

PROBLEMAS EN TORNO AL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

José Antonio Caro John¹

Definición

En términos más simples, el lavado de activos, o lavado de dinero, es el mecanismo consistente en hacer que un dinero de origen ilícito (sucio) adquiera una característica lícita (limpia). Mediante este mecanismo, el autor individual o miembro de una organización delictiva procura disfrutar de los beneficios obtenidos por la comisión de un delito previo sin poner en peligro la fuente o procedencia de sus ganancias.²

En la legislación nacional el lavado de activos está tipificado en la Ley N° 27765,³ con una configuración básica contenida en dos supuestos o modalidades típicas estructuradas de la siguiente manera:

Artículo 1. Actos de conversión y transferencia:

El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso; será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Artículo 2. Actos de ocultamiento y tenencia:

El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Bonn (Alemania). Profesor de Derecho Penal.

² Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2006) "La represión del delito de lavado de activos". En: *Actualidad Jurídica*. T. 154. (2006) Lima, pág. 94, subrayando que el lavado de activos "se vincula con actos dirigidos a otorgar una apariencia legal legítima a los bienes y ganancias que se originan o derivan de una actividad ilegal punible".

³ Esta Ley está vigente desde el 27 de junio de 2002. La última modificatoria se dio el 22 de julio de 2007, mediante el D. Leg. 986.

con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa.

Esta Ley tiene por finalidad penalizar toda conducta posterior al delito que generó la ganancia ilícita, protegiendo de este modo el sistema de administración de justicia y sus órganos de persecución penal frente a las prácticas de los lavadores de dificultar la identificación del origen del activo sustrayéndolo a su incautación o decomiso⁴. Es por esta razón que en el sector bancario se puede apreciar con mayor notoriedad que las normas de prevención contra el lavado de activos tienen como común denominador el facilitar a las instancias estatales de persecución penal el “descubrimiento”, la “identificación”, el “reporte”, la “denuncia” de las operaciones sospechosas que puedan presentarse en el desarrollo de la actividad bancaria a través de las distintas tipologías como el pitufo, la subfacturación en importaciones, compra de boletos de lotería premiados, etc., utilizados por algunos clientes y terceras personas con la clara finalidad de instrumentalizar la institución financiera con fines de lavado.

El objeto de protección

Para establecer qué es lo que el Derecho penal protege mediante su intervención se debe tomar en cuenta el marco conceptual de la norma penal; es por eso que la interpretación deberá ser llevada a cabo dentro de su contorno y límite impidiendo así la intromisión de criterios ajenos al propio sentido de la norma.⁵ Dicho esto, en el presente caso es el marco conceptual de la norma penal,⁶ con-

⁴ En este sentido, BACIGALUPO, Enrique (2005) “Estudio comparativo del Derecho penal de los Estados miembros de la UE sobre la represión del reciclaje o blanqueo de dinero ilícitamente obtenido”. En Ídem (dir.) *Curso de Derecho penal económico* (2ª edic.) Madrid/Barcelona: Marcial Pons, pág. 459.

⁵ Cfr. BACIGALUPO, Enrique (2008) “Concepto de bien jurídico y límites del Derecho penal”. En: MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y CARO JOHN, José Antonio (edit.) (2008) *El sistema penal normativista en el mundo contemporáneo. Libro Homenaje al Profesor Günther Jakobs en su 70 aniversario*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, pág. 19.

⁶ Cfr. LEIP, Carsten (1995) *Der Straftatbestand der Geldwäsche*. Berlín et al. 1995, pág. 44, destacando que si tiene un sentido crear normas por el legislador en el ámbito del lavado de activos es precisamente para la protección de determinados bienes en función de lo cual se ha de configurar el tipo penal.

cretamente de la Ley 27765,⁷ con sus “*criterios materiales, como la finalidad de las formulaciones típicas, la clase y modalidad de conductas prohibidas, el respectivo sentido teleológico y las valoraciones sociales y jurídicas a las que responde*”,⁸ la que nos proporcionará el substrato conceptual a partir del cual poder identificar qué es lo que la norma realmente persigue proteger.

A partir de los supuestos típicos de los Artículos 1 y 2 de la Ley 27.765 se logra identificar un común denominador subyacente tanto a los actos de conversión y transferencia,⁹ como a los actos de ocultamiento y tenencia.¹⁰ El común denominador en mención a ambas acciones típicas es la conducta de “dificultar”, esto es, “*dificultar la identificación del origen ilícito*”, y “*dificultar su incautación y decomiso*”, de manera que con la configuración del tenor o enunciado normativo de la norma queda delineado un sistema de conceptos a partir del cual poder precisar cuál es el objeto penalmente protegido con la tipificación del lavado de activos.¹¹ La vigente Ley 27765, su anteproyecto de reforma,¹² como su predecesora más remota en nuestro Derecho nacional, nos referimos al D. Leg. 736,¹³ así como sus modificaciones posteriores, procuran

⁷ Esta es la “Ley penal contra el lavado de activos”, vigente desde el 27 de junio de 2002. Posteriormente recibió algunas modificaciones significativas mediante el D. Leg 986, de 22 de julio de 2007.

⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino (2009) *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N° 27765* (2ª edic.) Lima, pág. 39.

⁹ “*El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso*”.

¹⁰ “*El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso*”.

¹¹ OSWALD, Katharina (1997) *Die Implementation gesetzlicher Massnahmen zur Bekämpfung der Geldwäsche in der Bundesrepublik Deutschland*, Freiburg i. Br., pág. 62.

¹² Destaca de modo especial el *Anteproyecto de Ley que Modifica la Legislación Penal en Materia de Tráfico Ilícito de Drogas y Tipifica el Delito de Lavado de Activos*, publicado en el diario “El Peruano” el 17 de junio de 2001, que propone una regulación autónoma del delito de lavado de activos en la Parte Especial del Código penal como un delito contra la función jurisdiccional, debiéndose introducir a tal efecto los Artículos 406-A y 406-B. Cfr. al respecto PRADO SALDARRIAGA, Víctor (2007) *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima, págs. 114 y ss.

¹³ Dictada el 8 de noviembre de 1991, que adicionó los Artículos 296-A y 296-B al Código Penal de 1991, con la finalidad de criminalizar las conductas de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas.

atacar las acciones de encubrimiento que dificultan la identificación del origen ilícito del activo, plasmando de este modo para el Derecho nacional una normatividad cuya línea directriz guarda concordancia con los instrumentos internacionales sobre la materia. Se tiene a este respecto a título de ejemplo a la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 20 de diciembre de 1988, denominada también Convención de Viena, que diseña un marco normativo orientado a golpear a las organizaciones criminales con la privación del producto de sus actividades ilícitas. La técnica de tipificación empleada en este instrumento es sencilla: persigue la identificación de los activos para su incautación o decomiso. En el Artículo 3, inc. 1, b se ataca el “ocultamiento” o “encubrimiento” del origen ilícito de los bienes. En la misma orientación se encuentra la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, de 15 de noviembre de 2000, denominada también Convención de Palermo, que sitúa igualmente la conducta de “ocultar o disimular” el origen ilícito de los bienes como objeto de punición en su Artículo 6.

Como se aprecia, el diseño normativo existente para atacar el lavado de activos revela que la persecución penal tiene como meta el descubrimiento de las ganancias económicas generadas ilícitamente por las organizaciones criminales a fin de confiscarlas, incautarlas o decomisarlas. Dado que no es suficiente la punición en sí misma del delito precedente se hace necesario combatir a dichas organizaciones adicionalmente con una nueva forma de tipificación que por separado golpee la posibilidad del disfrute impune de las ganancias ilegales generadas por el delito precedente. Con esto se erige un objeto de protección en el que se sintetizan las expectativas normativas de la sociedad respecto a la organización estatal competente para aplicar las medidas de incautación o decomiso: la *administración de justicia*.¹⁴ Es por esta razón que la ley contra el lavado de activos tiene al sistema de administración de justicia como su objeto de protección que se ve afectado con las diversas maniobras empleadas por el lavador de poner obstáculos, de estorbar, dificultar y hacer difícil la identificación de las ganancias ilícitas dejándolas a salvo de las acciones judiciales encaminadas a eliminarlas. La Ley penal plasma de este modo la

¹⁴ Cfr. STRATENWERTH, Günter (2000) *Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil II: Straftatengegen Gemeininteressen* (5ª edic.) Berna, pág. 337; GÓMEZ PAVÓN (1994) “El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento”, en *CDJ*, pág. 208.

pretensión del Estado de descubrir y decomisar los bienes procedentes del delito, toda vez que “*el dinero sucio pertenece al Estado*”.¹⁵

Al sancionarse conductas que impiden o dificultan el correcto funcionamiento de los órganos de persecución penal contra las ganancias ilegales, el lavado de activos muestra una semejanza con el delito de encubrimiento real,¹⁶ por lo que la protección de la administración de justicia se muestra más evidente en su función de eliminar los efectos del delito precedente. Al igual que en el delito de encubrimiento, el Estado deposita en la administración de justicia la competencia para privar a los autores y partícipes de los beneficios de su delito precedente y evitar la posibilidad de su ocultamiento e incluso reintroducción en el sistema hasta adquirir una indiscutible apariencia de legalidad como suele ocurrir, por ejemplo, en las acciones de lavado en cadena a través de la compra venta de propiedades inmuebles donde el último comprador de la cadena suele intervenir de buena fe haciendo casi imposible las acciones de incautación y decomiso sobre los efectos derivados del originario delito precedente.

Entonces la persecución estatal de los actos de lavado apunta hacia los actos de encubrimiento de activos provenientes de actividades ilícitas, como pueden ser el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, la corrupción, la extorsión, la defraudación tributaria, etc. Con esto se esclarece a su vez que los supuestos típicos del lavado *no* persiguen dentro de su alcance de protección al orden económico. En ninguna parte de la configuración de la tipicidad se visualiza algún indicio de que el orden económico podría ocupar el núcleo de protección de la norma contra el lavado de activos. Por esta razón, es manifiesto que las consideraciones de cierto sector de la doctrina de situar el orden económico¹⁷ como objeto penalmente protegido en el delito de lavado de activos responden tan solo a una propia teoría acerca de los delitos económicos sustraída por completo de sistemática de la norma penal contra el lavado de activos y sus antecedentes internacionales y nacionales de regulación. Por esta vía se cree, por ejemplo, que detrás del castigo del lavado se está protegido la economía del país.¹⁸ Si bien es innegable que el sistema económico en alguna forma recibe

¹⁵ ARZT, Günther (1993) “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, en *JZ*, pág. 913.

¹⁶ ALTENHAIN, Karsten (2002) *Das Anschlussdelikte*. Tübingen, pág. 387.

¹⁷ Es el caso de LAMPE, Ernst Joachim (1994) “Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)”, en *JZ*, pág. 126.

¹⁸ LAMPE, “Der neue Tatbestand der Geldwäsche”, ob. cit.

las afectaciones del lavado de activos, también es cierto que ello ocurre de manera indirecta y no en todos los casos, como también indirectamente afectan al orden económico algunos delitos contra la integridad corporal (caso aceite de Colza, caso Degusa), algunos delitos contra el patrimonio, contra la fe pública, contra la administración pública, entre otros. De una forma más gráfica se aprecia que por mucho que la acción de matar ocasione el derramamiento de sangre, la integridad corporal no constituye el objeto de protección en el delito de homicidio. Lo mismo sucede en el campo del lavado de activos, cuya comisión puede repercutir afectando subsidiariamente al sistema económico, pero, como hemos dicho antes, ello no determina su objeto de protección. La protección del orden económico es en todo caso una función latente que subyace al castigo del lavado de activos como de cualquier otro delito: es latente aquí porque puede que se vinculen al castigo del lavado de activos “*determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de variadas características*”,¹⁹ en este caso la esperanza o el querer salvaguardar el orden económico, pero esta función puede que ocurra y puede que no, de allí que no se le toma en cuenta como el objeto de protección del lavado de activos, donde más bien, con independencia de las cuestiones latentes, la imposición de la pena posibilita manifiestamente la “autocomprobación” de la administración de justicia en su tarea de eliminar los efectos del delito. Es más, muchas acciones de lavado de activos incluso hasta traen beneficios al sistema económico: inversiones en obras de construcción que generan empleos de trabajo, el pago de impuestos al Estado, etc.

En un sentido similar, tampoco constituye objeto de protección de la norma del lavado de activos el bien jurídico del delito precedente.²⁰ Cada delito encierra un objeto penalmente tutelado que queda re-estabilizado mediante el castigo de la conducta delictiva como consecuencia de la lesión, de tal manera que, si el delito precedente ya fue objeto de sanción, entonces quedó cerrado con esa medida el círculo comunicativo la re-estabilización de la vigencia de la norma quebrantada por el delito precedente. Por lo mismo, los actos posteriores constituyen tan solo actos post-ejecutivos, o post-consumativos, cuyo castigo no añade más protec-

¹⁹ JAKOBS, Günther (1996) *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Trad. Manuel Cancio Meliá y Bernardo Feijóo Sánchez, Madrid, pág. 18.

²⁰ Así, SALDITT, Franz B. (1992) “Der Tatbestand der Geldwäsche”. En: *Strafverteidiger-Forum* (1992), pág. 122.

ción al objeto del delito previo. Lo que suceda con el cadáver después que la vida se perdió no añade más afectación al derecho de vivir aun cuando la muerte ocasione mucho dolor a los deudos. Asimismo, si el dinero convertido tiene su origen en una extorsión, el castigo del lavado de ese dinero no brinda más protección al patrimonio de la víctima. Por el contrario, el lavado de activos no es más que un acto de encubrimiento, si se quiere de agotamiento, en relación al delito precedente, que por razones de una política criminal de lucha contra el crimen organizado ha recibido una incriminación separada del delito previo.

A partir de lo expuesto y precisado el objeto de protección del delito de lavado de activos es posible entender con mayor claridad el sentido de la norma penal en sus consecuencias dogmáticas que inciden en la materia de la presente consulta.

El “delito precedente” del lavado de activos

Como se ha anotado en las líneas precedentes, el delito de lavado de activos, o lavado de dinero, requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal. Esta ganancia precisamente es lo que el lavador pretende “limpiar” integrándola a la economía y el sistema financiero como una forma de hacer desaparecer las huellas ilegales de su origen. El delito fuente se configura así como el delito cometido con anterioridad al lavado de dinero, habilitando de esta manera los bienes para ser lavados o blanqueados en un momento posterior.²¹

A este respecto, la Ley penal contra el lavado de activos ha establecido en su Artículo 6 una enumeración de los delitos previos, o “delitos fuente”, cuya comisión pueden generar ganancias ilegales que den pie al lavador a introducir las en el sistema financiero para dificultar su identificación al adquirir en este sistema una apariencia legal o de haber sido obtenidas lícitamente. Los delitos fuente contemplados por la norma son los siguientes:

1. Tráfico ilícito de drogas.
2. Terrorismo.

²¹ Cfr. BLANCO CORDERO, Isidro (2002) *El delito de blanqueo de capitales* (2ª edic.), Navarra: Aranzadi, pág. 251.

3. Delitos contra la administración pública.
4. Secuestro.
5. Extorsión.
6. Proxenetismo.
7. Trata de personas.
8. Tráfico ilícito de migrantes.
9. Defraudación tributaria.
10. Contra el patrimonio en su modalidad agravada.
11. Delitos aduaneros u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción del delito de receptación.

Teniéndose este catálogo de delitos generadores de la ganancia ilícita, una cuestión por aclarar es qué elementos deberían tomarse en cuenta para saber qué figuras delictivas admitirían ser agrupadas bajo el supuesto de “delitos fuente” en el caso de otros delitos “similares que generen ganancias ilegales, con excepción del delito de receptación”, conforme a lo previsto en el Artículo 6 de la ley.

La necesidad de determinación del alcance de los “delitos similares” como delitos fuente reviste especial interés en el presente informe legal sobre todo en lo que atañe al empleado de banca respecto del conocimiento que pueda tener sobre algún tipo de vinculación de un cliente con algunos de los delitos considerados fuente del lavado de activos. La norma no solo exige como elemento subjetivo configurador del delito el *dolo directo*, o conocimiento seguro del origen ilícito de los activos, sino también admite la posibilidad de generar responsabilidad penal a partir del denominado *dolo eventual* que está presente en el supuesto de poder presumir el origen ilícito del activo. Con el dolo eventual no se requiere, por ejemplo, que el funcionario bancario conozca exactamente el origen ilícito del dinero o activos, sino basta con que tenga la probabilidad de saberlo, o lo hubiera podido presumir.²² Entonces todas las modalidades delictivas, llámese “actos de conversión y transferencia”, o “actos de ocultamiento y tenencia”, y sus “formas agra-

²² Cfr. al respecto, BACIGALUPO, Enrique (1997) *Principios de Derecho penal. Parte General* (4ª edic.) Madrid: Akal, pág. 231; STRATENWERTH, Günter (2005) *Derecho penal. Parte General I. El hecho punible* (4ª edic.). Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Buenos Aires: Hammurabi, págs. 192 y ss; VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe (2007) *Derecho penal. Parte General*. Lima: Jurídica Grijley, pág. 373.

vadas”, así como la “omisión de comunicación de operaciones sospechosas”, pueden ser realizadas con dolo directo o mediante dolo eventual.

Con esto, la fórmula del dolo eventual abre la posibilidad de que se pueda imputar responsabilidad penal en los casos donde –ante la existencia de indicios razonables– es posible “presumir” que los activos tienen una procedencia ilegal, y, contando con esta información, por ejemplo, se omite el reporte de la operación ante la instancia pertinente. Por eso incluso hoy en día en la normativa vigente de la SBS se exige al Oficial de Cumplimiento la obligación de reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera cuando tenga conocimiento que un cliente está siendo investigado por presuntas acciones de lavado de activos, llegando a enterarse de tal situación en virtud de una noticia aparecida en algún medio de comunicación. Esta cuestión es contemplada de modo específico por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Resolución SBS N° 838-2008 (Normas complementarias para la prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo), publicada el 06.04.08, que incorpora una modificación de la Resolución SBS N° 816-2005, como un supuesto de “infracción muy grave”, el no comunicar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que hubieren efectuado los clientes a partir de que se tome conocimiento por medios de difusión pública que dichas personas están siendo investigados o procesados por el delito de lavado de activos, delitos precedentes, el delito de financiamiento del terrorismo y/o delitos conexos. Debe precisarse no obstante, que la obligación de reportar no es automática a partir del conocimiento brindado por el medio de comunicación, sino es necesario que el Oficial de Cumplimiento realice una sumaria investigación a fin de comprobar que las operaciones llevadas a cabo por el cliente revisten efectivamente la condición de sospechosas.

A partir del panorama brevemente descrito en las líneas precedentes, constituye una exigencia imperiosa precisar los ilícitos penales que podrían ser incluidos dentro del denominado “delito fuente” o “delito previo”, para, a partir de ello, poder establecer qué clientes, al estar relacionados de alguna manera con uno de estos delitos, podrían resultar inmersos en una investigación penal por el delito de lavado de activos, trayendo consigo un problema de riesgo de imagen para el banco a causa de la vinculación contractual y también una carga jurídica por la obligatoriedad de reportar el caso ante la Unidad de Inteligencia Financiera.

Como hemos visto, la Ley penal contra el lavado de activos enumera una serie de delitos, pero deja abierta la posibilidad de incrementar el listado con otros delitos similares que generen ganancias ilegales. Pero la pregunta con-

creta que surge es: ¿Cuáles son esos delitos similares? Respondiéndose a esta pregunta, a continuación se da una propuesta interpretativa de qué delitos podrían ser considerados dentro de la categoría del “delito fuente”.

Sistematización del delito precedente

Como se anotó en el apartado anterior, el Artículo 6 de la Ley penal contiene una lista de los delitos fuente del lavado de activos. Si cabe apreciar un común denominador de todos esos delitos es el siguiente: a) se trata de *delitos graves*, por lo general sancionados con penas severas, y realizados en delincuencia organizada; y, b) *delitos que generan una ganancia económica* que se pretende sustraerá toda costa del sistema de persecución estatal para su incautación o decomiso.

En efecto, los delitos contemplados taxativamente por la norma, por ejemplo: tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, terrorismo, etc. están sancionados con penas privativas de la libertad severas precisamente a causa de su gravedad. Pero si bien el *quantum* de la pena constituye un referente esencial para determinar la gravedad del delito, ha tenerse en cuenta además que por lo general detrás de todos estos delitos está presente su vinculación profesional y empresarial con la delincuencia organizada²³. Por esta razón, no cualquier ilícito penal podría ser incluido dentro del grupo del “delito fuente”. Por ejemplo, no podrían ser considerados dentro de esta categoría los delitos culposos, considerados por la doctrina penal como delitos que revisten una menor gravedad. En el mismo sentido, tampoco el delito de violación de la libertad sexual calificaría como delito fuente, a pesar de su elevada penalidad, toda vez que este hecho punible es perpetrado usualmente de modo individual y no como parte de la delincuencia organizada, a lo que se agrega que esta figura delictiva en sí misma no genera una ganancia ilegal que afecte el sistema económico.

Que el delito fuente deba revestir cierta gravedad no agota el requisito para su configuración, sino, es necesario además –tal como lo exige el Artículo 6 de la Ley–, que “genere ganancias ilegales”. Esta cuestión es determinante para la admisión o exclusión de un ilícito penal dentro del grupo del “delito fuente”, pues se compagina con el fundamento general de la prevención y sanción de este

²³ Cfr. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pág. 254.

fenómeno delictivo que instituye el sistema normativo de la lucha contra el crimen organizado. Con esto se evidencia que el sentido normativo de la *ganancia ilegal* engloba tanto al tipo de delito, es decir, que debe ser grave y relacionado con la delincuencia organizada, como al poder de afectación del activo o dinero sucio escondido u ocultado contra el sistema de administración de justicia.

De este modo, cualquier ganancia obtenida tras la comisión de un delito no puede engrosar sin más la fila del delito fuente del lavado de activos. Por ejemplo: el dinero que pueda obtener una persona a quien le pagan para difamar a un personaje público en un medio de comunicación masiva tiene un origen ilegal. Es decir, aquí se advierte una ganancia derivada de un delito contra el honor (Artículo 132 del Código Penal). Sin embargo, si luego la persona deposita ese dinero en una cuenta de ahorros no podría considerarse que esté cometiendo un delito de lavado de activos, mucho menos el Oficial de Cumplimiento incurriría en responsabilidad penal si al sospechar o tener conocimiento directo del origen de este dinero no lo comunica a la Unidad de Inteligencia Financiera. Por muy incómodo o gravoso que pueda significar tener en el listado de clientes a alguien con semejante antecedente, tampoco fundamenta un deber para el empleado de banca de denunciar ante las autoridades, porque el delito de omisión de denuncia, contemplada como figura delictiva en el Artículo 407 del CP, estatuye un deber solo para quien por su profesión está obligado a hacerlo, básicamente el policía y el fiscal. El Oficial de Cumplimiento no es garante del estricto cumplimiento y vigencia de las normas penales, puesto que a él solo —y en estricto sensu— le asiste el deber de comunicar a la UIF el conocimiento de operaciones consideradas sospechosas conforme a la normatividad del sector financiero. Ahora, si por política de una ética bancaria y reputacional no se quiere quedar con las manos cruzadas, quedaría en todo caso a potestad del banco decidir si mantiene una vinculación contractual con un cliente de quien se sabe que parte de sus fondos provienen de alguna determinada actividad que no se enmarca en la legalidad, pero teniendo en claro que no se está ante un caso de lavado de activos.

En suma, establecido lo anterior, se tiene lo siguiente: la determinación del denominado delito fuente en el caso de los delitos considerados “similares que generen ganancias ilegales” deberá tener en cuenta que se trate de un *delito grave y que genere una ganancia económica*. No existe una regla matemática que con una probada exactitud nos ayude a precisar de qué delito estaríamos hablando en concreto. Por esta razón, es aconsejable que a partir de los dos requisitos señalados se tome en cuenta además los indicios concurrentes en

cada caso que deberán ser evaluados según el “buen criterio” exigido por la SBS para el empleado de la banca competente de velar por que su banco no sea utilizado por terceros con fines de lavado de activos.

A efectos de establecer una base mínima de los delitos que podrían ser afectados de manera natural como delitos fuente, se establece a continuación una enumeración de los mismos como propuesta de sistematización para la institución financiera.

El delito precedente debe ser coetáneo al delito de lavado

Conectado directamente con lo anterior se encuentra la situación del delito precedente cometido antes de la existencia de la primera tipificación del delito de lavado de activos, llevada a cabo por el D. Leg. 736, que adicionó los Artículos 296-A y 296-B al Código penal de 1991 con la única finalidad de reprimir los actos de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas. Prácticamente nos estamos refiriendo en estricto a hechos de narcotráfico que pudieron haber sido cometidos desde 1991 hacia atrás, por ejemplo en los años ochenta, setenta, sesenta, y, retrocediendo en el tiempo pudiéndose llegar únicamente hasta el 22 de marzo de 1949, fecha en que por Decreto Ley N° 11005, dado por la Junta Militar de Gobierno, se tipifica por primera vez en nuestro país el delito de tráfico ilícito de drogas de manera autónoma.²⁴

Por una parte, dada su lejanía temporal con el presente, muchos de esos hechos en caso de no haber sido judicializados, ni haber sido objeto de una sentencia firme, están firmemente prescritos de acuerdo a las reglas de la prescripción del Artículo 118 del Código penal de 1924.²⁵ El encontrarse prescritos es una razón poderosa para no dar lugar en la actualidad a una investigación por un supuesto delito de lavado de activos, puesto se entiende que una vez que opera la prescripción los bienes procedentes del delito previo pierden la contaminación

²⁴ Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl (1995) *Tratado de Derecho penal. Tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero*. T. IV. Lima, pág. 135. El autor informa que antes de la dación de este Decreto Ley solo existía la represión de la tenencia ilegal de insumos químicos iniciada con una Resolución Suprema de 25 de febrero de 1932, la misma que fue modificada por otra Resolución Suprema de 31 de marzo del mismo año.

²⁵ Cfr. al respecto ROY FREYRE, Luis Eduardo (1998) *Causas de extinción de la acción penal y de la pena* (2ª edic.), Lima, pág. 16.

que portaban,²⁶ siendo aplicable a este respecto los fundamentos expuestos en el apartado anterior (*Infra, II, 2*). Pero, además de estar prescritos, se añadirá a continuación otros fundamentos para reafirmar que es imposible la comisión de lavado de activos sobre un delito precedente anterior a la existencia de la propia ley que crea la figura delictiva del lavado de activos. Mejor dicho: no es aplicable el delito de lavado de activos a momentos anteriores a su entrada en vigor.

Precisamente el carácter encubridor del delito de lavado de activos obliga a las instancias de persecución penal a circunscribir su actividad de investigación únicamente a delitos precedentes que tengan una vigencia coetánea o simultánea con el de lavado de activos. Por una parte, desde el lado del delito precedente, merece tomar en consideración que el hecho, por ejemplo, de tráfico ilícito de drogas, que pudo haberse realizado antes de la dación del D. Leg. 736, o sea antes del 8 de noviembre de 1991, es imposible que adquiriera la condición de “delito precedente” de lavado de activos puesto que al no haber ostentado las acciones post-ejecutivas en el momento de su comisión una tipificación independiente a título de lavado de activos, todas esas acciones post-ejecutivas quedaron consumidas por el hecho previo del tráfico ilícito de drogas. La estructura dogmática de un delito autónomo no conectado con otro posterior, mejor dicho, la de un delito no conexo, tiene la particularidad de que el juicio de desvalor que recae sobre él incluye al todo, al delito completo, incluso a su momento post-ejecutivo,²⁷ de manera que el hecho ocurrido es tratado como un único hecho punible sin que a partir del mismo se pueda derivar una doble sanción, tanto a la comisión, como a los momentos post-ejecutivos. Entonces los hechos de tráfico ilícito de drogas cometidos en los años anteriores al 8 de noviembre de 1991 solo pueden dar lugar a una sola penalidad por dicho delito, y de ninguna manera a la vez por el delito de lavado de activos porque ¿al no haber existido este último en aquella época? quedó consumido por el delito de tráfico ilícito de drogas.

Desde la óptica del delito posterior se tiene que la extensión del ámbito de vigencia del delito de lavado de activos a hechos anteriores a su entrada en

²⁶ BARTON, Stephan (1993) “Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand an seiner der im Katalog des § 261 I Nr. 1-3 StGB bezeichneten Straftaten her?”, en *NStZ* 1993, pág. 164.

²⁷ Cfr. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, en RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo y JORGE BARRERIRO, Agustín (dirs.) (1997) *Comentarios al Código penal*, Madrid, pág. 863.

vigor en 1991 expone la aplicación de la ley a una confrontación inaceptable con el principio de legalidad y su garantía de la *irretroactividad de la ley penal*.²⁸ En efecto, conforme al Artículo 6 del Código Penal “*la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible*”, con lo cual, la ley penal que reprime el delito de lavado de activos solo será aplicable con todos sus elementos típicos a hechos acontecidos a partir de que dicha ley estuvo vigente hacia adelante y no hacia atrás. ¿Cómo podría aplicarse el D. Leg 736 a momentos comisivos anteriores a su vigencia cuando por su carácter conexo requiere que todos los elementos dogmáticos que definen la tipicidad del delito precedente como el del propio lavado de activos presenten una vigencia simultánea en el tiempo? La propia naturaleza jurídica del lavado de activos en sintonía con su objeto de protección impone tanto el delito precedente como el delito posterior deban tener una vigencia simultánea en el tiempo, razón por la cual el “momento del hecho”²⁹ del lavado de activos no es el mismo que el de cualquier otro delito: el momento comisivo de lavado fusiona en un solo significado la unidad de sentido de vigencia tanto del delito precedente como del delito posterior. Por lo mismo, una interpretación que desconozca la naturaleza sui generis de la configuración dogmática del lavado de activos atenta contra el principio de legalidad y la garantía de la irretroactividad de la ley penal. El sentido expuesto del principio de legalidad en los términos del Artículo 1, inc. 2.24 d de la Constitución, con la redacción “*nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley*”, así como su concreción en los términos del Artículo 6 del Código penal, que señala “*la ley penal aplicable es la vigente en el momento de la comisión del hecho punible. No obstante, se aplicará la más favorable al reo, en caso de conflicto en el tiempo de leyes penales*”, podrá gozar del máximo respeto cuando se entienda que la idea del “momento del hecho” en el caso del lavado de activos comunica una unidad conceptual y simultaneidad temporal de todos

²⁸ Cfr. sobre esta cuestión SCHÜNEMANN, Bernd (1978) *Nullapoena sine lege? Rechtstheoretische und verfassungsrechtliche Implikationen der Rechtsgewinnung im Strafrecht*, Berlín/New York 1978, págs. 24 y ss.

²⁹ JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., § 4-53.

los elementos o categorías integrantes de la definición dogmática tanto del delito precedente como del delito de lavado de activos.

De este modo se evidencia que la garantía de objetividad del principio de legalidad exige considerar en el ámbito del lavado de activos que ambos delitos, el precedente y el posterior, deban tener una vigencia coetánea o simultánea en el tiempo, siendo fundamental sobre todo para poder hablar de un delito de lavado de activos por su naturaleza dogmática de delito conexo. Solo así es posible determinar el sentido de relevancia del comportamiento punible con todos sus elementos típicos configuradores y el posible marco penal aplicable.³⁰ Por esta razón, todo hecho histórico anterior a la vigencia del D. Leg. 736 reúne tan solo la condición de un “*hecho histórico*”, de pura facticidad, carente de un desvalor que le imprima un sentido jurídico susceptible de imputación como “*delito precedente*”. Quiere decir que los posibles hechos de narcotráfico acontecidos en los años setenta, setenta y ochenta del siglo pasado solo representan pura facticidad para la normatividad posterior que crea el delito de lavado de activos porque incluso si tuviera que extenderse la aplicación de esta norma a hechos anteriores a su vigencia sería imposible detener el *regressus ad infinitum* con una clara vulneración inclusive del principio de prohibición de exceso. Justamente contra esta forma de extensión ilimitada de la persecución penal sobre la esfera de libertad del ciudadano se levanta el principio de prohibición de exceso para salvaguardar el derecho de defensa, el derecho de libertad de actuación, y los demás derechos fundamentales, cuando la intervención penal recae sobre ámbitos donde no existe identificado claramente un objeto de protección, o donde “*no hayan bienes jurídicos que las leyes penales garantizan.*”³¹

Acorde al contenido de la prohibición de exceso tenemos lo siguiente: *no es idónea* una investigación por lavado de activos sobre hechos anteriores y distantes en el tiempo a la ley antilavado donde se pudieron haber generado las ganancias ilegales. Lo idóneo presupone una legitimación constitucional de la medida estatal para la protección de los derechos fundamentales y no para su recorte. ¿Qué derecho fundamental, o, en términos penales, qué “bien jurídico” se estaría protegiendo con la persecución penal contra un supuesto acto de lavado sobre un hecho precedente acaecido, por ejemplo, en el S. XIX? La pregunta es legítima

³⁰ Esta es una exigencia de validez de la ley conforme al principio de legalidad, cfr. JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, ob. cit., § 4-48.

³¹ Cfr. BERNAL PULIDO, Carlos (2005) *El Derecho de los derechos*. Bogotá, págs. 134 y ss.

porque ante la imposibilidad de limitar el *regressus ad infinitum* de la persecución penal podría incluso llegarse a perseguir en la actualidad a los descendientes de muchos españoles de la conquista que se enriquecieron indebidamente con el oro del Perú. La ilegalidad e inconstitucionalidad de esta medida es evidente. En el mismo sentido *no es necesaria* una persecución penal actual contra hechos anteriores a la vigencia del D. Leg. 736 porque si bien en las décadas pasadas no existía el delito de lavado de activos, sí estaba penado sin embargo en esos tiempos el delito precedente. Encontrándose tipificado por ejemplo el delito de tráfico ilícito de drogas, éste pudo haberse investigado conforme a esta normatividad y sancionado según corresponda aplicándose a su vez las consecuencias de naturaleza reales sobre los efectos del delito. Que no se haya llevado a cabo en su oportunidad la persecución penal por el delito mismo, motivo por el cual los hechos quedaron prescritos, revela una incompetencia de las instancias de persecución del Estado que no puede cargarse fácilmente sobre el ciudadano con el recorte de sus derechos fundamentales. Esta cuestión pone de manifiesto además que *no es proporcional* extender el alcance del D. Leg. 736 a hechos anteriores de su vigencia porque la aplicación retroactiva de esta norma, además de ser *in malam partem*, no tendría un tope fijo en el regreso temporal hacia el infinito, por lo que el grado de afectación del derecho fundamental se torna en intensamente ilimitado que impide toda posibilidad de ponderación entre el objetivo de la persecución penal (lo que sacrifico) y la consecución de su objetivo (lo que consigo). Obviamente nada justifica el recorte ilimitado de los derechos fundamentales del ciudadano a favor de la persecución estatal carente de objeto de protección y cubierta de una ilegítima aplicación retroactiva en perjuicio de las libertades del ciudadano. Por consiguiente, además de ilegítima, deviene en inconstitucional la extensión de los alcances del D. Leg. 736 a momentos anteriores a su vigencia.

El autolavado impune

Una consecuencia directa de la naturaleza jurídica del delito de lavado de activos es su semejanza con el delito de encubrimiento, siendo relevante a este respecto impedir el ocultamiento de los bienes de origen ilícito para que no ensucien o negreen el tráfico lícito de bienes. Estas consideraciones traen como consecuencia dogmática directa la imposibilidad jurídica del auto-lavado. Dicho de una forma más clara: la naturaleza jurídica del lavado de activos tiene como

elemento propio de su configuración el encubrimiento, y, como el auto-encubrimiento es impune, el “auto-lavado” también lo es. Así no cabe un castigo contra la misma persona que interviene tanto en el delito previo (generador del activo) como en el hecho posterior (integración del activo en el sistema económico). Se consolida de esta forma la garantía para el ciudadano de no ser objeto de una doble sanción por cometer un solo delito: el delito previo. Los actos posteriores de lavado solo son para él únicamente actos de ocultamiento, encubrimiento u agotamiento de los bienes y activos obtenidos por el delito anterior.³²

Es muy importante destacar que la imposibilidad de punir el auto-lavado emerge de la propia interpretación dogmática de los elementos configuradores de los tipos penales de la Ley 27765, interpretación que, como se anticipó, es hecha también en el marco general del sentido jurídico impregnado en los instrumentos internacionales sobre la materia. Por esta razón, un sector de la doctrina más autorizada tras interpretar la norma en mención afirma acertadamente que:

*En los actos de lavado solo intervienen como autores personas ajenas, totalmente, a los actos generadores del capital o bienes ilegales. Vale decir, el agente no debe estar directa ni indirectamente vinculado con la ejecución de los delitos que produjeron el capital ilegal.*³³

En este sentido hay que rechazar de plano la consideración que con el lavado de activos se protege la licitud del tráfico de bienes o el sistema económico. Esta es una posición que no se condice en lo absoluto con el espíritu de la Ley 27765 ni con los instrumentos internacionales en los que tiene su fuente de inspiración. Que el legislador no haya ubicado al delito de lavado de activos dentro del capítulo correspondiente a los delitos económicos dentro del Código penal ya revela algo. Si bien la ubicación sistemática en el Código penal no es determinante sobre la naturaleza intrínseca del tipo penal, aporta sin embargo un indicio relevante a considerar acerca de la estructura y naturaleza jurídica del mismo. Por esta razón, si bien el orden económico se ve contaminado con el “dinero sucio” proveniente de delitos precedentes, esta contaminación es en

³² Cfr. al respecto, STRATENWERTH, Günter (1990) *Besonderer Teil I und II. Teilrevision 1987 bis 1990*. Berna, §4, n° marg. 1 ss.; ARZT, “Geldwäsche und rechtsstaatlicher Verfall”, ob. cit., págs. 913 y ss.

³³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto (2006) “La represión del delito de lavado de activos”. En: *Actualidad Jurídica*, T. 154, Lima Set-2006, pág. 95.

abstracto por lo que no puede hablarse con ello propiamente de un perjuicio para dicho orden, que más bien en el mejor de los casos se ve beneficiado con la inversión de la ganancia ilícita ejemplificado en la creación de nuevas empresas, generación de empleos, ganancias en la recaudación de impuestos, etc. No veo por qué complicar las cosas cuando la finalidad de la norma está puesta claramente en atacar la utilización de los activos generados por el delito previo, evitar sobre todo que los mismos no faciliten la comisión de otros delitos. Con esto, se ataca el hecho del lavador de poner a salvo las ganancias ilícitamente obtenidas por el delito previo a los ojos de la administración de justicia obstruyendo así las actuaciones de sus órganos de persecución penal y sus acciones de naturaleza reales como la custodia de bienes, la incautación, el decomiso, la administración judicial, etc.

El problema que genera reconocer el delito de lavado de activos como un delito económico conduce a la incongruencia dogmática de tener que castigar a una misma persona tanto por generar ganancias ilícitas (delito fuente), como por disfrutar de las mismas (lavado de activos). Inadvertidamente esta tesis conduce a legitimar la punición del auto-encubrimiento, que es impune a todas luces. El Estado de Derecho es puesto en duda mediante la vulneración del principio *non bis in idem* porque duplicar la sanción comunica un exceso del poder sancionador de doble valoración de un hecho con una doble reacción sancionatoria frente al mismo hecho.³⁴

Una visión económica del problema solo se preocupa de salvaguardar en abstracto el sistema económico de la contaminación de activos ilegales, mientras una concepción judicial del lavado de activos coloca la problemática en su correcto sentido material como una forma de *auxilium post factum* ayuda criminal a un hecho punible ajeno.³⁵ En este contexto tiene mucha razón Blanco Cordero al afirmar que:

Si bien es cierto que se está articulando una estrategia de lucha contra el blanqueo de capitales sancionando penalmente el encubrimiento del origen delictivo de los bienes, el orden económico no

³⁴ Cfr. BENLLOCH PETIT, Guillermo (1998) "El principio de non bis in idem en las relaciones entre el Derecho penal y el Derecho disciplinario". En: *Revista del Poder Judicial*. N° 51, 1998, pág. 307.

³⁵ Cfr. LAMPE, Ernst Joachim (1994) "Der neue Tatbestand der Geldwäsche (§ 261 StGB)", en *JZ* (1994), págs. 123 y ss.

*se configura como el bien jurídico prevalentemente protegido (...). Por eso cabe indicar que, con base en la naturaleza del Artículo 301 CP [Código penal español] el bien jurídico protegido es la Administración de justicia. Solo de forma subsidiaria o mediata se puede decir que protege el orden económico. Por tanto, al igual que en países como Alemania, Suiza e incluso Italia, se configura el delito de blanqueo de capitales como un delito contrario a la Administración de justicia.*³⁶

En los actos de conversión y transferencia (Artículo 1) se advierte la preservación de la administración de justicia cuando la regulación positiva confiere a los activos ilícitos la condición de *activos pasibles de incautación y decomiso*, o sea, la de efectos del delito previo que generó la ganancia ilícita y que el autor pretende sustraer de su identificación y ubicación. Lo mismo ocurre en los actos de ocultamiento y tenencia (Artículo 2) donde se aprecia con mayor notoriedad que el fundamento del injusto está puesto en el acto de encubrimiento u *ocultación* de un activo con la finalidad de impedir su identificación, incautación y decomiso. No cabe duda que en este aspecto el lavado de activos muestra una estructura similar a la del encubrimiento real.³⁷

³⁶ BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., págs. 196 y ss. En efecto, en el Derecho penal europeo de tradición romano-germánica constituye un lugar común en la legislación y doctrina dominantes el reconocimiento que mediante el castigo del delito de lavado de activos se protege esencialmente la administración de justicia. Así, por ejemplo: el CP español en el Artículo 301, CP alemán en el § 261, CP austriaco en el § 165, el CP Suizo en el Artículo 305, y el CP italiano en el Artículo 648. En la doctrina destacan STRATENWERTH, Günter (1994) *Besonderer Teil I und II. Teilrevision 1987 bis 1990*. Berna, § 4, n° marg. 2; LAMPE, JZ 3 (1994), págs. 123 y ss.; LAMPE, "Der neue Tatbestand der Geldwäsche", ob. cit., pág. 123; ANTOLISEI, *Manuale di Diritto penale. Parte Speciale I* (10ª edic.) (1992) Milán, pág. 192. Mucho más sobre la bibliografía europea en ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos (2000) *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid-Barcelona, págs. 77 y ss.; BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., págs. 183 y ss.; SCHÖNKE/SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch* (2006) (27ª edic.) München, § 261; KINDHÄUSER, Urs, *Strafgesetzbuch. Lehr- und Praxiskommentar* (2006) (3ª edic.) Baden-Baden, § 261.

³⁷ Lo reconoce la propia CICAD en una obra monográfica (sin fecha) con el título *El delito de lavado de activos como delito autónomo*, en http://www.cicad.oas.org/Lavado_Activos/ESP/Monographs.asp, p. 32: "a partir del análisis de la legislación comparada e internacional se puede apreciar claramente que el lavado de activos tiene gran similitud con el delito de encubrimiento".

Esta es una cuestión dogmática que, por ejemplo, se puede notar más claramente en el caso alemán, donde el legislador ha plasmado expresamente en el § 261.9.2 del Código penal vigente (parágrafo que regula el delito de lavado de activos) que “no será castigado quien es punible por su intervención en el hecho previo”, y también en el caso del Código Penal austríaco, en el § 165.1, que castiga como delito de lavado exclusivamente el “ocultar o dificultar el origen de las ventajas patrimoniales provenientes de un delito (...) cometido por otro”. En otras palabras, el círculo de autores y partícipes del delito de lavado de activos está limitado solo a las personas que no han intervenido en el delito previo. Esta es la consecuencia dogmática del objeto de protección de la administración de justicia que subyace al lavado de activos, en virtud del cual no cabe sancionar penalmente al autor o partícipe del delito previo por el hecho posterior, toda vez que éste reviste para él la naturaleza de un auto-encubrimiento impune que le blindo de la exigencia de entregarse a la administración de justicia: la inexigibilidad de otra conducta viene aquí a constituir el fundamento de la impunidad. Estamos así ante auto-encubrimiento real donde la ocultación de los bienes y activos constituyen verdaderos actos inexigibles de evitación de la entrega a las autoridades de la persecución penal.

En esto radica también la diferencia del lavado de activos con la receptación. En el caso de la receptación el objeto de protección es el mismo del delito previo,³⁸ por ejemplo, el patrimonio común para el hurto y la receptación, mientras que en el lavado de activos el objeto de protección del delito previo es distinto al del delito posterior, a saber: en la defraudación tributaria como delito previo el objeto de tutela es el sistema tributario, mientras que la conversión de su ganancia ilícita tiene a la administración de justicia como centro de protección. Se consagra así el privilegio de un auto-encubrimiento no punible para el lavado de activos, o privilegio del *auto-lavado impune* en la medida que todos los actos de obstrucción en la identificación de los bienes de origen ilícitos constituyen una “consecuencia natural” del injusto del delito previo.³⁹

El privilegio de la impunidad del auto-encubrimiento se encuentra en el Derecho nacional en la regulación de los Artículo 404 (encubrimiento personal), Artículo 405 (encubrimiento real), y, sobre todo, el Artículo 406 (excusa absolutoria)

³⁸ Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pág. 82.

³⁹ Cfr. ACKERMANN (1992) *Geldwäscherei-Money Laundering. Eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und er Schweiz*, Zürich, pág. 206, citado por BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pág. 483.

del Código penal, que declara “*exento de pena*” a quien realiza cualquiera de las dos formas de encubrimiento mencionadas si sus relaciones con la persona favorecida son tan estrechas como para excusar su conducta. ¿Qué mayor grado de estrechez de relación que la del autor o partícipe consigo mismo? Esta cuestión se extiende al delito de lavado de activos por el tronco común que los une con la consecuencia directa de evitación de una doble responsabilidad del sujeto activo tanto por el delito previo como por el posterior lavado.

Como se anotó, el fundamento dogmático radica en la no exigibilidad de otra conducta⁴⁰ porque sencillamente no se puede exigir a una persona que ha cometido un delito a entregarse a la justicia y entregar igualmente los bienes y activos generados por su propio delito para no ser sancionado doblemente. La norma estaría exigiendo así una autoinmolación punible con la siguiente contradicción: el autor del delito previo para no recibir una doble sanción (la segunda por el delito de lavado) estaría obligado en los actos de conversión y transferencia a facilitar a la administración de justicia la identificación del origen del activo generado por su delito, y en los actos de ocultamiento y tenencia a poner al descubierto de la administración de justicia los bienes, efectos y ganancias de su delito. En el lavado de activos el autor quebranta así un deber de autoinculpción, esto es: ¡Un deber jurídico inexistente! Si cabe una autoinculpción válida en el Derecho penal, ella jamás tiene la forma de un deber jurídico, sino de una potestad del propio inculpado reconocida por el Ordenamiento penal y procesal penal como parte del derecho a la autodefensa en el marco de las normas penales premiales de una justicia negociada. Por lo mismo, como no se le puede exigir puniblemente al delincuente que se descubra o autoentregue ante los órganos de persecución penal, deviene impune todo acto suyo que signifique eludir la acción de la justicia. Jakobs da en el clavo a este respecto: “*el Derecho no puede exigir un comportamiento y simultáneamente considerarlo antijurídico sin contradecirse a sí mismo*”.⁴¹

⁴⁰ Cfr. al respecto STRATENWERTH, Günter (2005) *Derecho penal. Parte general I. El hecho punible* (4ª ed.). Trad. Manuel Cancio Meliá y Marcelo Sancinetti. Buenos Aires, pág. 314, donde expresamente menciona el caso del encubrimiento impune de un familiar, haciéndose más notorio el encubrimiento respecto de sí mismo; legitima también la inexigibilidad JAKOBS, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., págs. 688 y ss.

⁴¹ JAKOBS, Günther (1997) *Derecho penal. Parte general: fundamentos y teoría de la imputación*. Trad. de Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo. Madrid: Marcial Pons, pág. 711.

Excepción normativa en el Derecho penal nacional: auto-lavado punible en todo caso solo desde julio de 2007 en adelante

El instrumento internacional que más claramente establece el privilegio del auto-encubrimiento impune en el ámbito del lavado de activos es el Convenio del Consejo de Europa o Convención de Estrasburgo, que en el Artículo 6.2.b se decanta por la inaplicación del delito de blanqueo de dinero a la persona que comete el delito previo. Esta regulación trae como consecuencia dogmática que autor y partícipe del lavado de activos solo puede ser la persona que realiza los actos de conversión y transferencia sobre activos de origen ilícitos generados por una tercera persona, más no por él mismo.

En el caso peruano este principio rige desde la dación de la Ley 27765, Ley penal contra el lavado de activos, de 27 de junio de 2002. Si bien el principio no se lee de una forma expresa en esta ley, ello no impide su potencial de vigencia por cuanto la validez de los principios no depende de un reconocimiento expreso del mismo en una ley.⁴² Por lo tanto, el principio del auto-lavado impune rige plenamente para la investigación, juzgamiento y aplicación de la ley a los supuestos casos de lavado cometidos por el mismo autor del delito precedente a partir de la fecha en mención. Ahora bien, encontrándose vigente este principio sin ninguna causa que la limite, el 22 de junio de 2007 el legislador emitió el Decreto Legislativo 986, es decir, casi cinco años después de la entrada en vigor de la Ley 27765, mediante el cual incorpora considerables modificaciones a la ley antilavado originaria. Entre una de las modificaciones destaca el añadido de un último párrafo al Artículo 6 de la Ley 27765 con el siguiente tenor: “También podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavados de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”.

Las consecuencias extraíbles a partir de esta modificación son las siguientes:

- a) La confirmación de la *impunidad* del auto-lavado a los hechos comprendidos en un espacio temporal entre el 27 de junio de 2002 y el 22 de julio de 2007;

⁴² Fundamental a este respecto, POLAINO NAVARRETE, Miguel (2008) *Introducción al Derecho penal*. Lima, pág. 168: “los principios provienen de valores superiores del ordenamiento positivo, que en general, trascienden el ámbito del Derecho penal”; asimismo, ALEXY, Robert (1997) *Teoría de los Derechos fundamentales*. Trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, págs. 29 y ss.; LUHMANN, Niklas (1986) *GrundrechtealsInstitution* (3ª edic.). Berlín, págs. 164 y ss.

- b) la introducción en el Derecho nacional de una *excepción legal* al principio general informador de que el autor del delito previo generador de los bienes ilícitos no puede ser autor del delito de lavado.

La excepción a la impunidad del auto-lavado declarada por el D. Leg. 986 responde en realidad a la tendencia moderna de punir al máximo las acciones de lavado de activos en todas sus manifestaciones, sobre todo dentro del contexto de la anticipación de las barreras de la punibilidad en un mundo globalizado que se ve cada vez más afectado por una delincuencia de carácter transnacional. Justamente como el principio del auto-lavado impune se originó en los propios instrumentos internacionales, en ese mismo ámbito posteriormente se introdujeron excepciones al mismo pero esta vez no de orden dogmáticas que proveen de garantía al ciudadano, sino de necesidades político-criminales orientadas a reprimir con mayor drasticidad estas conductas delictivas sin dejar pendientes cabos sueltos por donde los lavadores puedan sustraerse a las acciones de la justicia penal.