, una primera lista de delitos fuente. La exposición de motivos de aquella ley no señala que la lista de delitos fuente es declarativa. Dicha lista se ha mantenido en el Decreto Legislativo 986, en el Decreto Legislativo 1106 y en el Decreto Legislativo 1249, aunque incluyendo otros delitos. En consecuencia, la exposición de motivos que hizo el Poder Ejecutivo al expedir los dos últimos decretos legislativos sobre el listado de delitos, que no creó, resulta impertinente e infeliz, por cuanto está interpretando una disposición legal dada el año 2002 por el Congreso Nacional de la República, cuando su labor no es de intérprete. En todo caso, la exposición de moti-

vos de una disposición legal debe referirse a una disposición novísima, pero no sobre una preexistente, como fue la lista de delitos previo tan mencionada.

51.- Concluyo, recordando que los Fiscales informantes a la vista de la causa, solicitaron que se deje sin efecto la sentencia casatoria N° 92-2017/Arequipa y acto seguido, se declare vinculante la autonomía relativa del delito de lavado de activos, por lo que si se declara vinculante la autonomía absoluta, se vulneraría el principio de congruencia de las sentencias (ultra petita). A nuestro criterio, el pedido de los representantes del Ministerio Público no se ajusta a la Constitución ni a la Ley, por las razones expuestas ampliamente a través de este voto discordante; por lo que en la parte resolutive ratificamos la validez de los tres fundamentos vinculantes de la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa; debiendo declararse improcedente el pedido del Señor Fiscal de la Nación.

52.- Agradezco profundamente a los muchos amicus curiae (Instituciones y profesionales de primer nivel) que tuvieron la gentileza de hacer llegar a la Coordinación de este Pleno Casatorio, sus informes escritos opinando favorablemente sobre los tres fundamentos vinculantes de nuestra Sentencia Casatoria; los que no han sido tomados en cuenta por la mayoría del pleno, a pesar de que se encuentran debidamente motivadas.

Por estos fundamentos:

MI VOTO ES PORQUE SE DECLARE:

- I.- IMPROCEDENTE el pedido del Señor Fiscal de la Nación, formulado al Señor Presidente del Poder Judicial, sobre la convocatoria a un Pleno Casatorio para dejar sin efecto la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa.
- II.- Que, el origen ilícito o procedencia delictiva de los bienes, es un elemento normativo de los tipos penales previstos en los artículos 1, 2 y 3, integrado por el segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249 (ley del delito de lavado de activos).
- III.- Que, los bienes lavados deben provenir de los delitos previstos en el segundo párrafo del artículo 10, del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249.
- IV.- Que, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la noción de “gravedad” para determinar un delito fuente, dentro de la fórmula legal “cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales”; así como sobre el estándar de prueba del delito de lavado de activos, por no existir contradicciones al respecto, entre la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa y otras Sentencias de Casación, o, Ejecutorias Supremas de las demás Salas Penales de la Corte Suprema.-

CESAR JOSE HINOSTROZA PARIACHI

Juez Supremo Titular de la Corte Suprema De Justicia de la República.

REVISTA PERUANA DE CIENCIAS PENALES
Se terminó de imprimir en la ciudad de Lima,
en el mes de Diciembre del 2017