

ACTOS DE BLANQUEO & ACTOS DE CONSUMO: UNA NECESARIA DIFERENCIACIÓN DESDE LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA EN EL CONTEXTO DE LOS APORTES DE CAMPAÑA DE ODEBRECHT-OAS EN EL PERÚ

LAUNDERING ACTS & CONSUMPTION ACTS A NECESSARY DIFFERENTIATION FROM THE SPANISH EXPERIENCE IN THE CONTEXT OF ODEBRECHT-OAS CAMPAIGN CONTRIBUTIONS IN PERU

Jorge Luis Zegarra Rengifo*
Universidad Privada Antenor Orrego

In the conventional and Spanish jurisdiction there is an expansive culture of the crime of money laundering. In the Peruvian case, since its genesis there was an antagonistic development between a restrictive and expansive profile, the latter being the one that ended up prevailing.

In the Spanish jurisdiction, the expansive profile has generated a series of problems, which is why an interpretive movement of Spanish doctrine and jurisprudence has emerged that seeks the substantive limitation of such expansionist culture. Thus, two different concepts emerge: acts of money laundering and acts of consumption.

In light of this differentiation, the author will analyze whether the operations of transferring campaign contributions from Odebrecht and OAS to political parties, activities such as 'raffles' or 'coteles' and the 'smurfing' technique, constitute or not as acts of money laundering.

KEYWORDS: Criminalizing expansión; restrictive profile; acts of laundering; acts of consumption; campaign contributions.

En el fuero convencional y español existe una cultura expansiva del delito de blanqueo de capitales. En el caso peruano, desde su génesis existió un desarrollo antagónico entre un perfil restrictivo y expansivo, siendo este último el que terminó por imponerse.

En lo que respecta al fuero español el perfil expansivo ha generado una serie de problemas, por lo que ha surgido un movimiento interpretativo de la doctrina y jurisprudencia que busca la limitación sustantiva a tal cultura expansionista. Es así que afloran dos conceptos distintos: actos de blanqueo y actos de consumo.

A luz de dicha diferenciación, el autor analizará si las operaciones de traslado de aportes de campaña de Odebrecht y OAS hacia partidos políticos, las actividades como 'rifas' o 'cócteles' y la técnica del 'pitufeo', constituyen o no como actos de blanqueo.

PALABRAS CLAVE: Expansión criminalizadora; perfil restrictivo; actos de blanqueo; actos de consumo; aportes de campaña.

* Abogado. Magíster en Corrupción y Estado de Derecho y en Análisis Económico del Derecho y las Políticas Públicas por la Universidad de Salamanca (España). Profesor de Derecho Penal, Derecho Penal Económico y Delitos contra la Administración Pública en la Universidad Privada Antenor Orrego (Trujillo, Perú). Código ORCID: 0009-0000-0013-1391. Contacto: jzegarra89@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THĒMIS-Revista de Derecho el 14 de junio de 2024, y aceptado por el mismo el 14 de agosto de 2024.

I. INTRODUCCIÓN

A. Realidad problemática

En la última década del presente siglo, en el Perú, se ha suscitado un escenario nunca antes visto: los últimos siete presidentes de la República, candidatos presidenciales, personas políticamente expuestas y empresarios están procesados por delitos relacionados al blanqueo de capitales; donde algunos casos están vinculados a los aportes de campaña de Odebrecht y OAS hacia los partidos políticos, utilizando diversas técnicas, como el 'pitufeo'. Este escenario debe ser comprendido en un contexto aún mayor: una proliferación exponencial de investigaciones y procesos penales por el delito de blanqueo de capitales contra una gama bastante extendida de personas naturales y jurídicas en todo el país donde muchos de esos casos estarían —a nivel hipotético— vinculados a organizaciones criminales.

En este contexto, se ha presentado una diversidad de casos donde muchas de las operaciones cuestionadas, como operaciones de blanqueo de capitales, generan la intuición razonada de no ajustarse al concepto de blanqueo. Sobre todo, generan la intuición que se estaría desdibujando el concepto mismo del blanqueo de capitales y dejaría sin base a otras categorías como la extinción de dominio, decomiso o incluso otros tipos penales como receptación y encubrimiento, al punto de criminalizar toda operación que se haga con ganancias ilícitas sin distinguirlas unas de otras. Por ejemplo, si X, luego de haber recibido el pago por su 'servicio' de entrega del paquete de pasta básica de cocaína, decide adquirir un vehículo con ese mismo dinero depositado en su cuenta bancaria, mediante una operación desde su misma cuenta bancaria y donde la titularidad del vehículo está a su nombre, entonces —en el contexto actual— definitivamente X estaría envuelto no solo en un proceso penal por tráfico de drogas y lavado de activos, sino incluso, estaría sometido a un proceso de extinción de dominio o —según sea el caso— decomiso del bien. Ante ello cabe cuestionarse: ¿el mero hecho de adquirir un bien con dinero ilícito constituye un acto de blanqueo? Si es así, ¿no se estaría dejando sin base a la aplicación de la figura de la extinción de dominio o decomiso que justamente busca recuperar —sacar del circuito económico— aquellos bienes adquiridos con dinero de origen ilícito?

De forma paralela a esta realidad problemática en el Perú, en el fuero español, sin pretender generalizar al punto de uniformizar, existe un contexto idéntico, con la diferencia que la doctrina y jurisprudencia española, ya desde hace un buen tiempo, ha tomado cartas sobre el asunto y ha gene-

rado una corriente delimitadora del concepto de blanqueo mediante diversos criterios de imputación. En el Perú, hasta donde hemos podido hacer el seguimiento no existe tal corriente delimitadora, sino solo pequeños atisbos devinculados uno de los otros; siempre sujeto a lo configurado por el legislador.

B. Objetivos

El objetivo del presente estudio es redescubrir la noción conceptual de lo que se entiende como blanqueo, que respete su naturaleza original y su funcionalidad en la criminalidad originando la diferenciación entre un acto de blanqueo y —lo que nosotros denominamos— un acto de consumo. Al alcanzar este objetivo, podremos discernir y responder a la interrogante de si las operaciones de recepción, transferencia, tenencia y otras de los aportes de campaña de Odebrecht y OAS —con sus diversas técnicas, por ejemplo, el 'pitufeo'— constituyen efectivamente actos de blanqueo de capitales. El caso Odebrecht y OAS es tomado como referencia fáctica al resolver por ser uno de los de mayor impacto actualmente y porque los casos vinculados al fenómeno Odebrecht y OAS se encuentran en la etapa cúspide del juicio oral; todo lo cual permite ilustrar y verificar el aporte práctico de diferenciar un acto de blanqueo y un acto de consumo.

C. Íter metodológico

Proponemos iniciar revisando la normatividad convencional, española y peruana para verificar cuál es el perfil de la configuración típica del delito de blanqueo de capitales en la actualidad. Luego, revisaremos la tendencia actual de la práctica española frente a su propia configuración normativa, ya sea para verificar si existe una opinión favorable a tal configuración o, por el contrario, existe una resistencia. En caso de existir una corriente contestataria, proponemos revisar cuales son tales observaciones y qué criterios resolutivos proponen. Estos criterios resolutivos conllevarán a redescubrir el concepto original del blanqueo que impone la necesidad de un retorno a sus verdaderos orígenes y la funcionalidad criminológica del concepto de blanqueo de capitales: una cosa es un acto de blanqueo y otra, muy distinta, es un acto de consumo. A la luz de lo anterior, estaremos en capacidad de analizar el caso de los aportes de Odebrecht y OAS en el Perú y la técnica del 'pitufeo' y otras para determinar si tales casos constituyen en sentido estricto actos de blanqueo o no.

D. Límites de la investigación

El presente trabajo es un primer acercamiento a un tópico que requerirá desarrollos ulteriores,

perfilación y depuración. Pretendemos iniciar una corriente de pensamiento en la dogmática que busque racionalizar el derecho penal material en cuanto a lo que se entiende en puridad como acto de blanqueo.

II. CULTURA EXPANSIVA DEL DELITO DE BLANQUEO DE CAPITALES

A. Fuero Convencional

En la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, llamada también Convención de Viena, se compromete a los países miembros a tipificar tres supuestos marcadamente diferenciados, que constituirían actos de blanqueo:

Artículo 3.- Delitos y sanciones

1. Cada una de las Partes adoptará las medidas que sean necesarias para tipificar como delitos penales en su derecho interno, cuando se cometan intencionalmente:

[...]

b)

i) La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo, o de un acto de participación en tal delito o delitos, con objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en la comisión de tal delito o delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones;

ii) La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

[...]

c) A reserva de sus principios constitucionales y de los conceptos fundamentales de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes proceden de alguno o algunos de los delitos tipificados de conformidad con el inciso a) del presente párrafo o de un acto de participación en tal delito o delitos;

[...]. (1998)

Con el mismo tenor, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada del año 2000, también conocida como Convención de Palermo, compromete a los países miembros a tipificar tres supuestos marcadamente diferenciados, que constituirían manifestaciones de actos de blanqueo:

Artículo 6.- Penalización del blanqueo del producto del delito

1. Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos;

ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;

b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico:

i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito;

ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión. (2000)

Por su parte, entre las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional destacamos la recomendación número tres, que respalda el tenor de la Convención de Viena y la Convención de Palermo en los términos siguientes:

Los países deben tipificar el lavado de activos en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de activos a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes. (2012)

El profesor español Blanco Cordero, luego de una revisión de la Convención de Viena y la Convención

de Palermo, realiza una síntesis didáctica de lo que se entiende en el marco convencional como supuestos del delito del blanqueo de capitales:

El análisis de la normativa internacional permite hacer una primera clasificación de las conductas constitutivas de lavado de activos: en primer lugar, las realizadas con la intención de ocultar o encubrir el origen de los bienes de procedencia delictiva, sin necesidad de que se produzca tal ocultación o encubrimiento [actos de conversión y transferencia]; en segundo lugar, las conductas constitutivas de ocultación o encubrimiento de bienes de origen delictivo; finalmente, comportamientos realizados sobre los bienes de origen delictivo sin ninguna intención específica [adquisición, posesión o utilización]. (2018, p. 106)

Como se puede observar, el Derecho convencional presenta una configuración del injusto penal del delito de blanqueo de capitales de corte expansivo. No solo abarca operaciones realizadas con la finalidad de ocultar el origen ilícito sino también, incluso, operaciones que no exigen tal finalidad: basta con la adquisición, posesión o utilización de bienes de origen ilícito –con la conciencia de ello– para constituir el delito del blanqueo de capitales.

B. Fuero español

La profesora española Juana del Carpio Delgado realiza un diagnóstico certero de cómo el ordenamiento español se amalgama de forma automática a los estándares internacionales sin una reflexión racional de dichos estándares:

El problema está, tal como se viene denunciado desde hace años, en que los legisladores nacionales, por causas que no son objeto de análisis en este trabajo, incorporan ese Derecho penal transnacional o internacional de forma acrítica. Sin tener en cuenta que la normativa internacional es una norma de mínimos, que los legisladores nacionales deben adecuar a los principios que rigen sus respectivos ordenamientos penales. El problema se agrava cuando, por ejemplo, los legisladores nacionales pretenden adaptar su legislación relativa al blanqueo de capitales a las «exigencias» de organismos internacionales como el GAFI, olvidando que sus «Recomendaciones» son sólo eso, unas recomendaciones que, al igual que sus Informes de evaluación, carecen de efecto vinculante para el legislador penal en la configuración de los tipos penales.

En este contexto, España es un claro ejemplo de cómo se viene transponiendo la normativa internacional a la legislación interna sin apenas adecuarla a los principios que rigen el ordena-

miento jurídico, como el de taxatividad jurídica, proporcionalidad o non bis in idem. **Esto provoca, al menos en una primera etapa, una aplicación desmedida de los tipos de blanqueo de capitales, de forma tal que pareciese que cualquier conducta realizada sobre bienes de procedencia delictiva constituye un delito de blanqueo de capitales.** (2017, p. 102) [el énfasis es nuestro]

Lo sostenido por la profesora antes citada se ve corroborado cuando revisamos el artículo 301 del Código Penal español de 1995, el cual establece:

1. El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, [...]
2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.
3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave [...]. (1995)

Como se puede observar, este precepto legal presenta una configuración del injusto penal del delito de blanqueo de capitales de corte expansivo. No solo abarca operaciones realizadas con la finalidad de ocultar, “adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes” (Código Penal español, 1995), sino también, incluso, operaciones que no exigen tal finalidad: basta con la “ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes” (Código Penal español, 1995) de origen ilícito con la conciencia de ello para constituir un delito de blanqueo. Es más, tal precepto llega a estatuir como una modalidad más de blanqueo si tales acciones (‘adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita’ y ‘ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos’) se cometen por imprudencia grave: blanqueo de capitales culposos.

Bajo el amparo de este precepto legal, el Tribunal Supremo español, en la sentencia 457/2007, llega a condenar por el delito de blanqueo de capitales a un sujeto que, como testigo en un proceso por blanqueo de capitales contra un tercero, mintió y

brindó información falsa, por lo que fue condenado, pues argumenta el Tribunal Supremo que:

contribuyó a que un tercero eludiera la acción de la justicia, tratando de exonerarle de la responsabilidad contraída por la transacción blanqueadora del dinero; con tal comportamiento también consiguió, además, consolidar los beneficios provenientes de un delito de tráfico de drogas. (2007)

El hecho de haber declarado falsamente en un proceso penal de blanqueo de capitales lo convirtió en un sujeto activo de tal delito.

En la sentencia 974/2012, el Tribunal Supremo español reconoce expresamente el corte expansivo del delito del blanqueo de capitales:

en el delito del artículo 301 el comportamiento típico se configura, tras una enumeración ejemplificadora, con una fórmula amplia al decir: «o realice cualquier otro acto» para ocultar o encubrir su origen ilícito o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos [...], por lo que no solo se comete este delito por actos de adquisición, conversión o transmisión de bienes que tienen su origen en delito grave o por otros realizados para ocultar o encubrir ese origen ilícito, sino también por medio de esa modalidad consistente en ayudar a las personas partícipes en ese delito grave a eludir las consecuencias legales de sus actos [...] Por ello se ha establecido su concepto extensivo de autor que por regla general y por expresa voluntad del legislador conlleva que toda forma de participación en esas actividades de blanqueo es una forma de autoría.

Las posteriores modificatorias del aludido artículo 301.1 significaron una demarcación más profunda del perfil expansivo, pues, por ejemplo: (i) en la Ley Orgánica 15/2003 se establece que las ganancias podían provenir de cualquier delito, independientemente de la gravedad de este; (ii) en la Ley Orgánica 5/2010 se sustituyó el término 'delito' por el de 'actividad delictiva', buscando con ello ampliar el universo del objeto material del delito del blanqueo de capitales, al no requerir una configuración total del delito, sino solo un injusto penal; y (iii) en la Ley Orgánica 1/2015 no existió una reforma del régimen del blanqueo de capitales.

Definitivamente, el corte expansivo en el fuero español a lo largo de sus reformas legislativas es evidente.

C. Fuero Nacional

En el Perú, el injusto penal del delito de blanqueo de capitales ha tenido una diversidad de configuraciones a lo largo del tiempo, pauteado por diversas reformas —y contrarreformas— que se caracterizan por un matiz dialéctico, entre un corte expansivo y restrictivo del tipo penal¹.

El Decreto Legislativo 736 incorpora por primera vez el delito de blanqueo en el Código Penal bajo la denominación de lavado de activos. Su configuración estaba vinculado al delito de tráfico ilícito de drogas y el narcotráfico, así como su tipificación exigía que las operaciones logren efectivamente ocultar el origen ilícito; por lo que, su perfil restrictivo estuvo remarcado:

Artículo 1.- Incorpórese a la Sección II, Capítulo III del Título XII del Código Penal, los artículos siguientes:

Artículo 266-B.- El que interviene en el proceso de blanqueado o lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo ya sea convirtiéndolo en otros bienes o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancaria o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare el origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis (6) ni mayor de (12) años con ciento cuarenta (140) a trescientos sesenta y cinco (365) días de multa e inhabilitación conforme al Artículo 36°. Incisos 1,2 y 4. (1991)

Luego, la Ley 25399 de febrero de 1992 aboga el precipitado Decreto Legislativo 736 y, mediante el Decreto Ley 25428, regula una vez más el delito de blanqueo de capitales con un perfil restrictivo, siempre vinculado al delito de tráfico ilícito de drogas y el narcotráfico como delito fuente. El único cambio que significó esta reforma es el aumento relevante de las penas en ambos delitos:

Artículo 296-B.- El que interviniera en el proceso de lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes, o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros facto-

¹ Para efectos ilustrativos, en el Recurso de Nulidad 1190-2019-Lima se realiza un recuento de la evolución histórica de la regulación del delito de lavado de activos.

res potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinticinco años, con ciento cuarenta a trescientos sesentacinco días-multa e inhabilitación conforme al Artículo 36°, incisos 1, 2 y 4. (1992)

Posteriormente, en junio de 2002, mediante la Ley 27765, se regula el delito de blanqueo en una ley especial, sustrayéndola del Código Penal. Otro cambio formal fue el de sistematizar en dos modalidades: (i) actos de conversión y transferencia; y (ii) actos de ocultamiento y tenencia. Empero, la reforma más importante es que el tipo penal ya no exige que las operaciones de blanqueo efectivamente oculten el origen ilícito de los bienes, sino que tan solo se realicen “con la finalidad de evitar la identificación de su origen ilícito” (2002); transformando el perfil restrictivo a un perfil expansivo:

Artículo 1.- Actos de conversión y Transferencia
El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar 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 o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, con la finalidad de evitar 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. (2002)

Luego de ello, en julio del 2007, mediante el Decreto Legislativo 986 se concretizó una contrarreforma que implicó una variación sustancial hacia un perfil restrictivo: ya no simplemente bastaba que las operaciones de blanqueo se hagan con la finalidad de evitar la identificación del origen ilícito, sino que era necesario que tales operaciones efectivamente dificulten la identificación del origen ilícito:

Artículo Único.- Modifícase los artículos 1°, 2°, 3°, 4° y 6° de la Ley 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, en los siguientes términos:

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

Posteriormente, en abril de 2012, mediante el Decreto Legislativo 1106 se dispone una reforma de la contrarreforma anterior, para volver a la fórmula de la Ley 27765: perfil expansivo, donde nuevamente solo se exige que se realicen “con la finalidad de evitar la identificación de su origen [ilícito]” (2012):

Artículo 1.- Actos de conversión y transferencia
El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar 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 ciento veinte a trescientos cincuenta días multa

Artículo 2.- Actos de ocultamiento y tenencia
El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar 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.

Finalmente, en noviembre de 2016, mediante el Decreto Legislativo 1249, se realiza una modificación de la modalidad de actos de ocultamiento y tenencia, así como se agrega una nueva modalidad: transporte, traslado, ingreso y salida por territorio nacional, dejándose incólume la modalidad de conversión y transferencia:

Artículo 1.- Actos de conversión y transferencia
EL que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será privado de su 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, posee, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, 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 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

El que transporta o traslada consigo o por cualquier medio del territorio nacional dinero en efectivo o instrumentos financieros negociacionales emitidos al portador cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país consigo o por cualquier medio tales bienes, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con igual finalidad, 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.

Como se puede ver, con esta última reforma, la configuración actual del delito de blanqueo en el Perú es de corte expansivo, pues: (i) la primera modalidad solo requiere que las operaciones de blanqueo se realicen con la 'finalidad de evitar la identificación' del origen ilícito; (ii) para la segunda modalidad, ni siquiera es necesario que tales operaciones se hagan con tal finalidad, basta las mismas operaciones con el dolo respectivo; y (iii) la tercera modalidad solo requiere que las operaciones de blanqueo se realicen con la 'finalidad de evitar la identificación del origen ilícito'.

Ahora, este escenario es el resultado –como decíamos– de un desarrollo dialéctico entre un enfoque restrictivo y uno expansivo. Su origen tuvo un enfoque restrictivo, luego se impuso una reforma de tinte expansiva, después se retornó al enfoque restrictivo y finalmente, se ha culminado con una configuración expansiva.

En lo que respecta a la jurisprudencia vinculante, esta ha realizado un desarrollo de la configuración del delito de blanqueo de capitales y otras incidencias, pero no ha hecho incapié en el punto que venimos resaltando de la evolución legislativa del delito de blanqueo de capitales: el perfil restrictivo y expansivo.

Por ejemplo, el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre del 2010, hace referencia a la Ley 27765 (modificada sustancialmente en ese momento) y al Decreto Legislativo 986 (vigente

en ese momento), sin reparar en el tránsito de su perfil: de expansivo a restrictivo. Esto no implica que no se haya advertido el cambio existente entre ambas normas: de exigir una finalidad subjetiva a exigir un resultado típico, pero no avizora las implicancias de ello en el perfil del delito. Solo realiza una descripción acrítica sin peso configurativo.

El Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116 de fecha 06 de diciembre de 2011 es un complemento del Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 que aborda tres temas puntuales: (i) delito fuente; (ii) la fase del agotamiento; y (iii) las medidas de coerción real; sin advertir el perfil expansivo o restrictivo del delito.

Por su parte, en la Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433 de fecha 11 de octubre de 2017, se aborda también tres temas puntuales: a) autonomía del delito de blanqueo; b) la necesidad de definir el concepto de gravedad; y c) el estándar de prueba. Una vez más, sin advertir el perfil expansivo o restrictivo del delito de blanqueo de capitales vigente en aquél momento: (Decreto Legislativo 1106 modificado por el Decreto Legislativo 1249).

En lo que respecta a la doctrina nacional, no hemos encontrado algún jurista que haya abordado el punto que venimos resaltando de la evolución legislativa del delito de blanqueo de capitales: el perfil restrictivo y expansivo.

Así, después de reformas y contrarreformas, finalmente, la configuración típica del delito de blanqueo termina por perfilarse con un corte extensivo paralelo y en consonancia a las directrices del Derecho Convencional y al Derecho Español; donde el argumento político de este sendero es justamente la 'necesidad de ajustarse a los estándares internacionales'.

III. LA LIMITACIÓN SUSTANTIVA A LA CULTURA EXPANSIONISTA

A. La experiencia española

El profesor Blanco Cordero, al realizar un estudio de la normatividad internacional respecto de la conducta típica de 'utilizar' –que no requiere la concurrencia de la intención de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes utilizados–, señala la 'necesidad de establecerse restricciones que limiten esta desmesurada ampliación'. En sus propias palabras:

Si optamos por una interpretación amplia, es decir, comprensiva de cualquier uso de un bien, va a ser posible imaginar infinitos grupos de casos susceptibles de ser abarcados por la

utilización, siempre y cuando concurran todos los requisitos necesarios desde el punto de vista subjetivo. Así, entre otros imaginables, podemos hacer referencia a algunos:

Caso 1: Pedro, invitado por su amiga María a darse un baño en la piscina de sus padres, conoce que éstos se dedican al tráfico de drogas, y pese a ello acude y usa la piscina. Igualmente usa la cocina, la ducha, ve la televisión, etc...

Caso 2: Antonio, mientras pasea por la calle, es invitado por su amigo Juan a subir al coche para acercarle a su casa. Durante el trayecto, Juan le confiesa que se dedica al tráfico de drogas y que el coche en el que viajan lo ha adquirido con las ganancias procedentes del mismo. Pese a su conocimiento, Antonio continúa en el coche hasta ser dejado en la puerta de su casa.

Caso 3: Conductor de autobús de una compañía recién creada, sabe que los dueños se dedican al tráfico de drogas. Pese a ello, conduce el vehículo. Igualmente, Javier, que conoce los mismos hechos, compra un billete de autobús y utiliza el servicio.

Incluso parece posible abarcar todas aquellas conductas de utilización ilegítima de bienes procedentes de un delito. Por ejemplo, la sustracción de un bien por parte de un amigo del narcotraficante, a sabiendas de su origen delictivo, con el único propósito de utilizarlo durante un tiempo y posteriormente devolverlo.

Podríamos continuar hasta el infinito en la descripción de casos. Sin embargo, surge la duda de si todos los casos aquí mencionados han de ser considerados típicos, o bien han de establecerse restricciones que limiten esta desmesurada ampliación. Esto es, se trata de determinar el límite inferior de la tipicidad en relación con el elemento normativo «utilización», de tal forma que nos permita fijar si las conductas mencionadas y similares suponen la realización del delito de blanqueo. Ello fundamentalmente debido a la amplitud de la materia de prohibición, y a la ausencia de límites expresos en la normativa, salvo los relativos al tipo subjetivo. A la hora de establecer límites, parece necesario comenzar por indicar que han de ser atípicos los comportamientos de utilización de bienes procedentes de un delito que no menoscaben el bien jurídico protegido. Por eso, surge la necesidad de incluir criterios correctores en orden a delimitar la frontera

entre tipicidad y atipicidad en los supuestos de utilización de bienes procedentes de un delito.

[...]

Parece excesivo sancionar penalmente todas las conductas de utilización de bienes procedentes de un delito, pues se llegaría a tal contaminación de bienes en la economía, que no sería posible su uso desde el momento en que existiese una sospecha de su origen. No se podrían realizar negocios con personas sospechosas de cometer delitos de tráfico de drogas o que implicasen utilización de sus bienes. (2018, p. 118)

Por su parte, la profesora Juana Del Carpio Delgado da cuenta que en esta última época el Tribunal Supremo español viene implementando una serie de criterios que permiten limitar el ámbito de aplicación del delito de blanqueo de capitales, evitando que los tipos de blanqueo sigan siendo utilizados como ‘cajón de sastre’ para castigar conductas que nada o poco tienen que ver con lo que constituye blanqueo de capitales. Afirma que la doctrina española y la jurisprudencia del Tribunal Supremo han realizado una interpretación restrictiva del artículo 301.1 del Código español que se desvincula de las normas internacionales:

Frente a esta interpretación, otro sector de la doctrina² entiende que tanto la adquisición, conversión, posesión, utilización o transmisión, como cualquier otro acto, sólo son punibles cuando se realicen con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

[...]

Esta es la postura que en los últimos tiempos admite el Tribunal Supremo. La primera sentencia en la que se trata de limitar el ámbito de aplicación del blanqueo de capitales en base a los elementos subjetivos es la STS 1080/2010, de 20 de octubre, cuyo ponente fue el magistrado Varela Castro. (2017, pp. 116-117)

Un primer intento de delimitación lo realiza el profesor Blanco Cordero cuando, al referirse a la conducta de utilizar bienes de procedencia ilícita, exige que tal utilización sea en términos de disponibilidad. Es decir, se requiere que quien utili-

² Véase, entre otros, antes o después de la reforma de 2010 del Código Penal, a Fabián Caparrós, E. (1998, p. 376); Palma Herrera, J.M. (1999, pp. 418 y ss.); Faraldo Cabana, P (2014, pp. 65 y ss.); Fernández De Cevallos y Torres, J. (2014, pp. 297 y ss.); Blanco Cordero, I. (2018, pp. 120-121).

ce un bien de procedencia ilícita ostente un derecho de disponibilidad del mismo. Quedan —de este modo— excluidos del término ‘utilización’, por ejemplo, aquellos supuestos en los cuales el sujeto activo utiliza la piscina o la casa de un traficante de drogas, o es transportado en su vehículo, sin gozar de la disponibilidad del bien que le otorgue la posibilidad de utilizarlo conforme a su uso, y en la dirección que estimen conveniente. En palabras del profesor:

Es preciso que la utilización vaya acompañada previamente de la disponibilidad del bien procedente de un delito. Requisito imprescindible es ostentar la disponibilidad de tal bien, de forma que permita su uso conforme a su función. Cuando alguien utiliza un bien procedente de un delito que no posee, al no gozar de su disponibilidad, no se puede decir que lo esté utilizando.

[...]

Son atípicas como utilización las conductas que, pese a constituir una utilización en sentido amplio, no se encuadran en el marco de la disponibilidad del sujeto, sino que, perteneciendo a otro esta posibilidad, exclusivamente lo emplea en la dirección indicada, permitida o normalmente realizada por quien puede disponer. (2018, p. 119)

Otro intento de delimitar la aplicación sustantiva del delito de blanqueo de capitales en la doctrina española —siguiendo a la doctrina alemana— lo constituye las acciones sociales adecuadas³. Al respecto, el mismo Blanco Cordero explica que:

La sanción de las conductas de adquirir, recibir u ocultar configura una norma que parece pretender el aislamiento de autor del delito previo y a sus ganancias delictivas haciéndolas no aptas para la circulación. Y ello mediante la sanción de todas aquellas personas que realicen negocios con el delincuente a sabiendas del origen de sus bienes. Sería una especie de excomunión económica de los delincuentes. Se sanciona de esta manera a quien quiebra la excomunión económica de los delincuentes. Quedan abarcados todos los negocios que se llevan a cabo con delincuentes, cualquiera que sea la cuantía de los mismos, y la finalidad a la que estén destinados. (2018, pp. 119-120)

En ese sentido, de punirse las conductas socialmente adecuadas —conductas neutrales— se tendría que imputar responsabilidad al panadero que

vende pan al narcotraficante, al comerciante que le vende alimentos, al arrendatario que le arrienda la casa, al taxista que le transporta a cambio de la tarifa normal del viaje, al camarero que le sirve bebidas alcohólicas, o incluso, al abogado que acepta el cobro de los honorarios profesionales de un cliente a sabiendas de su procedencia delictiva.

Frente a tal panorama, siguiendo al profesor Blanco Cordero, se ha realizado, en la doctrina española, una serie de propuestas que buscan limitar un tipo tan excesivamente amplio del blanqueo, pudiéndose clasificar tales propuestas en (i) propuestas limitadoras de tinte subjetivo, al considerar no punibles las conductas socialmente adecuadas, salvo que concurra dolo directo; y (ii) propuestas limitadoras de tinte objetivo, al considerar que las conductas socialmente adecuadas serían no punibles en la medida que no estarían cubiertas por el criterio del fin de protección de la norma, pues esta no busca evitar las interacciones destinadas a satisfacer necesidad vitales y humanas básicas. En el Perú, por ejemplo, se ha hecho referencia al problema de las conductas neutrales y sobre todo respecto de la labor de los abogados, en el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, donde se recurre a criterios subjetivos para descartar su punición (ver fundamento vigesimotercero-vigésimoséptimo).

Más allá de lo poco ‘sofisticado’ que le podríamos atribuir a esta serie de argumentaciones, si tomamos en cuenta el desarrollo dogmático de las conductas neutrales, lo cierto es que esto permite constatar el hecho que en la doctrina y jurisprudencia española existe una corriente de pensamiento dirigida a poner limitaciones sustantivas al delito de blanqueo de capitales.

En lo que sigue a estas líneas, vamos a presentar dos criterios normativos que ha desarrollado la doctrina y jurisprudencia españolas en aras de delimitar la excesiva amplitud sustantiva del delito de blanqueo de capitales: (i) la finalidad de ocultar el origen ilícito de los bienes; y (ii) la idoneidad del acto de blanqueo para alcanzar tal finalidad; las cuales deben estar presentes en toda modalidad de blanqueo de capitales para constituirse como tal. El Ex-Fiscal Jefe de la Audiencia Nacional de España, Zaragoza Aguado, lo precisa del siguiente modo:

Por todo ello, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender: 1) a la idonei-

³ Véase un desarrollo pormenorizado de tal criterio limitador en Blanco Cordero, I. (1997, pp. 263-291).

dad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y, 2) a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. (2018, pp. 308 y 320)

1. La finalidad de ocultar el origen ilícito

Blanco Cordero realizó diversos esbozos sobre el espacio temporal del acto de blanqueo dentro del circuito de las ganancias ilícitas, cuando indicó que las organizaciones criminales, para poder disfrutar de sus ganancias ilícitas, previamente, deben someterlas a operaciones de blanqueo: “[...] Las organizaciones criminales obtienen enormes beneficios de los diversos tráficos a los que se dedican [...]. 4. Para poder disfrutar estas ganancias sin problemas deben someterlas a una limpieza que borre su origen delictivo [...]” (2001, p. 9).

En el mismo sentido el profesor salmantino Fabián Caparros afirma “[...] sin perjuicio del trasfondo criminológico que habitualmente subyazca a las hipótesis de blanqueo –quien recicla u ordena reciclar bienes lo hace con el propósito de disfrutar pacíficamente de los rendimientos obtenidos a partir de la comisión de delitos [...]” (1998, p. 404).

Por su parte, el Tribunal Supremo español, en el fundamento noveno de la sentencia 265/2015, también grafica los contextos temporales en el fenómeno criminológico del blanqueo de capitales, cuando señala:

El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que, superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado. (2015)

En el mismo sentido, el Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116, en su fundamento noveno establece:

Por lo general las operaciones de lavado de activos tienen lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó la actividad delictiva desplegada por un tercero o por el propio actor de las operaciones de legitimación de activos. (2011)

Así, en el plano de los hechos, el acto de blanqueo se contextualiza temporalmente en un escenario posterior a la obtención de las ganancias ilícitas y anterior del disfrute de las ganancias ilícitas. Es decir, primero se obtiene la ganancia ilícita, luego se realiza el acto de blanqueo y finalmente se disfruta de tales ganancias.

El acto de blanqueo tiene su sentido existencial y la correspondiente explicación de su desvalor en el hecho de que es una estrategia funcional para alcanzar el fin buscado: gozar de las ganancias ilícitas sin tener que preocuparse por dar explicaciones de su origen ilícito. Y por lo mismo, el acto de blanqueo es tal por cuanto es apariencia por naturaleza. El carácter artificial o ficticio es su sustancia material, si es que el término lo admite. Sin este carácter artificial no tiene sentido su existencia de cara al objetivo criminológico: gozar de las ganancias ilícitas en el tráfico comercial lícito. El acto de blanqueo es tal en la medida que implique apariencia de licitud. En la sentencia 265/2015 del Tribunal Supremo español se desliza esta idea:

[...] pues en el ilícito de blanqueo, al margen de las dificultades que origina para la persecución del delito previo o para la efectividad de su decomiso, **su característica principal no reside en el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas**, ni siquiera en darles «salida», para posibilitar de modo indirecto ese disfrute [...]

La conducta del inculcado, **no se limita al mero aprovechamiento o disfrute de las ganancias obtenidas en su actividad delictiva**, sino en un acto de ocultación tanto de la procedencia del dinero como de la titularidad efectiva, con la adquisición **donde se oculta el verdadero comprador** y se **hace figurar en la transmisión como titular adquirente un tercero que se presta dicha ficción**, en aras de dar apariencia lícita a la tenencia, posesión y disfrute del vehículo. La actividad tendente a dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito, resulta evidenciada. [el énfasis es nuestro]

Ello explica por qué la doctrina y jurisprudencia española han desarrollado una corriente de pensamiento que entiende e interpreta que, en cada uno de los supuestos fácticos de blanqueo prescrito en el artículo 301, debe concurrir la finalidad de ocultar el origen ilícito de los bienes y no solo exigirlo en el numeral primero y para ciertos actos de blanqueo, como en puridad pareciera que el legislador y la comunidad internacional han normado.

El profesor Blanco Cordero lo indica de forma expresa cuando dice que:

En efecto, la normativa española exige expresamente que el sujeto activo actúe con la intención de encubrir el origen de los bienes, esto es, se precisa el dolo directo de primer grado. **Por tanto, quien vende y recibe dinero de un traficante de drogas, pese a que conozca su origen delictivo, si no actúa con la intención de ocultar o encubrir el origen de tales bie-**

nes, o de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos (artículo del Código Penal español), no realiza el tipo del delito de lavado de activos. Sólo de esta manera se puede evitar una ampliación desmesurada de la punibilidad de las conductas de lavado de activos. (2018, p. 121) [el énfasis es nuestro]

La profesora Juana del Carpio Delgado lo señala de forma más expresa cuando sostiene que:

[...] cualquiera de las conductas expresamente previstas en el artículo 301.1 del Código Penal, así como el «cualquier otro acto», son relevantes penalmente cuando se realizan con la finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos. Dicho de otro modo, estas finalidades se constituyen como elementos que condicionan la tipicidad de todas las conductas contenidas en el art. 301.1 CP. (1997, pp. 167, 286 y ss.) [el énfasis es nuestro]

Zaragoza Aguado explica que la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo español reconoce la importancia vital del elemento subjetivo de la finalidad de ocultar el origen ilícito para la configuración del delito de lavado⁴:

En definitiva, en la doctrina jurisprudencial puede encontrarse reflejada esta interpretación estricta del tipo delictivo del blanqueo, que exige que la finalidad u objeto de ocultar o encubrir bienes, o ayuda al responsable de la acción delictiva de la que proceden, esté presente en todo caso para que la conducta integre el tipo delictivo sancionado. (2018, p. 307)

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo español en su sentencia 884/2012, indicó en su momento:

De ahí que resulte indispensable operar con un criterio restrictivo, con el fin de no identificar, siempre y en todo caso, el agotamiento del delito principal con la comisión de un nuevo delito, por el hecho de que se adquiera, posea, utilice, convierta o transmita bienes, procedentes de esa actividad delictiva que precede en el tiempo [...] Resulta preciso atender, además, a la idoneidad de los com-

portamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, a la intención del autor, a su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. Para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito. (2012) [el énfasis es nuestro]

En el fundamento noveno de la sentencia 265/2015, emitida por el Tribunal Supremo español, se ha zanjado de forma muy clara la importancia del elemento subjetivo que venimos desarrollando:

En efecto, aunque el ánimo de disfrute de las ganancias no constituya un requisito típico del delito de tráfico de drogas, la obtención de beneficio y ganancias con el mismo, y su ulterior disfrute, integran un binomio de difícil escisión, de modo que la imposición de una pena autónoma por el mero hecho de adquirir, poseer o utilizar las ganancias obtenidas podría infringir la prohibición de doble incriminación. Por ello es necesario precisar que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias.

El Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que, superado el proceso de lavado de los activos, se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado.

En concreto, el artículo 301 del Código Penal sanciona como responsable del delito de blanqueo a quien adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar

⁴ De algún modo, ya sostenía algo parecido en la sentencia 884/2012 del 8 de noviembre de 2012 cuando se señaló:

“[...] para colmar el juicio de tipicidad no bastará, por tanto, con la constatación del tipo objetivo. Será indispensable acreditar la voluntad de activar un proceso de integración o reconversión de los bienes obtenidos mediante la previa comisión de un hecho delictivo, logrando así dar apariencia de licitud a las ganancias asociadas al delito”.

También, en la sentencia 277/2018 de fecha 08 de junio de 2018 se reafirmó: “para que estemos ante un delito de blanqueo será necesario, de una parte, que se trate de operaciones en las que sea detectable una finalidad específica de encubrimiento del origen ilícito”.

o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos.

[...]

La esencia del tipo es, por tanto, la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo.

[...]

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de los bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el artículo 301.1 del Código Penal. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido. (2015) [el énfasis es nuestro]

En la sentencia 507/2020, fundamento noveno, se ha zanjado de forma muy clara la importancia del elemento subjetivo que venimos desarrollando:

En efecto, el Código Penal sanciona como blanqueo de capitales aquellas conductas que tienden a incorporar al tráfico legal los bienes, dinero y ganancias obtenidas en la realización de actividades delictivas, de manera que superado el proceso de lavado de los activos se pueda disfrutar jurídicamente de ellos sin ser sancionado.

La finalidad de encubrir u ocultar la ilícita procedencia de bienes o ayudar a los participantes del delito previo, constituye, en consecuencia, un elemento esencial integrante de todas las conductas previstas en el artículo 301.1 del Código Penal. Esta conclusión se justifica porque el blanqueo pretende incorporar esos bienes al tráfico económico legal y la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión constituye un acto neutro que no afecta por sí mismo al bien jurídico protegido.

[...]

La esencia del tipo lo integra la expresión «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito»; finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo; el que

adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otro acto, para ser típico se exige que sea para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva.

[...]

Y es que el delito de blanqueo de capitales, según viene afirmando la jurisprudencia de esta Sala con el propósito de embridar los desmesurados contornos que parece atribuirle la norma (especialmente cuando pensamos en el castigo del auto blanqueo), no se consuma con el simple disfrute, gasto o transmisión de lo procedente del delito (lo que no es más que agotamiento del delito previo, es decir, un acto copenado). Requiere un elemento subjetivo: han de tratarse operaciones realizadas con la específica finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo. La última jurisprudencia sobre el art. 301 resalta la esencialidad de ese elemento subjetivo que ha de presidir todas y cada una de las conductas castigadas: «con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito». Esa finalidad u objetivo de la conducta debe guiar cada uno de los comportamientos enumerados en el precepto (sentencias 1080/2010, de 20 de octubre, 265/2015, de 29 de abril, 699/2015, de 17 de noviembre, 693/2015, de 12 de noviembre, 690/2015, de 27 de octubre ó 583/2017, de 19 de julio) para ser considerados delictivos. (Tribunal Supremo español, 2020) [el énfasis es nuestro]

En la sentencia 366/2019 se estableció:

En este sentido, ha quedado probado que todos los acusados eran conscientes de que se estaban dedicando a remesar cantidades de dinero que por su importancia y características concretas de las operaciones (destino, fraccionamiento, alteración de la identidad de los ordenantes, remuneración a percibir, etc.) sólo podían proceder de una actividad delictiva...

La acción sancionada como blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir su origen ilícito.

No comete un delito de blanqueo el joven que utiliza la piscina de un amigo, por ejemplo, aunque conozca que sus padres la han construido con ganancias delictivas, porque este tipo de conductas no incluyen intención o finalidad alguna de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o de ayudar a eludir las consecuencias legales de los delitos cometidos y, en

consecuencia, no están abarcadas por la funcionalidad del tipo delictivo de blanqueo de capitales al que no puede otorgarse un ámbito de aplicación desmedido.

Esos razonamientos llevarán a esta sentencia a considerar que el pago de los alquileres de la vivienda, o el empleo de fondos en la continuación de la actividad delictiva (importación de droga) no son constitutivos de blanqueo.

Por ello, **el delito de blanqueo de capitales no se comete por el mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias adquiridas con la comisión de un delito. Requiere la ejecución de alguna de las acciones típicas con el objetivo de ocultar el origen ilícito del bien** de que se trate o de ayudar al autor de aquel delito antecedente a eludir las consecuencias legales de sus actos. (Tribunal Supremo español, 2019) [el énfasis es nuestro]

Por su parte, en la sentencia 277/2018 se deja claro que:

No obstante, esa misma sentencia traza unos estrictos condicionantes para justificar una condena con ese presupuesto. No basta con cometer un delito de defraudación tributaria para que, acto seguido y a partir de ese momento, **cualquier inversión, gasto, uso o traslado de dinero, adquisición... se convierta en un delito de blanqueo de capitales** (auto blanqueo si es el obligado tributario quien lo hace; heteroblanqueo si es ayudado por terceros que colaboran con él: la punibilidad del auto-blanqueo venía admitida por la jurisprudencia antes de la reforma de 2010, lo que hace descarrilar la queja en ese sentido del recurrente: sentencias 796/2010, de 17 de septiembre ó 313/2010 de 8 de abril, así como Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de esta Sala de 18 de julio de 2006).

La actividad blanqueadora es algo distinto de operaciones financieras o movimientos de capital dirigidos más que a disimular el origen de los fondos (en este caso encubrir que entre esos fondos se esconde la cuota defraudada), **a propiciar su opacidad por razones también tributarias de futuro o de elusión de responsabilidades patrimoniales que pueden no tener nada que ver con el delito antecedente.** (Tribunal Supremo español, 2018) [el énfasis es nuestro]

En la sentencia 70/2021 se deja claro que el mero hecho de tener un vehículo a nombre propio sin justificación de su procedencia, sino más bien con indicios de dedicarse a la actividad ilícita no constituye blanqueo de capitales:

Es claro, así las cosas, que para que la calificación jurídica contenida en la sentencia impugnada (delito de blanqueo de capitales, previsto y penado en el artículo 301.1 del Código Penal) pudiera ser respaldada, devendría preciso que **la mera tenencia de una cantidad significativa de dinero y/o la titularidad de un vehículo de ciertas características resultara constitutiva de la figura típica** referida con tal de que su detentador no acreditase la realización de ninguna actividad laboral o profesional (vale decir: o de cualquier otra fuente lícita de ingresos) que pudiera «justificar» la tenencia de aquellos bienes. **No es así** y, en consecuencia, sirva anticiparlo ya, el motivo del recurso debe ser estimado. (Tribunal Supremo español, 2021) [el énfasis es nuestro]

Finalmente, en la reciente sentencia 212/2022 se concluye que realizar envíos de dinero ilícito y recibirlos por sí mismos no constituyen actos de blanqueo, si la finalidad fuera cualquier otra y no la de ocultar el origen ilícito.

Lo que el único indicio motivacional demuestra es que parte de las entregas de dinero al acusado se hacían mediante transferencia. Pero el acusado podía tener muchas razones para ordenar a las víctimas el envío de parte del dinero a Rumanía. Podía ser efectivamente el ánimo de ocultar su origen ilícito, pero no necesariamente. Las transferencias también podían responder a cubrir sus necesidades o las de su madre y actual pareja durante su estancia en Rumanía, ayudar a la subsistencia de su madre, o, incluso, tal y como declaró la testigo protegida, asegurar que durante su ausencia las víctimas no dejaran de entregarle lo recaudado, guiado por el ánimo de lucro y por el deseo de asegurar que aquellas permanecieran en situación de precariedad para que no pudieran escapar de su dominación. En fin, **aquellas transferencias bien podían responder al mero disfrute o aprovechamiento de las ganancias ilícitas o ser consecuencia última de un delito consumado (prostitución) y no a una finalidad buscada en sí misma.** (Tribunal Supremo español, 2022) [el énfasis es nuestro]

2. Idoneidad del acto de blanqueo

Más allá de que en el estatuto normativo español la configuración típica del acto de blanqueo no constituye un delito de resultado, sino de peligro, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal español vienen exigiendo que el acto de blanqueo sea idóneo para lograr el fin de ocultar el origen ilícito. No cualquier acto tendiente a ocultar el origen delictivo de las ganancias constituyen actos de blanqueo, si los mismos —ex ante

y objetivamente— no tienen la idoneidad para alcanzar tal fin.

La profesora española, Juana del Carpio Delgado, ha sostenido desde hace varias décadas que la configuración típica del delito de blanqueo de capitales no solo exige la presencia de una finalidad subjetiva al momento de realizar las operaciones de blanqueo, sino que además tales operaciones sean inherentemente idóneas para lograr tal finalidad⁵:

Finalidad que no se cumple con la simple concurrencia en el sujeto de la voluntad de alcanzar la realización de alguna de las finalidades que se contempla, sino como fin de la acción, reforzándose así el carácter motivador que cumplen en el sujeto. Este carácter motivador no sólo está referido a la orientación de la voluntad de la persona para alguna de las finalidades contempladas, implica, además, la idoneidad o adecuación objetiva de la respectiva conducta para el logro del correspondiente objetivo o finalidad. (2017, p. 123)

Por su parte, en la misma sentencia 265/2015 se ha indicado lo siguiente:

Por todo ello, no basta con adquirir, poseer o utilizar de cualquier modo las ganancias obtenidas ilícitamente para cometer delito de blanqueo. Es necesario atender, como ya se ha expresado: 1) a la idoneidad de los comportamientos para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico; y 2) a que esta idoneidad sea abarcada por la intención del autor, a través de su propósito de rentabilizar de forma encubierta las ganancias obtenidas. (Tribunal Supremo español, 2015)

En la misma línea, la sentencia 884/2012 destaca la:

[...] insuficiencia de la exclusiva atención a los parámetros cuantitativos, una vez superado el requisito de que la cuantía del objeto material sea relevante, como fórmula para decidir la existencia del delito de blanqueo de capitales, la cual es atender a la idoneidad de los comportamientos imputados para incorporar bienes ilícitos al tráfico económico y, cómo no, que deberían ser abarcados por la intención del autor, en su propósito de rentabilizar en canales financieros seguros las ganancias obtenidas. (Tribunal Supremo español, 2012)

B. Aplicación al sistema peruano: actos de blanqueo y actos de consumo

En el sistema nacional, después de diversos movimientos de reforma y contrarreforma, finalmente, ha imperado el carácter expansivo del delito de blanqueo de capitales. Los Decretos Legislativos 1106 y 1249 han dotado de un corte expansivo a tal delito —denominado en el Perú ‘lavado de activos’—, pues: (i) los actos de conversión y transferencia solo requieren que las operaciones de blanqueo se realicen con la **finalidad de evitar la identificación** del origen ilícito sin necesidad que se logre tal finalidad; (ii) los actos de ocultamiento y tenencia (adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener) ni siquiera necesitan hacerse con tal finalidad, basta las mismas operaciones con el dolo respectivo; y (iii) los actos de transporte, traslado, ingreso o salida del país solo requieren que las operaciones de blanqueo se realicen con la **finalidad de evitar la identificación** del origen ilícito, sin necesidad que se logre tal finalidad.

Sin desconocer la validez de trasladar algunos de los intentos de la doctrina y jurisprudencia española de delimitar la aplicación expansiva del delito de blanqueo mediante el recurso a la teoría de las conductas socialmente adecuadas, queremos poner sobre relieve la traslación de los otros dos criterios normativos desarrollado en España: (i) en todo acto de blanqueo debe concurrir el elemento subjetivo de la finalidad de ocultar el origen ilícito; y (ii) en todo acto de blanqueo, el mismo debe tener la idoneidad ínsita de lograr tal finalidad subjetiva. Esto se justifica en la medida que con ello logramos reconducir y reencausar al delito de blanqueo de capitales a su configuración original y primigenia, que dota de sentido en la trama delictiva del disfrute de las ganancias ilícitas. El acto de blanqueo es un acto por naturaleza cosmético —artificial— ficticio, que busca simular una realidad destinada a dar una apariencia de licitud a las ganancias ilícitas. No podemos desdibujar tal realidad. El acto de blanqueo está imbricado a la finalidad de ocultar el origen ilícito de las ganancias deshonestas. Sin dicha finalidad —e idoneidad— se desdibuja su naturaleza y se genera una excesiva amplitud punitiva. Es necesario volver a los orígenes. Aunado a ello, la exigencia de idoneidad del acto de blanqueo es propia de un desarrollo racional de los criterios de imputación,

⁵ En el mismo sentido, Faraldo Cabana, cuando analiza el problema del autoblanqueo con relación a las conductas de posesión y utilización, considera que cuando éstas son realizadas por el interviniente en el delito previo:

“son ontológicamente inidóneas «para ocultar o encubrir su origen ilícito» o «para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos», como exige alternatively el art 301.1 CP, por lo que parece claro que no se deben castigar”. (2014, p. 62)

por lo que ambos criterios resultan exigibles desde la racionalidad de la imputación. El adoptar estos criterios permitirá —a su vez— ordenar la función de cada institución pertinente al fenómeno del acto de blanqueo. El delito fuente será sustanciado conforme a su materia, el acto de blanqueo será sustanciado conforme al delito que le corresponde, y los activos adquiridos con las ganancias del delito fuente serán sustanciados por el decomiso o extinción de dominio, pues recuérdese que estas dos últimas categorías tienen su punto de aplicación justamente en los actos de consumo, donde se extingue —decomisa los bienes adquiridos con ganancias ilícitas—, existan o no en el intermedio, actos de blanqueo. En resumen, podríamos decir que el acto de blanqueo es un asunto de tipificación y el acto de consumo es un asunto de recuperación de activos ilícitos mediante el decomiso o la pérdida de dominio.

Ilustremos la cuestión con un ejemplo.

Caso 01: imaginemos el caso de un narcotraficante X que, una vez comercializado la droga y obtenido una ganancia de USD 80 000, decide adquirir con dicha ganancia el Mercedes Benz soñado desde su juventud. Empero, las normas que regulan las adquisiciones de bienes vehiculares de cuantías elevadas requieren bancarización. Por ello, X decide crear una cuenta bancaria en dólares en el INTERBANK bajo su titularidad y realiza el depósito de los USD 80 000 con diversas explicaciones compatibles con la licitud. Luego, acude a la concesionaria y celebra el acto de compra de venta de tal vehículo, para lo cual realiza la transferencia respectiva desde su propia cuenta bajo su titularidad. Lo mismo cabe decir, si X no decide aperturar una cuenta bancaria bajo su titularidad, sino que realiza el pago con un depósito directo en la cuenta bancaria de la concesionaria. Finalmente, realizado el pago, X procede a hacer uso de su vehículo adquirido. Realmente ¿el acto de aperturar una cuenta bancaria a su nombre, realizar el depósito de los USD 80 000 personalmente, suscribir el contrato compra venta con la concesionaria a su nombre y realizar la transferencia desde la cuenta de su titularidad —o realizar el depósito— constituye un acto de blanqueo en la modalidad de conversión y transferencia? ¿Qué X conduzca el vehículo constituye un acto de blanqueo en la modalidad de poseer y utilizar? ¿Es posible imputar también este delito al agente del banco y/o concesionaria si tuvieron el dolo eventual de conocer el origen ilícito del pago por las explicaciones no verosímiles de X en la modalidad de recibir?

Ahora hagamos unas variaciones en el caso 01, que da lugar al caso 02: imaginemos que X una vez obtenido la ganancia y queriendo comprarse

el vehículo de sus sueños, decide adquirirlo, pero ante el riesgo de detección de la procedencia ilícita, pues no tiene un negocio lícito que justifique la posesión de USD 80 000, decide previamente blanquear el dinero. Para ello, decide utilizar un testaferro Y, quien constituye una empresa *offshore* en un paraíso fiscal con titularidad en reserva, donde apertura una cuenta bancaria a nombre de tal empresa y realiza en tal cuenta el abono de los USD 80 000 como aporte de capital inicial. Luego, X, en el Perú, constituye una empresa fantasma de servicios donde el único titular es su hermano Z que vive en los Estados Unidos, quien otorga poder absoluto a X en la administración de la empresa. Para ello, X apertura una cuenta bancaria de la empresa fantasma. Posteriormente, X simula un contrato de prestación de servicios entre la empresa peruana fantasma con la empresa *offshore* por un plazo de 18 meses percibiendo por ello unos honorarios mensuales, que sumados justamente alcanza los USD 80 000. Una vez recibido los ‘honorarios’ en la cuenta de la empresa fantasma, procede a acudir a la concesionaria y realiza el contrato con intervención de la empresa fantasma y el respectivo pago bancarizado desde la cuenta de la misma empresa. Finalmente, cuando X conduzca el vehículo recién adquirido es intervenido. ¿El acto de utilizar un testaferro, crear una empresa *offshore* en un paraíso fiscal bajo anonimato, crear una empresa de servicios fantasma en el Perú a nombre de su hermano, otorgar el poder representativo, simular un contrato de servicios, recibir sus ‘honorarios’, suscribir el contrato de compraventa con la concesionaria y realizar la transferencia acaso no son circunstancias fácticas que implican un hecho distinto al caso 01? ¿Acaso estas circunstancias diferenciales no marcan el traspaso de un umbral? ¿Acaso estas circunstancias no justifican un tratamiento punitivo distinto?

En el caso 02 existe un cúmulo de actos cosméticos, artificiales y ficticios que encuadran dentro de lo que se entiende como actos destinados a ocultar la procedencia ilícita de los USD 80 000, mientras que en el caso 01 solo existen actos destinados a concretizar el consumo y goce de las ganancias ilícitas: la suscripción del contrato de compraventa y la transferencia no son actos artificiales, son actos destinados a concretizar el disfrute de los bienes ilícitos. Estos no pueden ser calificados como actos de blanqueo, pues no tienen la finalidad y la idoneidad de ocultar la procedencia ilícita, sino tan solo a concretizar el goce y disfrute de las ganancias ilícitas.

Desde nuestra perspectiva, el caso 01 no presenta actos típicos de blanqueo de capitales. Son meros actos destinados al consumo/goce de necesaria realización para efectivizar el goce de los bienes

ilícitos, que bien pueden ser decomisados de condenarse los hechos de tráfico de drogas o en todo caso, sometidos a la pérdida de dominio. Aquí se erige la figura de otras instituciones como el decomiso y la pérdida de dominio que tienen como finalidad evitar el goce y disfrute de bienes de procedencia ilícita. La institución del blanqueo de capitales no tiene como finalidad punir los actos de consumo y goce de ganancias ilícitas, sino de aquellos actos artificiales que buscan y tienen la idoneidad de dar un manto de licitud a tales ganancias. El decomiso y la pérdida de dominio, efectivamente, sí tienen la finalidad de evitar el goce de bienes obtenidas con ganancias ilícitas.

De lo que se trata es apuntalar una postura racional que busca discriminar entre los actos destinados al consumo/goce de los actos propios de blanqueo. Estos últimos –como venimos insistiendo– constituyen actos ‘cosméticos’ que originan una apariencia, un montaje, un escenario artificial. Los actos propios de blanqueo es artificio por esencia, destinados y con la idoneidad de ocultar la identificación del origen ilícito de los bienes. Por su parte, los actos de consumo/goce son actos reales de concreción, no artificiales ni cosméticos. No buscan crear un montaje, un escenario artificioso. Son lo que son. Esto permitirá ordenar la función de cada categoría involucrada: delito fuente, delito de blanqueo de capitales, extinción de dominio y decomiso.

De alguna manera, la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú ha abordado ‘a tientas’ la diferenciación entre el acto de blanqueo y el acto de consumo, así como su contextualización temporal en la sentencia recaída en el Recurso Nulidad 33-2014/Lima:

Tercero. Que los suscritos consideramos hacer mención del grado de intervención atribuido por la fiscalía a las procesadas Mirella Soberón Alayza y Melissa Soberón Alayza, con el exclusivo propósito de incidir en que son calificadas como autoras del delito de lavado de activos. Así pues, cabe interrogarnos cuál es el propósito de un lavador de activos.

La función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios; en tal sentido, su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado en la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen y componentes ilegales.

Lo que normalmente hace un delincuente con ganancias obtenidas por su accionar delictivo es utilizarlas en la adquisición de bienes y servicios. El acto de lavado debe tener como

contexto de actuación la finalidad de evitar la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso; así pues, cualquiera de las modalidades del delito de lavado de activos está caracterizado por el propósito único de integrar los activos maculados al sistema económico legal.

La interrogante que no ha sido dilucidada es conocer si esta fue la finalidad de las acusadas o que pruebas existen en los actuados para arribar a sostener que ellas tenían dicho propósito. (2014)

Del mismo modo, a continuación, citaremos diversos pronunciamientos donde se ha reconocido que la finalidad de ocultar el origen ilícito de las ganancias ilícitas constituye un elemento del tipo penal, y cuando no se presenta tal elemento, no estamos ante una operación de blanqueo, sino –conforme a nuestro entendimiento– ante un acto de consumo/goce u otro; pero claro, siempre en aquellas modalidades que el legislador ha plasmado como exigencia tal elemento subjetivo:

Casación 333-2012/Puno:

Octavo: [...] se debía tener presente que el delito de lavado de activos constituye un conjunto de operaciones realizadas por una o más personas naturales o jurídicas, tendientes a ocultar o disfrazar el origen ilícito de bienes o recursos que provienen de actividades delictivas, el cual se desarrolla usualmente mediante la realización de varias operaciones, encaminadas a encubrir cualquier rastro de origen ilícito de los recursos [...]. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2012)

Recurso de Nulidad 29-2017/Lima:

5.2. Análisis jurisdiccional

5.2.1. Lavado de activos

d. La parte civil al formular su planteamiento de impugnación sostiene que concurren una pluralidad de indicios, que justifican la condena por el delito de lavado de activos de los ahora procesados; sin embargo se debe considerar que si bien se halló dinero, en la suma de ciento cuarenta mil dólares americanos, así como dos mil ciento ochenta y tres, con cincuenta céntimos de sol; este hecho, en sí mismo, no constituye un supuesto típico del delito de blanqueo de capitales, dado que dicho tipo penal, además de la supuesta configuración objetiva del tipo penal, requiere la concurrencia del elemento subjetivo que debe estar relacionado con la modalidad imputada, en este caso la de ocultamiento de bienes; así pues el Tribunal Superior determinó que dicho elemento no concurre, y que si bien aparece una pericia

contable que concluye que todos los agentes presentan un desbalance patrimonial, sostuvo la Sala Superior que dicho documento tampoco constituye prueba suficiente para estimar la intención de lavar dinero; sino que, conforme a la lógica de la imputación, dicho dinero se hallaba destinado a la adquisición de droga para que esta organización prosiga con su afán delictivo. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2017)

Recurso de Nulidad 2547-2015/Lima:

6.2. Análisis jurisdiccional

D. Carácter de las adquisiciones de los bienes objeto de delito

6.2.14. Inicialmente merece atención sostener que la adquisición de los bienes ahora juzgados se produjo por instrumentos públicos, en el que los procesados empearon sus nombres sin la intervención de terceros o testafierros, este proceder desde luego restringe un presunto ocultamiento de los bienes que el Ministerio Público sostiene que se adquirieron como consecuencia de actividades ilícitas. Nótese también que la procesada reconoció en sus declaraciones a nivel de juicio oral la adquisición de dichos bienes, así como sus montos. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2015)

Recurso de Nulidad 2176-2014/Lima:

QUINTO: Que para poder imputar objetivamente el acto de lavado de activos debe conducirse organizadamente al autor, esto es, que los actos de conversión, transferencia, se muevan fuera del ámbito del riesgo permitido; pues únicamente cuando en los casos en que al agente entra en un contexto marcadamente delictivo, se perderá la neutralidad de la actuación; así en el presente caso, el comportamiento desplegado por los procesados se encuentra comprendido en la moderna doctrina penal como una conducta inocua o neutral, dado que la sola constitución de empresas sin más no es indicativo de la configuración del delito de lavado de activos, si a la par no existen elementos probatorios adicionales y convergentes que den cuenta de un accionar tendiente a la procura de cubrir u obstaculizar la procedencia ilícita de dinero ilícitos, obtenidos a su vez de actividades delictivas, observándose la ausencia del dolo; pues no basta la verificación del delito previo o antecedente para configurar la comisión del delito de lavado de activos, pues afirmar la criminalización de la sola intervención en actividades empresariales que involucren el movimiento de bienes y dinero, contravendría lo prescrito por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, bajo la cláusula de

la prohibición de la responsabilidad objetiva. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2014)

Recurso de Nulidad 399-2014/Lima:

SÉTIMO.- Por otro lado, se tiene que el representante del Ministerio Público no logró acreditar el *animus* de los encausados Cecilia Leticia y Gino Francisco Ibárcena Dworzak, esto es, la intención de que las transferencias de los referidos inmuebles hayan sido con el único propósito de ocultarlos a fin de no ser comisados o incautados a propósito del proceso instaurado contra Américo Ibárcena Amico por la presunta comisión del delito contra la administración pública. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2014)

Recurso de Nulidad 3657-2012/Lima:

PRIMERO

1.2. [...] Analizando el tipo penal desde esta perspectiva no es necesario probar con respecto al delito fuente, ni siquiera su existencia, sino solo todos aquellos actos directos y periféricos, que en el momento de la realización de los actos de conversión y transferencia podrían hacer presumir al agente, que lo que se pretendía con este acto, era dificultar la identificación del origen, incautación o decomiso de un eventual actividad ilícita; y vi) que, no es necesario probar ni siquiera de qué delito se trata, ni cuándo se cometió este, teniendo claro lo referente al tipo subjetivo. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2012)

Recurso de Nulidad 786-2021/Lima Norte:

Ahora bien, la punición del delito de lavado de activos nos remite a sancionar todo aquel acto, procedimiento u operación orientada a otorgar una apariencia de legitimidad a los bienes o recursos que provienen de actividades delictivas [...]. Desde un plano de tipicidad objetiva se tienen como verbos rectores de este delito: convertir, transferir, adquirir, utilizar, guardar, custodiar, recibir, ocultar, administrar o transportar, conductas que recaen siempre sobre bienes (dinero, títulos valores, efectos o ganancias) de origen delictivo, cuyo fin es justamente el de dificultar la identificación de dicho origen maculado. De aquí que se configure en un delito eminentemente doloso. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2021)

Recurso de Nulidad 843-2018/Sala Penal Nacional: "Cuarto: [...] Por otro lado, que no está acreditado que Sergio Fontanellas Bobo haya inyectado dinero en la empresa Mercury S. A. con la finalidad de ser una empresa de fachada y para dar apariencia

de legalidad a las actividades ilícitas⁶” (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2018).

Recurso de Nulidad 1602-2018/Nacional:

Undécimo. No son de recibo los actos de transferencia o distribución por los gastos de manutención del procesado. Destaca lo indicado por el Tribunal Superior al respecto, toda vez que la imputación en este extremo se apoya en una presunción (la manutención mensual del procesado durante ocho años habría sido el equivalente a la remuneración mínima vital vigente en dichos periodos); pero, principalmente, descontextualiza la finalidad de la criminalización de los actos de lavado de activos, al penalizar la mera satisfacción de las necesidades más urgentes de una persona, como la alimentación o el vestido: «Los actos dirigidos a satisfacer las necesidades básicas para la vida de los delincuentes no constituyen delito de lavado de activos». (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2018)

Recurso de Nulidad 1761-2016/Lima:

Vigesimonoveno. Ahora bien, de acuerdo a la requisitoria oral efectuada en la vigésima séptima sesión obrante a fojas 57 670 –Tomo 138–, el Ministerio Público encuadró la conducta imputada al encausado (haber participado en la creación de la empresa World Trading Group S.A.C. y Negocios Generales Concorde S.A.C.) en el delito de Lavado de Activos en la modalidad de «Actos de Conversión» (ver fojas 57 686), tipificado en el artículo 1 de la Ley 27765. Al respecto, dicho tipo penal exige al autor, no solo que convierta dinero, bienes efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, sino, además de ello, que esta conversión del bien maculado se haga con la finalidad de evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso (elemento subjetivo de trascendencia interna). (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2016)

Recurso de Nulidad 2303-2017/Lima:

Decimosexto. Atendiendo al contenido de la Ley 27765, Ley Penal contra el Lavado de Activos, y su modificatoria –mediante Decreto Legislativo 986–, es posible observar con claridad que la estructura típica del delito de lavado de activos exige la concurrencia de los siguientes elementos normativos:

16.1. La realización de alguno o algunos de los verbos rectores (convertir, transferir, adquirir,

utilizar, guardar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder).

16.2. Que esas acciones recaigan sobre bienes (dinero, efectos o ganancias) cuyo origen ilícito conoció o pueda presumir el agente.

16.3. Que la conducta del agente dificulte (en el caso del Decreto Legislativo 986) o tenga por finalidad evitar (en el caso de la Ley 27765) la identificación de su origen, su incautación o decomiso. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2017)

Recurso de Nulidad 2112-2019/Nacional:

Vigésimo: [...] La acción de transferir debe tener como fin ocultar el rastro de la actividad ilícita, importando una especial dificultad para su identificación. No se trata, pues, solo de transferencias bancarias, sino de toda actividad de transformación sucesiva y continua de bienes como permutas, reventas, etcétera. (Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, 2019).

En el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, en sus fundamentos vigésimo y vigésimoprimer, al referirse a la Ley 27765, de alguna manera, se hace referencia al hecho de que la exigencia de finalidad subjetiva de dificultar la identificación del origen ilícito de las ganancias constituía un filtro de tipicidad; empero, esto solo es una descripción acrítica de la norma vigente en aquel momento y limitado solo a aquellos supuestos donde la misma ley lo admite. No propugna que tal criterio se extienda a todo acto de blanqueo, pero permite avisar que dicho filtro tiene, de alguna manera, una bondad limitadora de la tipicidad.

Así, estos pronunciamientos, como decíamos, si bien están sujetos a la configuración normativa del delito de blanqueo vigentes al momento de los hechos, y por lo mismo, no pueden desvincularse del perfil expansivo; lo cierto es que permiten legitimar los criterios de exigir la finalidad subjetiva y, de algún modo, el criterio de la idoneidad del acto que es consustancial al elemento subjetivo, sin desconocer que, sobre este criterio, lo cierto es que no existe referencia alguna en la jurisprudencia nacional. Ambos criterios resultan racionales y debe ponerse sobre la mesa de debate si tales criterios deberían ser exigidos en toda modalidad de blanqueo de capitales previsto en la normatividad, pues como hemos visto: i) la primera modalidad (actos de conversión y transferencia) y tercera modalidad (transporte, traslado, ingreso y salida) requieren que las operaciones de blanqueo se rea-

⁶ Ver apartados 7 y 13 del acápite VIII de la sentencia.

licen con la **finalidad de evitar la identificación** del origen ilícito; pero la segunda modalidad (actos de ocultamiento y tenencia) no requiere que tales operaciones se hagan con tal finalidad, basta las mismas operaciones con el dolo respectivo. Nuestra postura es que los dos criterios se apliquen a todas las modalidades. Solo así se podría reconducir al delito de blanqueo a sus orígenes y reconciliarlo con su instrumentalización criminológica; de tal forma que se evite punir como actos de blanqueo, operaciones que poco o nada tienen que ver con 'blanqueo'.

El derrotero encaminado por la experiencia española marca el sendero que el Perú debe seguir para racionalizar el contenido típico del delito de blanqueo de capitales; aunque no deja de ser cierto que, en el estatuto español, la redacción del tipo penal —a diferencia del estatuto nacional— permite aplicar los dos criterios racionalizadores recurriendo a una simple interpretación restrictiva, de tal forma que no se requiera recurrir a una reforma legislativa; aunque lo cierto es que finalmente terminan por apartarse de lo legislado en el fuero convencional, con lo que implica tal cosa en la cultura de la Unión Europea. En nuestro caso, se requiere una reforma legislativa para aplicar tales criterios, pues la redacción y sistematización del tipo penal no deja duda de su configuración expansiva y desvincularse del mismo no es permisible vía interpretación.

IV. A PROPÓSITO DE LOS APORTES DE CAMPAÑA DE ODEBRECHT Y OAS Y LA TÉCNICA DEL 'PITUFEO' EN EL PERÚ

En el Perú, actualmente, existen diversos procesos penales contra diversos altos funcionarios del Estado y personas políticamente expuestas por el delito de blanqueo de capitales vinculados a los aportes de campaña electoral que hizo en su momento Odebrecht y OAS, así como a la práctica denominada 'pitufo'. Por ejemplo, tenemos el caso en contra de Ollanta Humala y Nadine Heredia, Alan García Pérez, Keiko Fujimori Higuchi, etc. Solo para efectos ilustrativos, vamos a plasmar extractos de los hechos imputados a alguno de ellos:

Caso Ollanta Humala y Nadine Heredia⁷

04° Del mismo modo —en la referida campaña electoral— la investigada Nadine Heredia Alarcón y su cónyuge Ollanta Moises Humala Tasso habrían recibido dinero hasta por

la suma de cuatrocientos mil dólares, por parte de los representantes de las empresas ODEBRECHT y OAS, en procura del financiamiento partidario (dinero que sería el producto de actos de corrupción producida en Brasil, en mérito de los cuales se encuentran siendo investigadas actualmente). Contaron para ello con la colaboración de Martín Belaunde Lossio, quien habría recepcionado personalmente dicho dinero, custodiándolo temporalmente hasta su posterior entrega a Ilan Heredia Alarcón, por órdenes de la investigada Nadine Heredia Alarcón.

05° Por otro lado, tras aceptar el «Partido Nacionalista Peruano» la invitación realizada por la agrupación «Unión por el Perú» —cuya postulación presidencial se lanzó a nombre de esta última—, las personas de Ollanta Humala Tasso y Nadine Heredia Alarcón habrían destinado parte del dinero obtenido (de presunta fuente ilícita) en el financiamiento de la campaña electoral 2006 del Partido Político Unión por el Perú.

En dicho contexto, Ollanta Humala Tasso designó a su cuñado Ilan Paul Heredia Alarcón como Tesorero Titular del Partido Nacionalista Peruano, con el objeto de administrar las finanzas propias de dicha agrupación política. Ante la necesidad de poseer una cuenta bancaria a nombre del partido, Ilan Heredia de forma mancomunada con dona Maribel Amelita Vela Arévalo apertura el 31 de diciembre de 2005 una cuenta en moneda extranjera en el Banco Continental —N° 00110150 01 0200262650—; donde no se habría canalizado el total del dinero manejado en la campaña electoral del año 2006, ya que ante la imposibilidad de justificar los haberes presuntamente mal habidos, habrían sido administrados directamente por Ilan Heredia, quien además se habría encargado de darle apariencia legal (y con ello dificultando la identificación de su origen), procediendo a simular la aportación financiera de personas naturales, así como otros ingresos de campaña. Dicha labor no se habría realizado a la perfección, toda vez que la ONPE —dentro del procedimiento administrativo de control de finanzas partidarias— observó diversas anomalías en cuanto al cálculo de sus haberes y la carencia de documentación sustentatoria, llegando a señalar que no se le habría permitido realizar un arqueológico global de todos sus ingresos y que estos (en apariencia formal) habrían sido menores que los gastos

⁷ Requerimiento de Prisión Preventiva de fecha 10 de julio de 2017 [Carpeta Fiscal 69-2015 / Expediente 249-2015 / Segunda Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Lavado de Activos] y Resolución Uno de fecha 07 de mayo de 2019 que corre traslado de requerimiento mixto de sobreseimiento y acusación [Expediente 249-2015-59-5001-PE-JR-01]. Actualmente el proceso se encuentra en la etapa de juicio oral.

realizados; coligiéndose que se habría alcanzado información apócrifa para guardar apariencia formal sobre las fuentes de financiamiento.

[...]

07° Tal y como habría ocurrido en la campaña electoral presidencial del 2006, **la investigada Nadine Heredia Alarcón y su cónyuge Ollanta Humala Tasso en el contexto de la campaña de elección presidencial del año 2011, habrían recibido dinero proveniente de las empresas privadas Odebrecht y OAS, cuya fuente sería el producto de actos de corrupción producida en Brasil y Perú** (en este último extremo al percibirse el 2.5% del valor de la obra denominada Mejoramiento de la Capacidad Resolutiva de los Servicios de Salud del Hospital Antonio Lorena Nivel III-I-Cusco, tras adjudicarse dicha obra a la empresa OAS, por parte del ex Presidente del Gobierno Regional de Cusco, por el Partido Nacionalista Peruano, Jorge Isaacs Acurio Tito), en mérito de los cuales se encuentran siendo investigadas actualmente.

Dinero, **que en parte habrían destinado al financiamiento de la candidatura de Ollanta Humala Tasso por el Partido Nacionalista Peruano**, utilizando en este ámbito temporal la denominación «Gana Perú». Lo que habrían realizado con la colaboración de Ilan Paul Heredia Alarcon (como Tesorero de facto) y Mario Julio Torres Aliaga (como Tesorero legal del partido); quienes **dificultando la identificación del origen dinerario, habrían procedido a simular la aportación financiera de personas naturales (aportantes falsos), con el propósito de legitimar los presuntos activos ilícitos, presentando información espuria a la ONPE (como Órgano Electoral supervisor del financiamiento de los partidos) incluso en la rendición de sus gastos, a fin de dar apariencia de legalidad dichos aportes.** (2017) [el énfasis es nuestro]

Caso Keiko Fujimori - Fuerza Popular⁸

El hecho investigado gira sobre la constitución de una Organización Criminal en el interior de un Partido Político Fuerza 2011(hoy Fuerza Popular) que tenía entre sus fines obtener el poder político, **recibiendo para ello aportes ilícitos provenientes de actos de corrupción del grupo empresarial brasileño Odebrecht en el Perú y diversas localidades del mundo, para que luego estando en el poder se retribuya estos aportes ilícitos mediante el otor-**

gamiento de obras sobrevaluadas (ejecutivo), beneficios normativos (legislativo) y/o favorecimiento judicial (judicial), continuando así como un mecanismo de corrupción empresarial y estatal.

Se ha identificado los niveles de la Organización Criminal:

- (a) Liderazgo y Jefatura: Keiko Sofía Fujimori Higuachi (Presidente)
- (b) Líderes y encargados de la captación de dinero ilícitos: Clemente Jaime Yoshiyama Tanaka (Secretario Nacional General), y Augusto Mario Bedoya Camere (Secretario Nacional de Economía);
- (c) Encargada de la administración y colocación de los dineros ilícitos captados: Adriana Tarazona Martínez de Cortes (Tesorera Alterna del 2009 y 2012)
- (d) Colaboradores de la Organización Criminal: Un primer grupo **lo constituirían personas con vínculos de familiaridad, amicalidad, laboral y empresarial, que habrían figurado como aportantes para ingresar fondos de procedencia ilícita.**

Un segundo grupo lo constituirían personas que, teniendo vínculos entre ellos por familiaridad, amistad o laboral, o por tener vínculo de familiaridad y amistad con miembros de Fuerza 2011, **han colaborado con la organización aceptando ser aportantes, sin haberse acreditado dicho aporte personal**, entre ellos tenemos: Ytalo Ulises Pachas Quiñones y otros. Ellos habrían prestado sus nombres para aparecer como aportantes, cuando en realidad no lo serían, colaborando con el ocultamiento de estos dineros, siendo que algunos de ellos habrían recurrido al ofrecimiento de dinero **de otros testigos para que declaren falsamente que también han aportado dinero al partido de fuerza 2011 en su campaña del año 2011.**

Un tercer grupo de personas que han colaborado con la organización criminal, corresponden a personas que **cumplieron la función de transportar y/o depositar los dinero de procedencia ilícita en las cuentas del Partido Fuerza 2011**, y de ello se ha identificado por medio del los Boucher de depósito bancario en el Banco Scotiabank, toda vez que aparecen en varios de ellos firmas recurrentes y en pocos casos los número de DNI, siendo que se ha identificado entre estos a: Angela Berenice Bautista Zere-melco y Daniel Mellado Correa.

⁸ Auto de detención preliminar judicial de fecha 09 de octubre de 2018 [Expediente 299-2017-28-5001-JR-PE-01] y Auto de Vista que revoca prisión preventiva de fecha 30 de abril de 2020 [Expediente 299-2017-36-5001-JR-PE-01]. Actualmente el proceso se encuentra en la etapa de juicio oral.

Un cuarto grupo de personas que han colaborado con la organización criminal, corresponden a personas que, laborando en el organismo estatal encargado de la verificación y Supervisión de Fondos Partidarios, esto es, la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la ONPE, emitieron informes técnicos que favorecieron a la Organización Criminal en el lavado de activos que se investiga.

Un quinto grupo de personas que han colaborado con la organización criminal, corresponden a personas que habrían realizado actos de ocultamiento y/o destrucción de la investigación a favor de la organización criminal, realizando actos de captación de falsos aportantes y perturbación de averiguación de la verdad, se tiene los casos siguientes: Erick Giovanni Matto Monge, Luis Alberto Mejia Lecca, Jorge Javier Yoshiyama Sasaki y otros. (2018) [el énfasis es nuestro]

[...] Suma de USD 2 000 000. De igual modo, en cuanto al delito de lavado de activos, por los hechos vinculados a la campaña presidencial del año 2016; esto es, **por los extraños montos de dinero que ha recaudado por supuestos cócteles, tales como el realizado el 21 de diciembre del 2015, en que se recolectó la suma de S/. 710, 419. 00; y según el Diario El Comercio en su portal web detalla que en la fecha 13 de febrero del 2016, no se reportó el otro cóctel realizado el 14 de noviembre, cuando se inicia la fiscalización de la ONPE; debiendo investigarse las aportaciones a la actual campaña por más de aproximadamente S/. 1 700 000.00, así poder evitar consignar a los donantes...** (Así parece transcrito en el numeral 38 la resolución impugnada). (2020) [el énfasis es nuestro]

Ambos casos tienen un común denominador: se refieren a aportes destinados a financiar los gastos de campaña electoral de la candidatura correspondiente, como, por ejemplo, el pago de proveedores. Es decir, en estos casos, el Ministerio Público imputa que determinados fondos acumulados por Odebrecht y OAS eran destinados para financiar a los candidatos que tenían posibilidades de obtener el cargo público con la expectativa de que, de concretizarse la obtención del cargo público, pueda recibir la contraprestación consistente en la asignación de obras públicas. Este *modus operandi* sería la trama ‘delincuencial’ a gran escala, que según la hipótesis del Ministerio Público llegaba a financiar las candidaturas de varios postulantes y competidores con el fin de aumentar las posibilidades de obtención del cargo público y el retorno económico mediante la adjudicación de obras públicas. Del mismo modo, la práctica usual, al momento de reportar los aportantes, ingresos y gastos de campaña ante ONPE, es la implementa-

ción de la técnica del ‘pitufeo’, que consisten en reportar ante el ONPE como aportantes ficticios a un cúmulo de personas, cuyos aportes suman el total del aporte del aportante real, como es Odebrecht y OAS, quienes, en sus respectivos casos, no aparecen en los reportes.

Dicho común denominador no implica ni desconoce la diversidad de operaciones que se han puesto en práctica para trasladar los fondos de Odebrecht y OAS hacia los partidos. En algunos casos, los aportes han sido en efectivo, en especie, otros mediante depósitos bancarios, transferencia, etc., pero finalmente todos ellos constituyen aportes de campaña camuflados por diversos aportantes ficticios o actividades económicas ficticias como ‘cocteles’, ‘rifas’, etc.

La cuestión a dilucidar es si tales operaciones que se ponen en marcha para lograr que los fondos de Odebrecht y OAS lleguen a financiar los gastos de campaña y la práctica del ‘pitufeo’ y otras similares constituyen por sí mismos, actos propios de blanqueo destinados a dificultar el origen delictivo del dinero, o, constituyen actos destinados a concretizar un acto de consumo/goce del dinero ilícito.

A. La finalidad de los aportes de campaña de Odebrecht

Si las operaciones traslativas consisten en recibir el dinero de supuesta procedencia ilícita de Odebrecht y OAS —en efectivo o en una cuenta bajo titularidad determinada—; luego dicho dinero resulta transferido o depositado bancariamente a la cuenta bancaria del partido y, finalmente, se procede a retirar dichos fondos para costear los gastos de campaña, ¿dónde están los actos ficticios, artificiales, cosméticos, fabricantes de un escenario simulado dirigidos a ocultar el origen ilícito? Acaso, ¿no son meros actos destinados a concretizar el acto de consumo/goce de financiar los gastos de campaña? Mientras no exista un acto ficticio y artificial destinado —y con la idoneidad— a ocultar el origen ilícito del aporte, no podríamos calificar tales operaciones como actos de blanqueo, sino como actos de consumo destinados a concretizar el financiamiento de los gastos de campaña. Para Odebrecht y OAS podría ser operaciones de ‘inversión’ con retorno futuro, mientras que para el partido son operaciones necesarias para concretizar su financiamiento, pero estas finalidades no son típicas del delito de blanqueo de capitales. El fin y la idoneidad del acto no es blanquear el dinero, sino financiar los gastos de campaña. Que el fin ulterior sea la de enganchar al candidato y asegurar un retorno mediante adjudicaciones de obras públicas no lo convierte en acto de blanqueo. El carácter ilícito es por su

origen no por su finalidad. Se pune el blanqueo en mérito al origen ilícito no por su finalidad ilícita.

Si los supuestos actos de blanqueo no están dirigidos a dificultar la identificación del origen ilícito de tales bienes, entonces no estamos ante actos propios de blanqueo de capitales.

Insistimos. El hecho de haber recibido dinero de supuesta procedencia ilícita y luego transferirlo o realizar cualquier otra operación, cuya finalidad fuera la de solventar los gastos de campaña no constituyen actos de blanqueo de capitales, pues tales actos, tal como lo ha planteado el Ministerio Público en diversos casos no están destinados a dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes, sino a efectivizar un acto de consumo/goce: por parte de Odebrecht y OAS es invertir en las candidaturas de posibles ganadores; mientras que, para el partido político, es pagar a los proveedores de la campaña. En la medida que no exista imputación fáctica de alguna operación que importe, implique y signifique una finalidad e idoneidad de dificultar la identificación de la procedencia ilícita, tales operaciones de recepción, transferencias u otras simplemente constituyen actos necesarios para efectivizar los gastos de campaña. Era necesario recibirlos y luego transferirlos para costear los gastos en proveedores de la campaña electoral, sin que esto implique un montaje ficticio que importe una apariencia de licitud. La finalidad de solventar los gastos de campaña no constituye un elemento del tipo penal del blanqueo de capitales. La finalidad del acto de blanqueo y sobre todo la idoneidad del mismo debe ser la de aparentar una licitud que dificulte la identificación de la procedencia ilícita. Son dos cuestiones distintas, que serán desarrollados en el acápite siguiente.

En nada cambia el hecho de que en las operaciones destinadas a trasladar los fondos de Odebrecht y OAS hacia los partidos políticos se hayan realizado de una manera tal que dificulte la identificación del titular de dicho aporte; o, que ya habiendo sido trasladado los fondos, se realice actividades como ‘rifas’ o ‘cocteles’ con la misma finalidad, pues ambos supuestos no constituyen actos de blanqueo, al no buscar ocultar el origen/naturaleza/carácter ilícito. Son dos cuestiones distintas. Una cosa es ocultar el origen/naturaleza/carácter ilícito de las ganancias y otra cosa es ocultar el titular de tales ganancias. Esto debe ser tomado con atención, pues existe el preconcepto de no admitir que estos intentos de ocultar al verdadero aportante queden sin castigo, al entender que detrás de esta finalidad camufladora del titular del aporte está el hecho de que, al ocultar al titular del aporte, luego, cuando el candidato –ya ocupando

el cargo público– compense tal aporte mediante la adjudicación de la obra pública, dicha adjudicación no se vea enlazada al titular del aporte; es decir, existe el preconcepto de no admitir que no sea posible determinar la trazabilidad que lleve a enlazar el aporte pasado con la adjudicación futura. Esto permite evitar, de algún modo, que las autoridades que investigan y juzgan la adjudicación no cuenten con elementos que identifiquen al aportante y lo enlacen con la adjudicación. Sin embargo, esto no necesariamente implica que el delito de lavado de activos sea el instrumento para reprimir y evitar tal estrategia preventiva de la criminalidad económica organizada, sino que, como veremos en el acápite siguiente, existe otro tipo penal que bien puede cubrir dicho espectro desvalorado: el delito de financiamiento ilegal de partidos políticos. El delito de blanqueo de capitales está diseñado para reprimir toda operación destinada a dificultar la identificación de origen/carácter/naturaleza ilícita, no el titular de las ganancias.

B. ¿La técnica del ‘pitufo’ como acto de blanqueo?

Desde nuestra perspectiva, la técnica del ‘pitufo’ como un acto de blanqueo para dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes no se adecua a la descripción típica del tipo penal, pues el tipo penal exige que el acto debe estar destinado a dificultar la identificación del origen ilícito de los bienes y no del titular de los mismos. Es decir, de ser cierto la técnica del ‘pitufo’, este no está destinado a dificultar la identificación del origen/carácter/naturaleza ilícita de los bienes, sino que está destinado a dificultar la identificación del verdadero titular de tales bienes. Para nadie es discutible que el ‘pitufo’ busca ocultar al verdadero aportante. Pero este hecho no constituye un elemento del tipo penal.

No es lo mismo ocultar el origen/carácter/naturaleza ilícita de un bien que ocultar al titular del mismo. La primera es un elemento del tipo penal, el segundo no lo es. Más bien, este último constituye un elemento del tipo penal del delito de financiamiento ilegal de partidos políticos, donde se busca castigar justamente cuando se recibe aportes de campaña de procedencia ilegal, y es ilegal cuando se oculte al verdadero titular, o más bien dicho, cuando se reciba aportes de determinadas personas impedidas de ser aportantes. Si se aplica el ‘pitufo’ para infiltrar aportes de estas personas inhabilitadas para ello, se incurre en el delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas, pero no de blanqueo de activos. La Ley 30997, Ley que modifica el Código Penal e incorpora el delito de financiamiento prohibido de Organizaciones Políticas, señala:

Artículo 359-A.- Financiamiento prohibido de organizaciones políticas

El que, de manera directa o indirecta, solicita, acepta, entrega o recibe aportes, donaciones, contribuciones o cualquier otro tipo de beneficio proveniente de fuente de financiamiento legalmente prohibida, conociendo o debiendo conocer su origen, en beneficio de una organización política o alianza electoral, registrada o en proceso de registro, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cinco años y con sesenta a ciento ochenta días multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1, 2, 3 y 4, del Código Penal.

Artículo 359-C.- Fuentes de financiamiento legalmente prohibidas

Son fuentes de financiamiento legalmente prohibidas aquellas que provengan de:

1. Cualquier entidad de derecho público o empresa de propiedad del Estado o con participación de este, distintas del financiamiento público directo o indirecto a las organizaciones políticas.

2. Los aportes anónimos dinerarios superiores a dos (2) unidades impositivas tributarias.

3. Personas naturales condenadas con sentencia consentida o ejecutoriada, o con mandato de prisión preventiva vigente por delitos contra la administración pública, tráfico ilícito de drogas, minería ilegal, tala ilegal, trata de personas, lavado de activos o terrorismo, según información obtenida a través del procedimiento de la ley sobre la Ventanilla Única de Antecedentes para Uso Electoral, en lo que resulte aplicable. La prohibición se extiende hasta diez (10) años después de cumplida la condena.

4. Los que provengan de personas jurídicas nacionales o extranjeras sancionadas penal o administrativamente en el país o en el extranjero por la comisión de un delito, o que se les haya sancionado conforme a lo señalado en la Ley 30424, Ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas, o se les haya aplicado las consecuencias accesorias previstas en el presente código. (2019) [el énfasis es nuestro]

Por otro lado, los actos de blanqueo de ganancias ilícitas –como hemos visto en su momento– son operaciones previas al acto de consumo/goce de las mismas. Buscan otorgar una apariencia de legitimidad para luego poder realizar actos de consumo y disfrute de tales ganancias. Con tal configuración, los actos de blanqueo se contextualizan en un escenario posterior a la obtención de las ganancias ilícitas y anterior al disfrute de las ganancias ilícitas. Es decir, primero se obtiene la ganancia ilícita, luego se realiza el acto de blanqueo y finalmente, se disfruta de tales ganancias.

En el caso del ‘pitufeo’, por el contrario, son prácticas posteriores al acto de consumo o disfrute de los bienes de supuesta procedencia ilícita. Es decir, una vez que los gastos de campaña son efectuados (pago de proveedores), los partidos políticos, cuando concluye el ejercicio económico anual o la campaña electoral, tienen el deber de informar a la Gerencia de Supervisión de ONPE la lista de sus aportantes, sus ingresos y gastos realizados, conforme lo regula la Ley de Organizaciones Políticas y el Reglamento de Financiamiento y Supervisión de Fondos Partidarios. Agregar en el mismo párrafo: La Ley de Organizaciones Políticas, Ley 28094 establece:

Artículo 34º.- Verificación y control

34.2. La verificación y el control externos de la actividad económico-financiera de las organizaciones políticas corresponden a la Oficina Nacional de Procesos Electorales, a través de la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios.

34.3. Las organizaciones políticas presentan ante la Oficina Nacional de Procesos Electorales, en el plazo de seis (6) meses contados a partir del cierre del ejercicio anual, un informe de la actividad económico-financiera de los aportes, ingresos y gastos, en el que se identifique a los aportantes y el monto de sus aportes, de acuerdo a lo previsto en la presente ley.

[...]

34.6. Las organizaciones políticas y los responsables de campaña, de ser el caso, presentan informes a la Gerencia de Supervisión de Fondos Partidarios de la Oficina Nacional de Procesos Electorales, sobre las aportaciones e ingresos recibidos y sobre los gastos que efectúan durante la campaña electoral, en un plazo no mayor de quince (15) días hábiles contados a partir del día siguiente de la publicación en el diario oficial El Peruano de la resolución que declara la conclusión del proceso electoral que corresponda. (2003) [el énfasis es nuestro]

Reglamento de Financiamiento y Supervisión de Fondos Partidarios:

Artículo 99.- Contenido de la información financiera anual

Las organizaciones políticas y alianzas electorales **en el plazo de seis (6) meses, culminado el cierre del ejercicio anual,** presentan ante la ONPE el informe financiero anual que hace referencia el numeral 34.3 del artículo 34 de la LOP, obtenido del registro contable, sus estados financieros y de sus registros de ingresos y gastos llevados de acuerdo a las normas aprobadas por el Consejo Normativo de Contabilidad y al Reglamento; y que debe contener:

1. Balance General con el detalle de la composición de cada una de sus cuentas.
2. **Estado de ingresos y egresos**, diferenciando las fuentes de financiamiento privadas y públicas.
3. Notas a los estados financieros.
4. **Aportantes y el monto de sus aportes.**
5. Información complementaria a los estados financieros.

Artículo 100.- Detalle de ingresos y egresos generales

En lo que **respecta al estado de ingresos y egresos** contemplado en el numeral 2 del artículo 99 del Reglamento, **cuando se trate de los ingresos por financiamiento privado se debe identificar los aportes e ingresos, así como los aportantes y el monto de los aportes de cada persona natural o persona jurídica extranjera sin fines de lucro, así como los egresos efectuados.**

[...]

Artículo 102.- Información de aportaciones/ingresos y gastos de campaña electoral

En aplicación de lo dispuesto en el numeral 34.5 del artículo 34 de la LOP, las organizaciones políticas, alianzas electorales y los candidatos, o sus responsables de campaña, **presentan la información financiera de los aportes, ingresos recibidos y gastos efectuados durante la campaña electoral, en dos entregas obligatorias (...):**

- 1) La primera entrega durante la campaña electoral, que comprende desde la convocatoria **hasta treinta (30) días antes del día de la elección**
- 2) La segunda, en un plazo **no mayor a 15 días de concluido el proceso electoral** con la publicación en el diario oficial El Peruano de la resolución que **dispone su conclusión.** (2021) [el énfasis es nuestro]

La técnica del 'pitufeo' se efectúa posteriormente a la realización de los gastos de campaña o del ejercicio anual. Se realiza una vez que el aporte ha ingresado al partido y una vez que los gastos de campaña se han efectuado. El acto de hacer aparecer a diversas personas como aportantes de diminutos montos que sumados calzan con el monto total del aportante real se realiza en un momento donde es necesario reportar a la autoridad del ONPE la lista de aportantes, sus aportes y los gastos ya realizados. No se realizan en un momento previo a la entrega del aporte y el gasto del mismo. No está vinculado ni engarzado funcionalmente a las operaciones de recepción ni gasto del aporte, sino que se pone en ejecución funcionalmente de cara a la etapa posterior de reportar al ONPE. Por lo que no constituyen actos de blanqueo de activos, pues no son realizados en el

espacio temporal previo al acto de consumo/goce de tales aportes ilícitos, sino posterior. Constituyen actos propios de 'encubrimiento', en su sentido cotidiano. ¿Cómo puede constituir un acto de blanqueo si ya el acto de consumo se efectuó? En la medida que el 'pitufeo' tiene lugar en un momento posterior al acto de consumo/goce, no resulta idóneo ni vinculado a una finalidad de ocultar el origen ilícito del aporte.

Por otro lado, desde nuestra perspectiva, respecto de aquellas prácticas ejecutadas por los partidos políticos como 'rifas' o 'cocteles', que fueron cuestionadas al tratarse de un montaje ficticio, si bien pudieron tener lugar antes del acto de consumo, pago a proveedores, adolece del primer defecto: fueron destinadas a ocultar al verdadero titular del aporte y no el origen ilícito del mismo.

V. CONCLUSIONES

- El contexto actual del Perú es similar al español: una plorificación de investigaciones y procesos penales por blanqueo de capitales, donde se criminalizaba una serie de operaciones que poco o nada tenían que ver con el blanqueo en sí. Este problema conllevaba aunado otros más: confusión con otros tipos penales, desdibujo del concepto mismo de blanqueo y disfuncionalidad con de otras categorías pertinentes: extinción de dominio y/o decomiso.
- Lo anterior se explica en el hecho de que el fuero convencional, español y nacional existe una cultura expansiva del delito de blanqueo de capitales en la medida que, por ejemplo, puede constituir delito de blanqueo determinadas operaciones que no requieren que concurra la finalidad subjetiva de ocultar el origen ilícito de los bienes, admiten el blanqueo de capitales imprudente (en el caso español), etc.
- Ante ello, en la experiencia española, en las últimas décadas, existe un movimiento interpretativo de la doctrina y jurisprudencia que busca la limitación sustantiva a la cultura expansionista del delito de blanqueo de capitales.
- Podemos rescatar entre las diversas propuestas españolas, los criterios normativos siguientes: (i) todo acto de blanqueo requiere la concurrencia de la finalidad de ocultar el origen ilícito de las ganancias, sin la cual el acto es atípico; y (ii) el acto de blanqueo debe ser idóneo para alcanzar la finalidad de ocultar el origen ilícito de las ganancias.

- Como consecuencia de lo anterior, podemos diferenciar entre actos de blanqueo y actos de consumo, donde los primeros son aquellos actos destinados a otorgar una apariencia de licitud a las ganancias, mientras que los segundos son actos destinados a gozar de las ganancias ilícitas según los propios planes o finalidades delictivas (fase de agotamiento). Los primeros constituyen una cuestión de tipicidad y los segundos, una cuestión de recuperación de activos mediante la extinción de dominio o decomiso, sin perjuicio que podría también concurrir otro tipo penal aplicable.
- Del mismo modo, los actos de blanqueo tienen lugar en un monto concreto: posterior a la obtención de las ganancias ilícitas y anterior a los actos de consumo/goce, pues requieren en el plano factual de la existencia de ganancias ilícitas (al ser el objeto de delito) y están incardinadas funcionalmente al acto de consumo/goce de las mismas.
- Desde nuestra perspectiva, a la luz de diferenciar un acto de blanqueo de un acto de consumo, las operaciones para trasladar los aportes de campaña de Odebrecht y OAS, o estando ya trasladadas, las actividades económicas como 'rifas' o 'cocteles', así como la técnica del 'pitufeo', no constituyen actos de blanqueo de capitales. ¶

REFERENCIAS

- Blanco Cordero, I. (1997). Negocios socialmente adecuados y delito de blanqueo de capitales. *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 50(1), 263-291.
- (2001). La lucha contra el blanqueo de capitales procedentes de las actividades delictivas en el marco de la U.E. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología San Sebastián*, 15, 7-38.
- (2018). *Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero. Aspectos Sustantivos*. En Blanco Cordero, I., Fabián Caparrós, E., et. al. (Eds.), *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* (5ta ed., pp. 95-208). Organización de los Estados Americanos (OEA) Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT).
- Del Carpio Delgado, J. (2017). ¿Cuándo se incurre en blanqueo de capitales? una aproximación desde la experiencia española. *Revista Peruana de Ciencias Penales*, 31, 101-131.

Faraldo-Cabana, P. (2014). Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales. *Estudios penales y criminológicos*, 34, 41-79.

Fernández De Cevallos y Torres, J. (2014). *Blanqueo de capitales y principio de lesividad* [Tesis de doctorado]. Universidad de Salamanca.

Fabián Caparros, E. (1998). *El Delito de Blanqueo de Capitales*. Colex.

Grupo de Acción Financiera Internacional (2012). *40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional*. GAFILAT. <https://www.gafilat.org/index.php/es/las-40-recomendaciones>

Palma Herrera, J.M. (1999). *Los delitos de blanqueo de capitales* [Tesis de doctorado]. Universidad de Córdoba.

Zaragoza Aguado, J. (2018). *El Delito de Blanqueo de Capitales. Legislación, Doctrina y Jurisprudencia*. En Blanco Cordero, I., Fabián Caparrós, E., et. all. (Ed.), *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial* (5ta ed., pp. 293-424), Organización de los Estados Americanos (OEA) Departamento contra la Delincuencia Organizada Transnacional (DDOT).

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS

- Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas. Organización de las Naciones Unidas, (20 de diciembre de 1988).
- Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Transnacional Organizada, Organización de las Naciones Unidas, (15 de noviembre de 2000).
- Corte Superior Nacional de Justicia Penal Especializada, 30 de abril de 2020, Resolución 81, Expediente 299-2017-36-5001-JR-PE-01.
- Corte Suprema de Justicia de La República (2002), Recurso de Nulidad 3657-2012. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 22 de julio de 2002.
- Corte Suprema de Justicia de La República (2015), Recurso de Nulidad 33-2014. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 29 de abril de 2015.
- Corte Suprema de Justicia de La República (2015), Recurso de Nulidad 2176-2014. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 12 de agosto de 2015.

Corte Suprema de Justicia de La República (2015), Recurso de Nulidad 399-2014/Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 11 de marzo de 2015.

Corte Suprema de Justicia de La República (2017), Recurso de Nulidad 29-2017. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 28 de marzo de 2017.

Corte Suprema de Justicia de La República (2017), Recurso de Nulidad 2547-2015. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 31 de mayo de 2017.

Corte Suprema de Justicia de La República (2018), Recurso de Nulidad 843-2018. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 18 de diciembre de 2018.

Corte Suprema de Justicia de La República (2018), Recurso de Nulidad 1761-2016. Lima. Segunda Sala Penal Transitoria. Lima: 31 de enero de 2018.

Corte Suprema de Justicia de La República (2018), Recurso de Nulidad 2307-2017. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 17 de octubre de 2018.

Corte Suprema de Justicia de La República (2019), Recurso de Nulidad 1602-2018. Nacional. Sala Penal Permanente. Lima: 04 de marzo de 2019.

Corte Suprema de Justicia de La República (2020), Recurso de Nulidad 1190-2019. Lima. Sala Penal Permanente. Lima: 30 de diciembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia de La República (2020), Recurso de Nulidad 2112-2019. Nacional. Sala Penal Permanente. Lima: 17 de julio de 2020.

Corte Suprema de Justicia de La República (2022), Recurso de Nulidad 786-2021. Lima Norte. Sala Penal Transitoria. Lima: 25 de noviembre de 2022.

Decreto Legislativo 986, Decreto Legislativo que modifica la Ley 27765, Diario Oficial *El Peruano*, 22 de julio de 2007 (Perú).

Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, Diario Oficial *El Peruano*, 18 de abril de 2012 (Perú).

Decreto Legislativo 1249, Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención,

detección y sanción del lavado de activos y terrorismo, Diario Oficial *El Peruano*, 25 de noviembre de 2016 (Perú).

Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional. Expediente 249-2015 (Perú).

Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional, 9 de octubre de 2018, Resolución 1, Expediente 00299-2017-28-5001-JR-PE-01 (Perú).

Juzgado de Investigación Preparatoria Nacional. Expediente 00299-2017-28-5001-JR-PE-01 (Perú).

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Jefatura del Estado. Boletín Oficial del Estado, de 24 de noviembre de 1995.

Ley 27765, Ley contra el lavado de activos, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de junio de 2002 (Perú).

Ley 28094, Ley de Organizaciones Políticas, Diario Oficial *El Peruano*, 31 de octubre de 2003 (Perú).

Ley 30997, Ley que modifica el código penal e incorpora el delito de financiamiento prohibido de organizaciones políticas, Diario Oficial *El Peruano*, 26 de agosto de 2019 (Perú).

Ley 25399, Diario Oficial *El Peruano*, 07 de febrero de 1992 (Perú).

Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, Boletín Oficial del Estado, de 23 de noviembre de 2003.

Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, Boletín Oficial del Estado, de 23 de noviembre de 2010.

Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, Boletín Oficial del Estado, de 23 de noviembre de 2015.

Resolución Jefatural 001669-2021-JN/ONPE, Reglamento de Financiamiento y Supervisión de Fondos Partidarios, 30 de noviembre de 2021 (Perú).

Segunda Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Crimen Organizado. Expediente 299-2017-36 (Perú).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 457/2007 (Sala de lo penal, Sección 1), de 29 de mayo de 2007.

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 884/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 08 de noviembre de 2012 (recurso 10457/2012).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 974/2012 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 05 de diciembre de 2012 (recurso 2216/2011).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 265/2015 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 22 de abril de 2015 (recurso 2351/2012).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 277/2018 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 08 de junio de 2018 (recurso 1206/2017).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 366/2019 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 17 de julio de 2019 (recurso 1031/2018).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 507/2020 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 14 de octubre de 2020 (recurso 10575/2018).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 70/2021 (Sala de lo Militar, Sección 1), de 14 de julio de 2021 (recurso 25/2021).

Tribunal Supremo: Sentencia del Tribunal Supremo 212/2022 (Sala de lo Penal, Sección 1), de 15 de marzo de 2022 (recurso 73/2021).