



Dino Carlos Caro Coria^(*)

Lavado de Activos provenientes del Delito Tributario^{(**)(***)}

Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax

Resumen: Aunque múltiples legislaciones tipifican el blanqueo de activos que proceden de un delito tributario, en concordancia con los postulados del GAFI y otros organismos internacionales, en esta contribución se defiende que el espacio para la comisión de estas formas de lavado, es bastante reducido. En la medida que no es aceptable la tesis de la contaminación total del patrimonio del defraudador, la dimensión del lavado de activos está condicionada, como en todos los casos de blanqueo, a la identificación segura, con las mínimas garantías probatorias, de los concretos bienes que provienen de un delito anterior. Si a ello se suma que la prescripción del delito tributario y la llamada regularización tributaria dan lugar a la descontaminación del objeto material, entonces el ámbito de estas formas de blanqueo es aún más acotado. Por lo demás, este grupo de delitos proporciona un terreno bastante fértil para interpretaciones estrictas, cuando no restringidas, conforme a la imputación objetiva, como se aprecia por ejemplo en el tratamiento de los casos de mezcla de bienes.

Palabras clave: Lavado de Activos - Delito Tributario - Postulados GAFI

Abstract: Although many legal systems criminalizing the laundering of assets derived from a tax crime, in accordance with the principles of the FATF and other international bodies, in this contribution it is argued that the space for the commission of these forms of washing is quite small. Insofar as is not acceptable the thesis of the pollution of the total assets of the fraudster, the scale of money laundering is conditioned, as in all cases of laundering, to secure identification, with the minimal evidentiary guarantees of specific goods that come from a previous crime. If this is added to the prescription of tax crime and to the called tax adjustment, it originates the decontamination of the material object, then the scope of these forms of laundering is even

(*) Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca/España. Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Socio Fundador y Gerente General del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com) y Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

(**) Esta contribución corresponde a la ponencia presentada el 28 de mayo de 2014 en el Seminario de Derecho Penal y Procesal Penal de la Cátedra del profesor Dr. Daniel Pastor en la Universidad Buenos Aires, y en el Seminario "Lavado de Activos y *Compliance*: comparación Perú-Alemania" organizado en Göttingen el 18 y 19 de septiembre de 2014 por el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen.

(***) Nota del Editor: El presente artículo fue recibido el 20 de abril del 2015 y aprobada su publicación el 30 de abril del mismo año.

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

more limited. Furthermore, this group of crimes provides a fertile ground for strict interpretations, or even restricted, accorded to the objective imputation, as seen for example in the treatment of cases of goods mix.

Keywords: Money Laundering - Tax Crime - GAFI Principles.

1. Introducción

La casuística en torno a la relación entre el lavado de activos y el delito tributario es especialmente compleja. Ambos delitos aparecen en ocasiones entremezclados, de modo que puede evidenciarse dos grupos de casos.

En el primero de ellos, el objeto material deriva del lavado de activos y se discute si existe o no la obligación de pagar tributos por las rentas ilícitas generadas por el blanqueo⁽¹⁾. Por ejemplo, en la Sentencia 649/1996 de 17 de Diciembre de 1996, el Tribunal Supremo⁽²⁾ estableció que los procesados, conociendo las actividades relativas al transporte y distribución de droga a la que se venían dedicando personas íntimamente relacionadas con ellos, invirtieron en el mercado los beneficios pecuniarios que dichas personas obtenían con las ilícitas actividades. Para dar apariencia de licitud, efectuaron operaciones de divisas en la entidad bancaria y se valieron de un complejo societario de propiedad de una empresa constituida para tal efecto en Panamá, en cuyas operaciones insertaron dinero ilícito. Durante los años 1987 y 1988 los procesados tuvieron incrementos patrimoniales por actividades ilícitas, los que fueron ocultados a la hacienda pública. El Tribunal Supremo resolvió condenar a los procesados por el delito de recepción y por delito fiscal.

Dada la amplitud de la línea jurisprudencial marcada por precedentes como el anterior, la Sala II de lo Penal del Tribunal Supremo español, en la Sentencia 113/2005 de 15 de Setiembre de 2005, estableció limitaciones a la posibilidad

de imputar un delito tributario en los casos de desbalance patrimonial, imponiendo una regla de persecución subsidiaria. La Sentencia indica que:

“Esta Sala Casacional ya ha declarado que tales incrementos patrimoniales cuando son consecuencia directa de un delito no pueden servir, a su vez, para formar una omisión tributaria que configure delito fiscal, al menos si no ha existido una posterior transformación en otros activos patrimoniales (...). En consecuencia los delitos fiscales deducidos de incrementos patrimoniales que podrían tener origen delictivo deben ser en todo caso objeto de investigación y acusación, como delito contra la hacienda pública pues solamente si el delito del que proceden los ingresos es finalmente objeto de condena podrá absorber las infracciones fiscales, pero si no lo es por cualquier causa, los delitos fiscales deberán ser autónomamente sancionados”.

En el segundo grupo de casos sucede lo contrario, el delito tributario es el delito precedente o fuente del lavado de activos. Esta posibilidad viene impulsada por los organismos supranacionales que impulsan la prevención y la persecución del blanqueo de capitales, en particular por las nuevas 40 recomendaciones del *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) de 2012 que incorpora expresamente, como delito determinante los “*delitos fiscales* (relacionados con impuestos directos e impuestos indirectos)”⁽³⁾, opción que ya ha sido asumida por la legislación de múltiples

(1) Véase Luis Miguel Reyna Alfaro, *ADPE* 1 (2011), 97 y siguientes.

(2) Sobre la relación entre delito fiscal y blanqueo de capitales en la jurisprudencia española véase la STC 974/2012 de 5/12/2012, en <http://www.poderjudicial.es/search/doAction?action=contentpdf&database=TS&reference=6603543&links=blanqueo&optimize=20130116&publicinterface=true>. Sobre las implicancias de esto para el lavado de dinero véase: Kai Ambos, *Defraudación tributaria como hecho previo*, también Enrique Bacigalupo, *Delito fiscal y blanqueo*, también en otros pasajes.

(3) FATF/OECD, *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación*, *Las Recomendaciones del GAFI* (Paris, 2012), 120. También véase: FATF, *Methodology*, en <http://www.coe>.



Dino Carlos Caro Coria

estados⁽⁴⁾, incluyendo el Perú donde la Unidad de Inteligencia Financiera ha emitido de enero de 2007 a junio de 2014 un total de 41 Informes de Inteligencia Financiera por potenciales delitos de lavado de activos derivados de la defraudación tributaria⁽⁵⁾ y que involucran un total de US\$166 000 000,00.

Como ejemplo tipo, en el sentido que corresponde a la realidad criminológica de varios países, puede citarse el siguiente: X, peruano domiciliado en Perú obligado a pagar el 30% de impuesto a la renta, tiene ganancias ascendentes a US\$100 000,00 fruto de una actividad lícita. X deposita o hace que le depositen dicha suma en una cuenta bancaria panameña. El día N nace la obligación tributaria de X, pero éste valiéndose de cualquier artificio fraudulento, por ejemplo la emisión de falsos comprobantes de pago, omite pagar los US\$30 000 por concepto de impuesto a la renta.

En este caso el delito de lavado de activos no se consuma el día N, cuando habiendo nacido la obligación tributaria y estando dentro del hecho imponible, X omite pagar los US\$30 000. X no consuma el delito de lavado de activos con la mera tenencia del dinero ilícito en la cuenta bancaria debido a que la sola posesión forma parte del delito precedente, la defraudación tributaria. La consumación se daría si X realiza transferencias, compras, alquileres, o cualquier otro acto tendente a insertar en el tráfico comercial legal el dinero obtenido ilícitamente, dándole apariencia de legalidad. También habría consumación si la tenencia del dinero en una cuenta extranjera tiene por finalidad encubrir y ocultar la procedencia delictiva del dinero frente a los actos persecutorios de la administración de justicia, por ejemplo a través del depósito del dinero en una cuenta cifrada, desde una cuenta nominativa donde se percibió la renta omitiéndose el pago del tributo fraudulentamente.

Son múltiples los problemas que surgen en torno a este grupo de casos: desde la delimitación del objeto material para efectos de la comisión del delito de lavado de activos hasta el tratamiento de los casos de contaminación y descontaminación de los bienes que conforman la llamada cuota tributaria. En lo que sigue me ocuparé de este grupo de casos, dejando de lado en esta ocasión el interesante problema de la obligación de pagar impuestos por las rentas de fuente ilícita.

2. La Cuota Tributaria Como Objeto Material

En términos generales, el objeto material en el delito de lavado de activos se concreta en los bienes originados en un delito anterior⁽⁶⁾. Esta regla se observa claramente, por ejemplo, en los artículos 1, 2, 3 y 10, párrafo segundo, del Decreto Legislativo 1106 de Perú y en el artículo 303.1 del Código Penal argentino que se refiere a “bienes provenientes de un ilícito penal”⁽⁷⁾. Ello implica una remisión general a todos los actos delictivos capaces de generar ganancias, entre ellos, los delitos tributarios. Sin embargo, las diferentes modalidades de estos delitos han generado un debate respecto a si el producto del delito tributario puede ser, en todos los casos, objeto material del lavado de activos.

En tal sentido, no existen mayores dudas en considerar, por ejemplo, que en los casos de

int/t/dgh/monitoring/moneyval/evaluations/Key_documents_en_files/FATFmethodology_en.pdf; (30.11.2014). En relación con la acción del GAFI y la lucha del terrorismo internacional véase Roberto Durrieu, *Rethinking*, también en otros pasajes, Ehlscheid-Pfeiffer, *Handbuch*, 199, también Holley, *Terrorismusbekämpfung*, también en otros pasajes.

(4) Australia, Finlandia, Alemania, Francia, Grecia, Islandia, Suecia, Portugal, Argentina, España, Italia, Bélgica, Reino Unido, Austria, Brasil, Holanda, Véase Roberto Durrieu, *La Ley*, (2013), 87.

(5) Véase: http://www.sbyos.gob.pe/repositorioaps/0/2/jer/esta_transparenciaoperativa/2014/20140801-BolEst-Junio_2014.pdf

(6) En la doctrina alemana, véase en relación con el objeto del delito de lavado de dinero y el denominado hecho previo (*Vortat*): Barton, *NStZ* (1993), 159; Bernsmann, *StV*, 47-49; Helmers, *ZStW* (2009), 511-513; Voß, *Die Tatobjekte*, 52 y siguientes; Altenhain, *Das Anschlußdelikt*, 393 y siguientes; Ogbamichael, *Deutsche Geldwäscherecht*, 18; Altenhain-NK, §261, 506 Rn 51 y siguientes; Jahn, §261; 1623, Rn. 15 y siguientes; Ruhmannseder, §261, 1817. Rn. 7; Degen, *Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft*, 111; Leip, *Geldwäsche*, 57 y siguientes; Fischer, *StGB*, 1853 y siguientes.

(7) Roberto Durrieu, *La Ley* (2013), 87.

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

obtención fraudulenta de devoluciones o de subvenciones⁽⁸⁾, lo obtenido puede ser objeto de lavado de activos, en especial porque se produce un traslado de dinero de las arcas públicas al patrimonio del defraudador⁽⁹⁾.

La polémica se centra más bien en determinar si la denominada cuota tributaria (esto es, el tributo que se ha dejado de pagar o que el Estado ha dejado de recaudar) puede considerarse como objeto material del lavado de activos, pues en este caso el delito tributario no produce bienes, dinero o activos que no estuvieran ya en poder del defraudador⁽¹⁰⁾.

La cuota defraudada incluye la cantidad de dinero dejada de pagar ante el surgimiento de un hecho imponible, el cual incluye los incrementos patrimoniales no justificados. En estos últimos casos, las legislaciones suelen imponer una carga impositiva.

Según un sector doctrinal la cuota defraudada no puede ser objeto material del delito de lavado. Para ello suele acudir a cuatro tipos de argumentos:

a) Falta de objeto material; como señala Quintero Olivares, el objeto material del delito de blanqueo corresponde a bienes que el autor obtiene mediante el delito previo, *el autor obtiene algo que no tenía antes del delito*. Pero el dinero de quien no pagó sus impuestos no es dinero *producto* del delito fiscal, de modo que no puede ser objeto del delito de blanqueo⁽¹¹⁾. De modo similar, Choclán Montalvo considera que la defraudación tributaria tiene la estructura de un delito de omisión y a su juicio el delito previo en el blanqueo de capitales no puede ser omisivo, porque no puede establecerse una relación causal entre la acción omitida

(pagar el tributo) y los bienes ya incorporados al patrimonio del defraudador, la ganancia de una actividad lícita no deviene en ilícita por el solo hecho de que no se tribute por ella⁽¹²⁾.

- b) Atipicidad de la conducta por violación del principio de *ne bis in idem*; el defraudador normalmente hace uso de la cuota tributaria, la convierte, la transfiere o la oculta, de modo que con ello ya estaría cometiendo a la vez lavado de activos. Ello es más patente en aquellos sistemas que sancionan como lavado la simple posesión del bien procedente de un delito (artículo 301.1 del Código Penal español, § 261 (2) 2 del StGB⁽¹³⁾) o la mera tenencia (*guarda, mantiene en su poder*, artículo 2 del Decreto Legislativo 1106 de Perú).
- c) Si prescribe el delito fiscal, el defraudador podrá ser perseguido por lavado de activos, en la medida que la mayoría de legislaciones sanciona la simple posesión, tenencia u ocultamiento, que son modalidades de lavado que se cometen de modo permanente. Ello desde luego para quienes consideran que la prescripción del delito previo no descontamina los bienes, postura que he refutado en otra ocasión⁽¹⁴⁾ y sobre la cual se volverá más adelante⁽¹⁵⁾.
- d) Desde el punto de vista político criminal se considera que con ello se desnaturaliza el

(8) Como en el caso del § 261 (1) *in fine* del StGB.

(9) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (2011), 01-15, respecto a los distintos problemas que esto representa en la legislación alemana véase, por ejemplo, Voß, *Die Tatobjekte*, 82 y siguientes.

(10) En concreto sobre este supuesto, Voß, *Die Tatobjekte*, 146 y siguientes; Thomas Fischer, *StGB*, 1853 y siguientes; Kai Ambos, *La defraudación tributaria como hecho previo*.

(11) Gonzalo Quintero Olivares, *Actualidad jurídica Aranzadi* (2006), 5 y 6.

(12) Jose Antonio Choclán Montalvo, en *Revista Jurídica General, Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid* 37 (2007), 163.

(13) Aunque en el sistema alemán, conforme al § 261 (9) *in fine* no se sanciona al autor del autolavado si es que es punible su participación en el delito precedente.

(14) Dino Carlos Caro Coria, *ADPE* 2 (2012), 217.

(15) Sobre la cuestión de la contaminación del patrimonio del autor del delito previo véase Leip/Hardtke, *wistra*, 281 y siguientes, y en concreto del patrimonio del defraudador: Voß: *Die Tatobjekte*, 122 y siguientes. También Kai Ambos, *Defraudación tributaria como hecho previo*.



Dino Carlos Caro Coria

sentido del delito de lavado de activos, pues se convierte en una herramienta más de control y recaudación fiscal.

Estos argumentos sin embargo se oponen al sentido de la legislación penal. En el caso peruano por ejemplo, el artículo 10, párrafo segundo, del Decreto Legislativo 1106 señala de modo expreso como delito fuente los delitos tributarios. El artículo 303.1 del Código Penal argentino y el artículo 301.1 del Código Penal español se refieren en general a *bienes provenientes de un ilícito penal* y a bienes que *tienen su origen en una actividad delictiva*, expresiones que se remiten de modo amplio a cualquier delito capaz de generar una ganancia ilícita. En el caso de la regulación alemana, si bien se cuenta con un catálogo cerrado de delitos fuente, se incluye de modo expreso determinados delitos tributarios conforme al § 261 (1) 3, 4 b y 5, párrafo 2.

Ahora bien, frente al argumento relativo a que en el delito tributario por defraudación de la cuota correspondiente el autor no recibe nada nuevo y su patrimonio no se ve incrementado, se han formulado críticas recurriendo a las teorías de la causalidad. Como señala Blanco Cordero:

“La conexión entre el bien y la actividad delictiva previa ha de ser de tipo causal (...) En el momento en que esto es así, decimos que los bienes están contaminados”⁽¹⁶⁾, “Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia”, “Existe también conexión causal y, por lo tanto, contaminación, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. En este caso, se puede afirmar que el bien tiene su origen en aquella actividad delictiva (...) Es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo”⁽¹⁷⁾.

Pero desde mi punto de vista, la fundamentación de la cuota tributaria como objeto material del delito de lavado de activos solo puede lograrse mediante el recurso a la imputación objetiva. Como he sostenido en otra ocasión, el asunto de la idoneidad o suficiencia del objeto material de la conducta debe enfrentarse desde la perspectiva de la imputación objetiva. Definir si el patrimonio que deriva de la mezcla de activos de doble fuente, legal e ilegal, o si el bien adquirido de buena fe son activos en el sentido del tipo de lavado, es determinar la condición de idoneidad del objeto material y, por esa vía, definir el grado de desvaloración o no de la conducta que se ejerce sobre dicho objeto. En otras palabras, la capacidad del objeto material para la comisión del delito de lavado de activos incide directamente en la peligrosidad de la conducta para lesionar el bien jurídico desde una perspectiva *ex ante*⁽¹⁸⁾. Si la peligrosidad *ex ante* de la conducta de lavado depende o deriva, al menos en parte, de la condición del objeto material que, en el caso del blanqueo, es un bien derivado de un delito previo y por ende *contaminado* o *manchado* por su origen, entonces el objeto no puede ser sino un objeto peligroso, es decir un objeto respecto del cual cabe predicar su peligrosidad también desde una perspectiva *ex ante*⁽¹⁹⁾.

Con ello, la cuota tributaria tiene origen delictivo, deriva de la comisión de un delito, sencillamente porque es el resultado material, el tributo dejado de pagar en todo o en parte al Estado, debido al incremento del riesgo que conllevó la conducta fraudulenta. Desde esta perspectiva carece de relevancia toda argumentación naturalística en el sentido de

(16) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-21.

(17) Blanco Cordero, *RECPC*, 01-22.

(18) Véase ampliamente sobre la peligrosidad *ex ante* de la conducta, Dino Carlos Caro Coria, *Derecho penal del ambiente*, 492 y siguientes.

(19) Dino Carlos Caro Coria, *ADPE 2* (2012), 213 y 214.

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

que el autor *no gana nada* o *no recibe nada*, argumentos que no alcanzan a ver que la imputación del origen ilícito no es una tarea descriptiva sino valorativa o normativa⁽²⁰⁾. Por ese mismo motivo no se discute que los delitos de apropiación ilícita, peculado, alzamiento de bienes o administración desleal, son delitos fuente del blanqueo de capitales pese a que en tales casos el autor tampoco *recibe nada*.

Decantado lo anterior, el problema central en los casos de lavado de activos derivados del delito tributario es cómo concretar, determinar o individualizar cuáles son los concretos bienes que corresponden al objeto material del delito, lo que es aún más complejo si se tiene en cuenta que por lo general el producto del delito tributario es una suma dineraria, esto es un bien fungible, fácil de mezclar con dinero de fuente lícita.

3. Límites a la contaminación del Patrimonio del Defraudador

3.1. Temporales

En algunos casos es posible determinar el momento preciso de la consumación del delito tributario que genera los bienes⁽²¹⁾. “El momento de contaminación de los bienes integrantes de la cuota tributaria defraudada se producirá cuando vencen los plazos administrativos establecidos para declararlos a la Administración tributaria”⁽²²⁾, mientras ello no ocurra todos los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia que recaigan sobre los bienes no podrán considerarse como lavado de activos porque aún no tienen carácter delictivo.

En otros casos el acto de liquidación definitiva de la cuota tributaria se realiza mucho después del acaecimiento de

estos plazos, por ejemplo, cuando el órgano administrador del tributo realiza investigaciones o fiscalizaciones para determinar si existe o no una cuota defraudada y su cuantía. En todo caso, “hasta que no exista una decisión definitiva sobre la existencia de la cuota defraudada no podrá considerarse que existen bienes susceptibles de ser blanqueados”⁽²³⁾. Ello incluye el tiempo que pueda tomar la resolución definitiva de todos los actos de impugnación, administrativa o judicial, que pueda llevar adelante el contribuyente⁽²⁴⁾. Postular lo contrario implicaría introducir un espacio de arbitrariedad e inseguridad jurídica, porque mientras se tramita la impugnación, lo que evidentemente corresponde al ejercicio legítimo de un derecho, el contribuyente podría en simultáneo ser perseguido tanto por el delito tributario como por blanqueo de capitales en tanto realice actos de transferencia, ocultamiento, etcétera.

Luego, incluso si se llegase a considerar que mientras dure la impugnación los bienes ya están contaminados, el lavador podría alegar la existencia de error de tipo (artículo 14, párrafo primero, del Código Penal peruano) porque desconoce el elemento típico *origen delictivo de los bienes*, aunque habrá espacio para que se impute dolo eventual por la propia existencia de la impugnación que hace contingente la determinación de la cuota

(20) Como se pone de relieve especialmente en las contribuciones de José Antonio Caro John y Miguel Polaino Orts que se incluyen en el libro del Seminario “Lavado de Activos y *Compliance*: comparación Perú-Alemania” organizado en Göttingen el 18 y 19 de septiembre de 2014 por el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, en prensa.

(21) Sobre el momento de la contaminación véase Voß, *Die Tatobjekte*, 122; también Kai Ambos, *Defraudación tributaria*.

(22) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-24.

(23) Blanco Cordero, *RECPC*, 01-25.

(24) En la regulación argentina se establece que la cuota tributaria, para efectos de una persecución penal, se determina en sede administrativa. El Artículo 18 de la Ley 24769 señala que “El organismo recaudador, formulará denuncia una vez dictada la determinación de oficio de la deuda tributaria, o resuelta en sede administrativa la impugnación de las actas de determinación de la deuda de los recursos de la seguridad social, aun cuando se encontraren recurridos los actos respectivos y siguientes. En aquellos casos en que no corresponda la determinación administrativa de la deuda, se formulará de inmediato la pertinente denuncia, una vez formada la convicción administrativa de la presunta comisión del hecho ilícito”.



Dino Carlos Caro Coria

tributaria, o incluso pueda imputarse imprudencia grave en sistemas como el español (artículo 301.3) o el alemán (§ 261 (5) StGB) que prevén su sanción⁽²⁵⁾.

En todo caso, una vez establecida la cuota tributaria, si el contribuyente decide pagarla haciendo uso de su patrimonio, el acto es atípico porque no se orienta a opacar el origen ilícito de determinados bienes sino a la ejecución o cumplimiento de una obligación de derecho público.

3.2. Individualización de los bienes

Ante las dificultades para determinar que bienes corresponden a la cuota tributaria, se han propuesto tres alternativas en la doctrina⁽²⁶⁾:

a) Al no poder individualizarse el bien concreto entonces no es posible la comisión del delito de lavado de activos. Esta opción no es aceptable porque, como ya se explicó, implica dejar de lado que la cuota tributaria es el objeto material del delito de blanqueo.

b) La cuota tributaria da lugar a una deuda por la que el defraudador debe responder con todos sus bienes, es decir que el delito tributario contamina todo el patrimonio del defraudador⁽²⁷⁾.

Este planteamiento tampoco puede aceptarse porque es contrario a la ley, pues se considerarían como bienes contaminados incluso aquellos que no provienen de un delito previo⁽²⁸⁾. La necesidad de diferenciar los activos de fuente ilícita de aquéllos de procedencia lícita, tanto en los casos de transformación o conversión total o parcial de bienes, como de mezcla, ha quedado claramente expresada en las Convenciones de Viena⁽²⁹⁾ y de Palermo⁽³⁰⁾. Conforme a esta regulación de Derecho Penal Internacional, las medidas de coerción reales como el

(25) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-25-01-26. De modo similar, Raquel Martínez-Buján, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, 382 y siguientes; Percy García Caveró, *Derecho penal económico, Parte general*, I, 533 y siguientes

(26) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-27.

(27) Sobre la contaminación total del patrimonio (*Kontamination des Gesamtvermögens*) véase en la doctrina alemana Voß, *Die Tatobjekte*, 131 y siguientes

(28) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-27.

(29) "Artículo 5.- Decomiso (...)

6. a) Cuando el producto se haya transformado o convertido en otros bienes, éstos podrán ser objeto de las medidas aplicables al producto mencionadas en el presente artículo.

b) Cuando el producto se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, sin perjuicio de cualquier otra facultad de incautación o embargo preventivo aplicable, se podrán decomisar dichos bienes hasta el valor estimado del producto mezclado.

c) Dichas medidas se aplicarán asimismo a los ingresos u otros beneficios derivados de:

i) el producto.

ii) los bienes en los cuales el producto haya sido transformado o convertido; o

iii) los bienes con los cuales se haya mezclado el producto de la misma manera y en la misma medida que el producto. (...).

8. Lo dispuesto en el presente artículo no podrá interpretarse en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)"

(30) "Artículo 12. Decomiso e incautación (...)

3. Cuando el producto del delito se haya transformado o convertido parcial o totalmente en otros bienes, esos bienes podrán ser objeto de las medidas aplicables a dicho producto a tenor del presente artículo.

4. Cuando el producto del delito se haya mezclado con bienes adquiridos de fuentes lícitas, esos bienes podrán, sin menoscabo de cualquier otra facultad de embargo preventivo o incautación, ser objeto de decomiso hasta el valor estimado del producto entremezclado.

5. Los ingresos u otros beneficios derivados del producto del delito, de bienes en los que se haya transformado o convertido el producto del delito o de bienes con los que se haya entremezclado el producto del delito también podrán ser objeto de las medidas previstas en el presente artículo, de la misma manera y en el mismo grado que el producto del delito. (...)

7. Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

embargo o la incautación, o la consecuencia jurídico-patrimonial del delito que se concreta en el comiso o decomiso, sólo pueden afectar el patrimonio contaminado, dejándose indemnes los activos de fuente lícita. Aunque estas reglas solo han sido parcialmente implementadas en el Derecho peruano⁽³¹⁾, debe aceptarse su aplicación directa e inmediata porque conforme al artículo 55 de la Constitución, los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del Derecho nacional⁽³²⁾, y si versan sobre derechos reconocidos por la Constitución, en este caso el patrimonio que se puede ver afectado por el embargo, la incautación o el comiso, se consideran que tienen rango constitucional conforme a la Cuarta Disposición Final y al contenido de los artículos 2 y 3 de la Ley Fundamental⁽³³⁾. Evidentemente las Convenciones de Viena y de Palermo no son tratados sobre derechos humanos, pero contemplan reglas que afectan y protegen derechos fundamentales como el patrimonio de la persona, en concreto el derecho a diferenciar y salvaguardar de cualquier medida temporal o definitiva el patrimonio de origen lícito. Acorde con ello, el artículo 253 del Código Procesal Penal de 2004 impone que la restricción de estos derechos fundamentales a través de las medidas coercitivas se someta a las garantías y principios esenciales como los de proporcionalidad y razonabilidad⁽³⁴⁾ que, aplicados al caso, conllevan la necesidad de que una investigación por lavado de activos, y por ende la sentencia final, sólo puedan afectar los bienes de origen ilícito.

- c) La contaminación se extiende únicamente a la cuota tributaria y los bienes que configuran la base imponible. Pero esta interpretación también es contraria a la ley porque considera bienes contaminados a los que no

proviene de un delito anterior, esto es los que configuran la base imponible⁽³⁵⁾.

La posibilidad de perseguir el lavado de activos procedentes del delito tributario exige la identificación de los bienes, lo que a juicio de Blanco Cordero⁽³⁶⁾ solo será posible de modo seguro en dos situaciones:

- a) Cuando el objeto material del delito de blanqueo corresponde necesariamente a todo o parte de la cuota tributaria porque la acción típica de blanqueo recae sobre todo el patrimonio del defraudador o una parte importante del mismo. El autor pone este ejemplo:

“El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda a la Hacienda Pública una cuota tributaria por valor de 30. H compra a D un vehículo por 60. En este caso no se puede considerar que dicha cantidad proceda del delito fiscal, pues de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* hay que considerar que los 60 que paga no proceden del delito previo. La cosa cambia si paga por el coche 80, porque al menos 10 de ellos proceden del delito fiscal⁽³⁷⁾.”

Aunque teóricamente es un ejemplo que guarda coherencia con el punto de partida, no parece ser un ejemplo de tan

producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas.

8. Las disposiciones del presente artículo no se interpretarán en perjuicio de los derechos de terceros de buena fe. (...)”

(31) Véase en especial el artículo 102, párrafo tercero, del Código Penal, conforme a la modificatoria del artículo 1 de la ley 30076.

(32) Fabián Novak y Elizabeth Salmón, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, 108. San Martín Castro, *Derecho procesal penal*, I, 19.

(33) Fabián Novak y Elizabeth Salmón, *Las obligaciones internacionales del Perú en materia de Derechos Humanos*, 123.

(34) Roberto Cáceres Julca, *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales, procesales y su aplicación jurisprudencial*, 39 y siguientes.

(35) Sobre una contaminación parcial del patrimonio (*Teilkontamination*) véase en la doctrina alemana Voß, *Die Tatobjekte*, 124.

(36) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-28.

(37) Blanco Cordero, *RECPC*, 01-28.



Dino Carlos Caro Coria

fácil verificación práctica, dado que por lo general nadie realiza operaciones que ya impliquen la disposición de casi todo su patrimonio de modo que incluya al menos en parte lo dejado de pagar como tributo. La dinámica del lavado de activos generalmente implica múltiples y variadas operaciones, de modo constante y permanente a lo largo del tiempo.

- b) En el segundo caso, el objeto material del delito de blanqueo corresponde necesariamente a todo o parte de la cuota tributaria, porque la acción de blanqueo recae sobre la base imponible. Blanco Cordero ejemplifica el caso del modo siguiente:

“Un defraudador tiene un capital no declarado por valor de 1000 en una cuenta bancaria en el extranjero. Imaginemos que la cuota tributaria que le correspondería pagar fuese de 300. Sólo se cometerá delito de blanqueo de capitales si se transfieren los 1000, o si se transfieren más de 700, porque entonces una parte de la cuota tributaria contaminada ha sido objeto material del delito de blanqueo⁽³⁸⁾.”

Estos casos son también teóricamente posibles, aunque no será tan frecuente que el defraudador transfiera o convierta la totalidad o una parte importante de la base imponible, en la medida que, al menos de inicio, lo perseguido será ocultar la existencia de esos bienes a fin de que la autoridad tributaria no los descubra y por ende no pueda imputar, por ejemplo, la existencia de desbalance patrimonial.

Desde esta perspectiva, queda claro que el espacio para la comisión del delito de lavado de activos procedente del delito tributario, es bastante reducido. En la medida que no es aceptable la tesis de la contaminación total del patrimonio del defraudador⁽³⁹⁾, la dimensión del lavado de activos está

condicionada, como en todos los casos de blanqueo, a la identificación segura, con las mínimas garantías probatorias, de los concretos bienes que provienen de un delito anterior⁽⁴⁰⁾.

3.3. Tratamiento de los casos de mezcla de bienes

En la casuística sobre lavado de activos son bastante comunes los supuestos de mezcla, esto es la combinación de bienes de origen delictivo con los de fuente lícita, por ejemplo el depósito del dinero producto de un delito anterior en la cuenta de ahorros personal con fuente en negocios legales. En tales casos surge la cuestión en torno a si todo el producto de la mezcla está contaminado, o si toda la mezcla debe reputarse como lícita porque parte de los bienes son de origen legal, o si la contaminación alcanza únicamente a la parte de origen delictivo⁽⁴¹⁾.

Los casos de mezcla, cuando los bienes de fuente ilícita derivan del delito tributario, tiene como punto de partida la identificación de los concretos bienes contaminados con las limitaciones ya expuestas.

Como he defendido anteriormente conforme a criterios de imputación objetiva⁽⁴²⁾, si se mezclan activos de fuente ilícita y lícita, la contaminación de éstos últimos no dependerá de una cuantía sino de sí, desde una perspectiva *ex ante*, la conducta del lavador subordina la renta lícita a la ilícita, sometiendo ambas a un proceso de reciclaje.

(38) Blanco Cordero, *RECPC*, 01-29.

(39) Con referencia a los problemas de desproporcionalidad (*Unverhältnismäßigkeit*) de la tesis de la contaminación total del patrimonio, véase Voß, *Die Tatobjekte*, 131 y 132.

(40) Sobre la procedencia de los bienes de un delito previo y la referencia general a la causalidad véase: Altenhain-NK, §261, 506, Rn. 52.

(41) Sobre esto, ampliamente Dino Carlos Caro Coria, *ADPE* 2 (2012), 208 y siguientes. En la literatura alemana véase Voß, *Die Tatobjekte*, 129 y siguientes.

(42) En adelante, Dino Carlos Caro Coria, *ADPE* 2, 217.

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

Quien deposita dinero sucio en una cuenta con dinero de origen legal mezcla patrimonios sólo en sentido fáctico pero no los arriesga en conjunto, en ese caso la necesidad de diferenciarlos conforme a las Convenciones de Viena y de Palermo es imperativa.

Desde esa perspectiva, si una cuenta bancaria de US\$100 000 incluye US\$50 000 originados en el fraude fiscal, quien conociendo del origen ilícito transfiere US\$80 000, realiza el tipo de blanqueo de capitales porque al menos US\$30 000 están contaminados. Acorde con ello, para Blanco Cordero, si alguien ha defraudado por 7000 € y todo su patrimonio líquido está en una única cuenta por 70 000 € y transfiere a un tercero la suma de 30 000 €, no puede admitirse la tesis según la cual el 10% de lo transferido está contaminado, sólo habrá delito si es que la transferencia supera los 63 000 €. Lo mismo ocurre si los 70 000 € están repartidos en 10 cuentas por igual y la transferencia por 30 000 € proviene de 5 de ellas, en ese caso no tiene porqué presumirse que esas 5 cuentas corresponden precisamente al dinero contaminado, debiendo reputarse ello más bien de las otras 5 cuentas que no se usaron para las transferencias⁽⁴³⁾.

No es aceptable en cambio la solución que da Blanco Cordero⁽⁴⁴⁾ al caso de una cuenta con 200 000 €, de los cuales 100 000 € provienen del delito fiscal, si A y B retiran 100 000 € cada uno entonces, conforme al principio *in dubio pro reo*, para el autor no se comete lavado de activos porque se presume que cada uno retiró la parte limpia. A mi juicio, más allá de las variantes financieras (cuenta mancomunada o no, retiro a doble firma o no), queda claro que solo el primero, salvo específicos supuestos de coautoría, aunque supiera del origen ilícito, realiza una conducta atípica porque conforme al principio *in dubio pro reo*, y tratándose de bienes fungibles, no hay razones suficientes para considerar que las primeras sumas de dinero utilizadas son las contaminadas. Del mismo modo, quien realiza el segundo retiro, más allá de si conocía o no del origen ilícito, objetivamente podría realizar la tipicidad de lavado de activos porque su conducta recae sobre el dinero contaminado. En este caso la punición estará condicionada desde luego a un análisis estricto de tipicidad dado que el simple retiro de dinero manchado solo podrá realizar el delito

de lavado de activos, en la medida que tengan el sentido por ejemplo de *guardar, custodiar u ocultar* bienes de origen delictivo.

Pero si el lavador compra acciones con dinero de origen legal e ilegal entonces el acto de inversión ha subordinado todo el dinero, la colocación se extiende al dinero limpio porque éste ha sido consolidado con el sucio en un nuevo negocio. La comparación con los juegos de azar es ilustrativa, quien apuesta grandes sumas de dinero con la expectativa de enriquecerse lícitamente puede ganar o perder su patrimonio si no acierta en la apuesta, y quien lava bienes (de origen mixto: legal e ilegal) con la expectativa de defraudar el sistema antilavado de activos, igualmente puede *ganar* si logra hacerlo sin ser descubierto o perderlo todo porque *ex ante* lo arriesgó en conjunto pese a esa posibilidad. En ese sentido, es ilustrativa la reciente regla del artículo 102, párrafo tercero, del Código Penal peruano, según el cual:

“Cuando los efectos o ganancias del delito se hayan mezclado con bienes de procedencia lícita, procede el decomiso hasta el valor estimado de los bienes ilícitos mezclados, salvo que los primeros hubiesen sido utilizados como medios o instrumentos para ocultar o convertir los bienes de ilícita procedencia, en cuyo caso procederá el decomiso de ambos tipos de bienes”.

3.4 Descontaminación

Tras la comisión del delito tributario la regulación establece dos casos específicos a través de los cuales la cuota tributaria, el objeto material, puede desaparecer, de modo que los bienes correspondientes a la cuota tributaria quedan descontaminados⁽⁴⁵⁾.

(43) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-31.

(44) Blanco Cordero, *RECPC*, 01-30.

(45) Sobre la cuestión de la descontaminación (*Dekontamination*) en la literatura alemana, véase: Voß, *Die Tatobjekte*, 136 y siguientes



Dino Carlos Caro Coria

3.4.1. La prescripción del delito tributario

Partiendo como aquí de una concepción material de la prescripción⁽⁴⁶⁾, si la conducta de lavado de activos se realiza sobre bienes que podría reputarse emanan de un delito tributario, pero el delito tributario ya ha prescrito al momento de realizarse dicha conducta, estamos ante un caso de ausencia de objeto material⁽⁴⁷⁾.

Como he señalado anteriormente⁽⁴⁸⁾, la despenalización y la prescripción del delito previo suponen un cambio del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser *peligroso* a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal⁽⁴⁹⁾.

No puede por ello admitirse el planteamiento de Blanco Cordero, según el cual:

“Las causas de extinción de la responsabilidad criminal (entre ellas la prescripción) suponen, precisamente, que con anterioridad ha existido responsabilidad criminal generada por la comisión de un hecho punible, es decir, de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible (...) La existencia de una causa de extinción de la responsabilidad criminal no impide mantener que se ha cometido un hecho típico y antijurídico, con lo que se cumple el requisito exigido por el tipo del blanqueo (...) la prescripción del delito fiscal

(...) no descontamina los bienes, que siguen siendo idóneos para el blanqueo de capitales por proceder de una actividad delictiva”⁽⁵⁰⁾.

La discrepancia con esta tesis se debe precisamente a su punto de partida, forma parte del estado de la cuestión considerar que la prescripción del delito no implica una renuncia a la presunción de inocencia, de modo que su acaecimiento no permite afirmar que estamos o estuvimos ante un hecho típico, antijurídico y culpable. El problema en estricto es otro y estriba en saber si la prescripción del delito tributario impide que éste pueda ser objeto de investigación y prueba, al menos a nivel del hecho punible (conducta típica y antijurídica), en el proceso por lavado de activos a fin de establecerse si existen bienes de origen delictivo, opción a la que abona la llamada autonomía o independencia del lavado de activos frente al delito fuente o anterior.

Desde mi punto de vista debe negarse esta posibilidad porque una de las consecuencias de la prescripción es impedir que el hecho punible pueda ser nuevamente investigado para efectos punitivos.

3.4.2. La regularización tributaria

Legislaciones como la española⁽⁵¹⁾, la

(46) Daniel Pastor, *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, 52. Ragués i Vallés, *La prescripción penal*, 41 y siguientes.

(47) Acerca de la cuestión de la descontaminación como consecuencia de la prescripción del delito tributario, aunque advirtiendo que en principio la punibilidad por lavado de dinero no queda excluida por la prescripción del delito previo Voß, *Die Tatobjekte*, 138.

(48) Dino Carlos Caro Coria, *ADPE* 2, (2012), 217.

(49) Iván Meini Méndez, *Sobre la prescripción de la acción penal*, 281 y 291.

(50) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-35.

(51) Artículo 305.4 del Código Penal: “Quedarán exentos de responsabilidad penal el que regularice su situación tributaria, en relación con las deudas a que se refiere el apartado primero de este artículo, antes de que se le haya notificado por la Administración Tributaria la iniciación de actuaciones de comprobación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de regularización, o en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración Autonómica, Foral o Local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o cuando el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias.

La exención de responsabilidad penal contemplada en el párrafo anterior alcanzará igualmente a dicho sujeto por las posibles irregularidades contables u otras falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda tributaria objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación tributaria”.

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

argentina⁽⁵²⁾ y la peruana⁽⁵³⁾ prevén la llamada regularización tributaria, es decir la posibilidad de evitar la persecución penal por el delito fiscal ya consumado y otros conexos bajo la condición de asumir voluntariamente el pago de la deuda tributaria ante el órgano administrador del tributo⁽⁵⁴⁾ ⁽⁵⁵⁾. Previsión que en estricto configura un claro caso de discriminación positiva, en la medida que no suele existir un incentivo similar ante otros delitos económicos, ni para los delitos patrimoniales, lo que expresa que la política criminal en materia penal tributaria tiene como principal objetivo lograr que el defraudador regularice el pago ante la agencia tributaria.

Como ha establecido el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema peruana No. 2-2009/CJ-116 de 13 de Noviembre de 2009, “El artículo 189 del Código Tributario (...) incorpora una causa material de exclusión de pena concebida procesalmente como un impedimento procesal, cuyo efecto es, de un lado, excluir la punibilidad del hecho típico, antijurídico y culpable, y, de otro lado, impedir la iniciación del proceso penal” (fundamento 6). Y “En tanto se trata de una causa material de exclusión de punibilidad *ex post factum* sus efectos liberatorios de la sanción penal necesariamente alcanzan o benefician a todos los intervinientes en el delito (autores y partícipes)”⁽⁵⁶⁾.

En ese sentido, si el autor del delito tributario regulariza el pago de la deuda de acuerdo con la regulación

administrativa, entonces quedará exento de responsabilidad penal, produciéndose la descontaminación de los bienes que conforman la cuota tributaria. Al no existir objeto material, dichos bienes no podrán ser objeto de lavado de activos.

El problema, o paradoja como la denomina Blanco Cordero⁽⁵⁷⁾, surge más bien cuando la regularización tributaria se realiza luego de que el autor del delito tributario realiza actos de transferencia, ocultamiento u otros propios del blanqueo de capitales. En tales casos el agente no podrá ser perseguido por delito tributario pero podría ser sancionado por lavado de activos, lo que contradice el incentivo previsto para el pago voluntario.

4. Autonomía del Lavado de Activos

La autonomía del delito de lavado de activos viene reconocida en la mayoría de convenciones internacionales, así como en las legislaciones internas y/o la jurisprudencia⁽⁵⁸⁾.

(52) Artículo 16 de la Ley 24769: “En los casos previstos en los artículos 1° y 7° de esta ley, la acción penal se extinguirá si el obligado, acepta la liquidación o en su caso la determinación realizada por el organismo recaudador, regulariza y paga el monto de la misma en forma incondicional y total, antes de formularse el requerimiento fiscal de elevación a juicio. Este beneficio se otorgará por única vez por cada persona física o de existencia ideal obligada.

La resolución que declare extinguida la acción penal, será comunicada a la Procuración del Tesoro de la Nación y al Registro Nacional de Reincidencia y Estadística Criminal y Carcelaria”.

(53) Artículo 189, párrafo 2, del Código Tributario.- JUSTICIA PENAL

“No procede el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, ni la comunicación de indicios de delito tributario por parte del Órgano Administrador del Tributo cuando se regularice la situación tributaria, en relación con las deudas originadas por la realización de algunas de las conductas constitutivas del delito tributario contenidas en la Ley Penal Tributaria, antes de que se inicie la correspondiente investigación dispuesta por el Ministerio Público o a falta de ésta, el Órgano Administrador del Tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y período en que se realizaron las conductas señaladas, de acuerdo a las normas sobre la materia”.

(54) Dino Carlos Caro Coria y César San Martín Castro, en *Gaceta Jurídica* 66-B (1999), 25 y siguientes

(55) Sobre la problemática del pago posterior (*spättere Bezahlung*) de los impuestos defraudados en la literatura alemana y su desincriminación sobre la base de una ausencia de lesión del bien jurídico, véase Voß, *Die Tatobjekte*, 137 y siguientes.

(56) Véase Fundamento 9°.

(57) Isidoro Blanco Cordero, *RECPC* (13-01-2011), 01-38.

(58) Acerca de la autonomía del lavado de activos en la doctrina alemana véase Altenhain-NK: §261, 493, Rn. 10 y siguientes. Sobre el debate alemán acerca del bien jurídico protegido en el lavado de dinero véase: Leip, *Geldwäsche*, 44 y siguientes; también Voß, *Die Tatobjekte*, 8 y siguientes; Ogbmichael, *Deutsche Geldwäscherecht*, 17; Altenhain-NK: §261, 493 Rn. 10 y siguientes; Fischer: *StGB*, 1850 y siguientes.



Dino Carlos Caro Coria

En el caso del Perú, fue esbozada primero por el artículo 6, párrafo tercero, de la Ley 27765, según el cual “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”. Esta fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes⁽⁵⁹⁾, ante lo cual se llegó a proponer, en contra del derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la del lavado de activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse⁽⁶⁰⁾. Esta interpretación correctiva fue complementada en Perú con los aportes de la doctrina española⁽⁶¹⁾, en el sentido de que no era necesario acreditar todos los elementos del delito previo, el injusto culpable (incluso punible), sino y únicamente que la conducta generadora de los bienes es típica y antijurídica, es decir la existencia de un injusto penal⁽⁶²⁾, lo que ha venido a identificarse como el criterio de la *accesoriedad limitada*⁽⁶³⁾, la *relación de accesoriedad limitada* entre el delito previo y el blanqueo de capitales⁽⁶⁴⁾, o la *relación de integración* porque el hecho previo es sólo un elemento que complementa o se integra al tipo de blanqueo⁽⁶⁵⁾. Aunque como ya se ha mencionado, la relación entre el delito precedente

que dispensa el objeto material y el delito de lavado de activos, no puede ser otra que una de imputación objetiva.

La Corte Suprema peruana adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, sólo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente. Se ha establecido:

“Que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado”, sin embargo “El delito fuente, (...) es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva”⁽⁶⁶⁾.

(59) Luis Alberto Bramont-Arias, *Actualidad Jurídica* 105, (2002), 64.

(60) Tomás Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, 308. Percy García Caveró, *Derecho penal económico. Parte Especial*, II, 505.

(61) En base a una norma que no tiene equivalencia en la legislación peruana, el artículo 300 del Código Penal español establece que las disposiciones del capítulo sobre lavado de activos y receptación “se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho del que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera penalmente exento de pena”. Esto significa que para efectos dogmáticos y de prueba, es suficiente que el delito previo se entienda como comportamiento antijurídico o injusto penal.

(62) Luis Alberto Bramont-Arias, *Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos*, 522. Tomás Gálvez Villegas, *El delito de lavado de activos*, 95. Percy García Caveró: *Derecho penal económico. Parte Especial*, II, 503 y 504.

(63) Raquel Martínez-Buján Pérez, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 486, aunque califica esta denominación de impropia porque el blanqueo no es un delito accesorio del delito previo.

(64) Carlos Aránguez Sánchez, *El delito de blanqueo de capitales*, 198.

(65) Diana Arias Holguín, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, 314 y 315, 325 nota 243. En la doctrina alemana, véase sobre las características de la relación del lavado de dinero con el delito previo Altenhain-NK, §261, 500, Rn. 29 y siguientes; acerca de las dificultades para su prueba: Feigen, *Beweislastumkehr*, 148 y siguientes.

(66) Fundamento Jurídico 32 del Acuerdo Plenario No. 3-2010/CJ-116 de (16 de noviembre del 2010).

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

Pero ello no enerva la necesidad de que en el mismo proceso por lavado de activo deba ejercerse una suficiente actividad probatoria en torno al delito fuente, se señala en ese sentido que:

“El tipo penal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo (...); es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves (...) o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal⁽⁶⁷⁾.”

Así delimitado el objeto de prueba, la Corte Suprema desarrolla con poca novedad los lineamientos básicos de la prueba indiciaria, considerada como idónea y útil en los procesos vinculados a la criminalidad organizada en donde la prueba directa suele estar ausente⁽⁶⁸⁾. Ello calza con el propio enunciado de la parte final del párrafo segundo del artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 conforme al cual “El origen ilícito que conoce o debía conocer el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”, norma que reproduce casi con exactitud el contenido del párrafo 1 del artículo 6 de la derogada Ley 27765 y que en gran medida tuvo como fuente el artículo 3.3 de la Convención de Viena⁽⁶⁹⁾ y del artículo 6.2.f de la Convención de Palermo⁽⁷⁰⁾ que reconocen la relevancia de la prueba indiciaria⁽⁷¹⁾. Así, y volviendo sobre el Acuerdo Plenario, finalmente la Corte Suprema enuncia y desarrolla, también con escasa novedad, el sentido de algunos indicios que, conforme a la experiencia criminológica, criminalística y jurisprudencial, son recurrentes en los casos de lavado de activos⁽⁷²⁾.

Este desarrollo jurisprudencial mantiene actualidad pese a que el artículo 10, párrafo primero del Decreto Legislativo 1106 ha radicalizado la noción de *autonomía* del delito de lavado de activos. El nuevo dispositivo establece que “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 sentencia condenatoria”. Al igual que la regulación derogada, no es necesario que el delito previo haya sido en el pasado objeto de investigación o fallo alguno, dicha actividad probatoria deberá ejecutarse cuando menos en el proceso penal que se instaure por el delito de lavado de activos. Antes bien, es de destacarse dos novedades, por un lado se ha enfatizado la no necesidad de que el delito fuente haya sido objeto de prueba alguna en cualquier contexto, dentro o fuera de un proceso oficial, lo que parece abrir la puerta a investigaciones o procesos por lavado de activos que pueden iniciarse sin prueba alguna del delito fuente que se postule. En esa misma línea restrictiva de derechos fundamentales, es más grave todavía que la ley acepte la posibilidad de investigar el delito de lavado sin que el delito fuente haya sido descubierto, lo que entendido de modo literal podría justificar la realización de investigaciones por lavado sin la identificación y delimitación del delito precedente, sin una hipótesis, por preliminar o provisional que fuera, sobre el delito fuente.

(67) Fundamento Jurídico 35 del Acuerdo Plenario No. 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

(68) Fundamento Jurídico 33 del Acuerdo Plenario No. 3-2010/CJ-116 de 16.11.10.

(69) “El conocimiento, la intención o la finalidad requeridos como elementos de cualquiera de los delitos enunciados en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso”.

(70) “El conocimiento, la intención o la finalidad que se requieren como elemento de un delito tipificado en el párrafo 1 del presente artículo podrán inferirse de las circunstancias fácticas objetivas”.

(71) Miguel Abel Souto, *El delito de blanqueo de capitales en el Código Penal español* (2005), 102 y 103, 251.

(72) Fundamento Jurídico 34 del Acuerdo Plenario No. 3-2010/CJ-116 de 16 de noviembre del 10.



Dino Carlos Caro Coria

En ese contexto, con simples alertas como el desbalance patrimonial de una persona, podría dictarse una decisión de diligencias preliminares o de formalización de investigación preparatoria en donde la investigación gire en torno al enriquecimiento del particular⁽⁷³⁾ y no al presunto delito que lo originó, y simplemente porque no es necesario que éste haya sido descubierto. Principios constitucionales básicos como el de imputación necesaria, el derecho de defensa o el derecho a probar, fundamentan la necesidad de determinación del delito precedente en toda investigación por lavado de activos⁽⁷⁴⁾ y, en consecuencia, la inaplicación de estos extremos de la nueva norma.

En esa línea de ideas, la mínima actividad probatoria exigible debe orientarse a acreditar 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, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo⁽⁷⁵⁾. Ello podrá hacerse dentro del mismo proceso por lavado de activos, bien porque también se investiga una concreta imputación por el delito fiscal o porque corresponderá acreditar el origen delictivo de los bienes por ser un elemento objetivo del tipo de lavado.

Ahora bien, la regulación argentina y alemana es compatible con la autonomía del delito de lavado de dinero. El artículo 303.1 del Código Penal argentino se refiere a bienes

provenientes de un *ilícito penal*, expresión que en sentido estricto o restringido implica que en el proceso por lavado de activos no deberá probarse todos los elementos del delito anterior, sino únicamente aquellos que integran el ilícito penal, es decir la existencia de actos que realizan la tipicidad y antijuricidad⁽⁷⁶⁾ del delito fiscal. Asimismo, en la doctrina se ha postulado de modo similar que es suficiente “que quien tiene a su cargo la investigación del caso de lavado sea el encargado de acreditar mediante indicios serios, graves y concordantes la presencia del delito típicamente antijurídico”⁽⁷⁷⁾. De modo similar se pronuncia el artículo 261 (1) del StGB alemán que en general se refiere al ocultamiento, etcétera, de un bien proveniente de un *hecho antijurídico*⁽⁷⁸⁾.

5. Autolavado

También es objeto de debate si corresponde la punición por blanqueo de capitales contra el autor del delito previo, aquí concretamente, el defraudador de tributos. En sistemas como el alemán [artículo 261 (9) 2 del StGB⁽⁷⁹⁾] y el austriaco (artículo 165.1 del StGB⁽⁸⁰⁾), en los que la sanción⁽⁸¹⁾ por lavado no alcanza a quien participó en el delito fuente, sólo podrá

(73) Como sanciona el artículo 327 del Código Penal colombiano al incriminar al que “de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado de una u otra forma de actividades delictiva”. Véase, Pedro Camargo, *El delito de enriquecimiento ilícito*, 43 y siguientes.

(74) José Luis Castillo Alva, *Gaceta Penal & Procesal Penal* 4 (2009), 341 y siguientes.

(75) Manuel Gómez Tomillo, *Comentarios al Código penal*, 1169.

(76) Mariano Cúneo Libarona, *El delito de lavado de dinero*, 43.

(77) Roberto Durrieu, *El lavado de dinero en Argentina*, 134.

(78) Sobre el problema del autolavado o autoblanqueo en España véase: Enrique Bacigalupo, *Delito fiscal y blanqueo*, también en otros pasajes; Ignacio Martínez-Arrieta: *Autoblanqueo*, también en otros pasajes.

(79) “No será sancionado (...) quien resulta punible como consecuencia de su participación en el delito del que preceden los bienes”. Sobre esto véase, por todos: Alenhain-NK: §261, 497, Rn. 19.

(80) Se sanciona el “ocultar o dificultar el origen de las ventajas patrimoniales provenientes de un delito (...) cometido por otro”.

(81) Sobre la regla de la exclusión de la punibilidad del autolavador del 261, inciso 9, del StGB, véase Alenhain-NK, §261, 497 Rn 19 y siguientes; Joecks-SK, § 261, 589, Rn. 7Ñ; Fischer, *StGB*, 1866 y siguientes; Kai Ambos, *La defraudación tributaria como hecho previo*. Ilustrativo de forma genérica sobre las causas de exclusión de la responsabilidad Roxin, *AT*, §22, Rn. 134 y siguientes, sobre las causas de exclusión de la pena: El Mismo *AT*, § 23, Rn. 1036 y siguientes.

Lavado de Activos Provenientes del Delito Tributario *Laundering of Proceeds of Crime Asset Tax*

sancionarse a aquellos (como el abogado o el asesor contable o tributario) que no han intervenido en el delito previo. Lo mismo ocurría en Argentina bajo la regla del artículo 278.1^a), introducida por la Ley 25246, donde se excluía la autoría cuando el agente había participado en el delito anterior, la conducta de lavado debía recaer sobre “bienes provenientes de un delito en el que no hubiera participado” al autor.

El fundamento de esta exclusión es debatido⁽⁸²⁾. Aquí compite también el mismo fundamento esgrimido para excluir la punición del autoencubrimiento en diversas legislaciones⁽⁸³⁾. Desde esa perspectiva, los actos posteriores de lavado serían solo actos post-ejecutivos, o actos de autoencubrimiento impunes,

“Son actos de ocultamiento, encubrimiento u agotamiento de los bienes y activos obtenidos por el delito anterior”⁽⁸⁴⁾, “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 (...) no se puede exigir a una persona que ha cometido un delito entregarse a la justicia y entregar igualmente los bienes y activos generados por su propio delito para no ser sancionado doblemente (...) En el lavado de activos el autor quebranta así un deber de autoinculpción, esto es: ¡Un deber jurídico inexistente!⁽⁸⁵⁾.

Esta línea de argumentos⁽⁸⁶⁾ es a mi juicio relativa, y ello podría explicar el sentido de regulaciones como la española, la peruana o la argentina (tras la Ley 26683) que actualmente permiten la imposición de la pena de lavado a quien cometió el delito anterior. Y es que la punición del autolavado no puede equiparse a una violación del principio *nemo tenetur*⁽⁸⁷⁾: la norma no impone un deber de autoinculpción ni un deber de entrega de los bienes objeto del delito anterior. La finalidad del tipo de lavado es evitar la circulación o el tráfico de bienes de origen delictivo⁽⁸⁸⁾, la norma primaria impone al ciudadano el deber de no realizar actos de tráfico con dichos bienes, lo que se aprecia claramente cuando se sanciona los actos de

(82) Con referencia al problema de la fundamentación del 261, inciso 9, frase 2, véase Altenhain-NK, §261, 497 Rn 19 y s, también Kai Ambos, *La defraudación tributaria como hecho previo*.

(83) Pablo Sánchez-Ostiz Gutierrez, *El encubrimiento como delito*, 136-140.

(84) José Antonio Caro John, *Dogmática penal aplicada* (2010), 189.

(85) Caro John, *Dogmática penal aplicada*, 192 y 193. Acerca de la idea de la *mitbestrafte Nachtat* en la doctrina alemana, véase: Murmann, AT, 491, Rn. 67 y siguientes; Altenhain-NK, §261, 497, Rn. 21; (*straflose Nachtat*) Roxin, AT, B.II, 860, §33, Rn. 219 y siguientes; Höper, *Die mitbestrafte Vor- und Nachtat*, también en otros pasajes. Respecto a éste tema en relación con el delito fiscal como hecho previo del lavado de dinero véase Kai Ambos: *La defraudación tributaria como hecho previo*.

(86) Seguida de modo general por Miguel Polaino Orts en su contribución para el libro del Seminario “Lavado de Activos y Compliance: comparación Perú-Alemania” organizado en Göttingen el 18 y 19 de septiembre de 2014 por el Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa y el Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinoamericano de la Universidad de Göttingen, en prensa.

(87) Sobre el *nemo tenetur* en la doctrina alemana, véase, Bosch, *Nemo tenetur*, también en otros pasajes.

(88) Acerca de los fines del tipo de lavado de dinero en la doctrina alemana, véase Jahn, §261., 1620, Rn. 3 y siguientes; Voß, *Die Tatobjekte*, 6 y siguientes; Altenhain, *Anschlußdelikte*, 395 y siguientes; Altenhain-NK, §261, 491, Rn. 7 y siguientes; latamente Leip, *Geldwäsche*, 39; con referencias genéricas a las denominadas “EG-Geldwäscherichtlinie”: Ruhmannseder, §261, 1814. Rn. 1; también Degen, *Mitwirkungspflichten der Kreditwirtschaft*, 99 y siguientes; con una referencia a su trasfondo político-criminal: Fischer, *StGB*, 1781; Ogbamichael: *Deutsche Geldwäscherecht*, 5; y también la obra de Georgios Sotiiradis, *Entwicklung*, también en otros pasajes; desde un punto de vista criminológico Ackerman, *Geldwäscherei*, 71 y de manera más amplia la obra de Suendorf, *Geldwäsche*, también en otros pasajes.



Dino Carlos Caro Coria

conversión o transferencia como supuestos de blanqueo de capitales. Desde esa perspectiva la norma primaria no impone un deber de autoinculpación, el mandato penal no es *auto denúnciate*, *auto incrimínate*, el mandato es *no coniertas ni transfieras bienes de origen delictivo*. Lo mismo cabe decir respecto de los bienes, la norma primaria derivada del tipo de lavado no incluye un mandato de devolución o retorno de los mismos. Es más, si en verdad existiera un mandato de devolución, éste más bien podría deducirse del tipo penal del delito precedente (en el delito fiscal el deber de entregar al Estado la cuota tributaria) y de las normas penales y procesales de persecución penal, como la incautación, el comiso o el embargo, pero no del tipo de lavado.

No obstante lo anterior, en aquellos sistemas como el peruano, el español o el alemán en los que se sanciona el *ocultamiento*, la *posesión* o la mera *tenencia* de los bienes, la punición

de los actos de autolavado debe exigir la realización de actos posteriores al delito precedente o, excepcionalmente, una tenencia pero con una tendencia subjetiva especial. Con el ejemplo usado al inicio, si el defraudador recibe en una cuenta todo el dinero que constituye la base imponible, que por ende incluye la cuota tributaria, la simple posesión o tenencia de ese dinero en la cuenta una vez que se ha consumado el delito tributario no equivale aún a la comisión de lavado de activos. Es necesario para ello la realización de actos posteriores, por ejemplo, la transferencia de ese dinero a la cuenta de una empresa *off shore* en un paraíso fiscal o a una cuenta personal cifrada. La exigencia de ese acto posterior, distinto al delito previo, se funda en la necesidad de evitar un *bis in idem*, en la medida que existan actos diferenciados, no podrá apreciarse la identidad de hecho que es una condición esencial para que el principio de *ne bis in idem* impida la punición múltiple⁽⁸⁹⁾, en este caso la que compete al delito anterior y la relativa al delito de lavado. Bajo este enfoque, tampoco en los casos de ocultamiento, posesión o tenencia, la norma primaria del tipo de lavado incluye un mandato de autoincriminación o devolución de los bienes que conforman el objeto material del delito.

(89) Kai Ambos, *La defraudación tributaria como hecho previo*.