

DOS CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS: EL DELITO PREVIO Y LA CLÁUSULA DE AISLAMIENTO

Percy García Cavero

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. EL DELITO PREVIO
 - 2.1. El origen delictivo de los activos
 - 2.1.1 La exigencia de un delito previo
 - 2.1.2 El catálogo de delitos previos
 - 2.1.3 La gravedad concreta del delito previo
 - 2.1.4 La determinación del origen delictivo
 - 2.2. La naturaleza jurídico-penal del origen delictivo
 - 2.3. El alcance del término "actividades criminales"
 - 2.4. La extraterritorialidad del delito previo
 - 2.5. La prueba del delito previo: la autonomía del delito previo
3. LA CLÁUSULA DE AISLAMIENTO
4. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

No hay duda que el delito de lavado de activos es, en la actualidad, uno de los delitos que mayor atención está recibiendo por parte de los estudios doctrinales¹. Esta especial atención, posiblemente, se deba a que se trata de una figura delictiva que no ha terminado aún de definir su propia identidad, lo que se pone de manifiesto al constatar que la técnica de tipificación usada por el legislador penal posee una configuración casuística de tendencia marcadamente extensiva². Si bien podría entenderse razonable, desde el punto de vista político-criminal, que los tipos penales estén redactados con un tenor amplio, que le permita al juez una lucha eficaz contra este tipo de criminalidad, también lo es que a éste le corresponde racionalizar la persecución penal, de forma tal que se evite que, por poner la vista en el aspecto puramente represivo, se afecten garantías esenciales o, lo que es peor, que el remedio termine siendo peor que la enfermedad, lo que evidentemente sucedería si la persecución de los delitos de lavado de activos llegase a afectar el dinamismo característico de las operaciones o transacciones en el sistema económico actual³.

¹ Así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2ª ed., Navarra, 2002, p. 31 empieza su monografía señalando que "(e)l fenómeno del blanqueo de capitales tiene tras de sí una carrera asombrosa, pues lo que hace unos años era algo prácticamente desconocido, en la actualidad está en la boca de muchos, y se ha convertido en un tema de moda en los años 90".

² Sobre el carácter amplio y casuístico de la tipificación de la modalidad de ocultación y tenencia del delito de lavado de activos en la legislación nacional, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima, 2007, p. 146 y s.

³ Vid., SÁNCHEZ-VERA, «Blanqueo de capitales y abogacía», *InDret* 1/2008, p. 16; BAJO FERNÁNDEZ, «El desatinado delito de blanqueo de capitales», en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Bajo/S. Bacigalupo (eds.), Madrid, 2009, p. 12.

casos emblemáticos en el Perú, permitirá dar golpes importantes". Estas declaraciones podrían dar la impresión de que la configuración que ahora se le da al lavado de activos prescinde de un delito previo generador de las ganancias objeto de los actos de lavado. Sin embargo, si se revisa el texto recientemente aprobado, queda claro que el delito de activos sigue siendo un delito de conexión que exige un delito previo o fuente⁵, aunque con unas particularidades en su determinación en el proceso penal por lavado de activos.

2.1. El origen delictivo de los activos

2.1.1 La exigencia de un delito previo

De la redacción de los tipos penales contenidos en la Ley contra el lavado de activos, se desprende que los actos de conversión, transferencia, ocultación, tenencia o transporte deben recaer sobre activos de "origen ilícito". Si se sigue el tenor literal utilizado por los tipos penales, habría que concluir que la conducta de lavado de activos puede recaer no sólo sobre activos de procedencia delictiva, sino también sobre los procedentes de cualquier ilícitos en general. En este orden de ideas, la introducción al mercado legal de activos que provienen de una infracción civil, mercantil o administrativa, podría ser considerada igualmente un delito de lavado de activos. Lo mismo habría que decir si se procede a legitimar activos, cuya fuente generadora es la comisión de una falta.

Pese a la plausibilidad de una interpretación literal, la procedencia ilícita de los activos debe circunscribirse necesariamente a un delito previo, pues el artículo 10 de la Ley contra el lavado de activos establece que el origen ilícito de los activos se corresponde a "actividades criminales", con capacidad de generar ganancias ilegales. Por lo tanto, si bien la redacción del tipo penal exige únicamente el origen ilícito de los activos, una interpretación sistemática que tenga en cuenta lo previsto en el artículo 10 de la Ley contra el lavado de activos, limitará el objeto material del delito a las ganancias que provienen de actividades criminales⁶.

⁵ Sobre el lavado de activos como delito de conexión, KINDHÄUSER, LPK-StGB, 3. Aufl., Baden-Baden, 2006, § 261, n.m. 3.

⁶ Del mismo parecer en relación con la normativa anterior del lavado de activos, GÁLVEZ VILLEGAS, El delito de lavado de activos, 2ª ed., Lima, 2009, p. 90.

habría que recurrir al Derecho penal si los mecanismos de protección extrapenales no resultasen suficientes. En este sentido, podría alegarse de manera válida que, para hacer frente a la legitimación de capitales de procedencia ilícita pero no delictiva, lo más aconsejable sería recurrir a mecanismos de derecho privado (la acción pauliana o de ineficacia del acto jurídico), así como a medidas de carácter administrativo (el decomiso administrativo)¹¹.

2.1.2 El catálogo de delitos previos

Por lo general, la procedencia delictiva de los activos no está referida a cualquier delito, sino que la conducta punible que los origina debe tener cierta entidad. En diversos ordenamientos legislativos se recurre a criterios de restricción de los delitos previos, como una lista taxativa o un criterio general de gravedad (el llamado criterio del umbral). La regulación brasileña del delito de lavado de activos, por ejemplo, acoge un sistema restringido del delito previo, al establecer expresamente qué delitos son idóneos para generar los bienes sobre los que recae la conducta punible de lavado¹². Por su parte, la regulación española tuvo hasta hace algunos años un sistema que exigía que el delito previo sea grave¹³. En el plano de los instrumentos internacionales se propugna un criterio de restricción de los delitos previos, como sucede con la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000 (llamada Convención de Palermo), en donde se establece el compromiso de los Estados de tipificar los actos de lavado en relación con bienes que procedan de delitos graves. Por "delito grave" se entiende, según este mismo instrumento internacional, la conducta que constituya un hecho punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena

¹¹ En sentido similar, CAPARRÓS, Fabián *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 1998, p. 290.

¹² Vid., CALLEGARI, *Lavado de activos*, Lima, 2009, p. 180.

¹³ Destacando la discrecionalidad del modelo del delito grave, GÓMEZ INIESTA, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español*, Barcelona, 1996, p. 46 y s. Por el contrario, ARANGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 190, consideraba que la categoría de "delito grave" estaba perfectamente concretada por el propio Código Penal (art. 13 y 33).

cualquier ilícito y ni tan siquiera de una falta). Pero sobre la entidad del delito no se exige nada, por lo que cualquier figura delictiva que genera ganancias podrá ser considerada un delito previo en los términos de la Ley contra el lavado de activos.

2.1.3 La gravedad concreta del delito previo

Dada las altas penas con que se reprime el lavado de activos, se ha considerado razonable, que la introducción al mercado de bienes de carácter delictivo solamente debe reprimirse penalmente si se trata de cantidades considerables. En este sentido, se entiende que sólo resultará conveniente hablar de un delito de lavado de activos cuando los activos de procedencia ilícita alcancen cierto valor cuantitativo como para afectar realmente la confianza en los agentes económicos sobre la limpieza de los bienes introducidos al mercado¹⁵. En la regulación penal argentina se cuenta, por ejemplo, con una regla expresa en este sentido, en tanto se establece que el valor de los bienes lavados debe superar la suma de cincuenta mil pesos (\$50.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí¹⁶.

La anterior regulación sobre el lavado de activos no contenía disposición similar que estableciese algún tipo de limitación en relación con la cantidad de activos que eran objeto de lavado, por lo tanto era posible admitir un lavado de activos aunque los montos del lavado fuesen de escaso valor¹⁷. Sin embargo, el Acuerdo Plenario N° 03-2010 le dio cierta relevancia penal a la cuantía de los bienes lavados, aunque no para decidir la imposición de la pena, sino para individualizar la pena concreta. Esta consideración a la entidad de los montos objeto de lavado para individualizar la pena ha sido incorporado también por la nueva regulación en la determinación de los marcos penales abstractos. En el tercer párrafo del artículo 4 del D. Leg N° 1106 se establece una pena atenuada para los casos en los que el valor de los activos

¹⁵ Así respecto del límite de insignificancia, vid., ARANGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p.183 y s.

¹⁶ Vid., DURRIEU, El lavado de dinero en la Argentina, p. 124.

¹⁷ Así, PRADO SALDARRIAGA, Lavado de activos, p. 152, considera que en nuestra regulación el monto de los activos no interesa para la tipicidad del delito.

del delito o que ha pasado por un primer acto de lavado (el lavado de activos en cadena¹⁹). Como bien derivado se pueden contar el bien sustituto, los ingresos derivados del bien o las ganancias.

Pese a lo que se acaba de señalar, queda claro también que no basta una simple relación de causalidad directa o indirecta para sostener el origen delictivo, pues, de mantenerse este criterio, se podría convertir en ilícita gran parte de la economía legal por el menor contacto con dinero sucio. Ante esta situación de conflicto entre la persecución máxima al lavado y el funcionamiento dinámico de la economía, no se puede privilegiar uno u otro aspecto. A través de los que ARZT ha llamado “ponderación de bienes”²⁰, se deben encontrar ciertas limitaciones normativas a la vinculación causal que permita mantener las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado.

En primer lugar, está el caso de la mezcla de los fondos ilícitos con fondos lícitos. Si se siguiese un criterio puramente causal, todos los fondos y los derivados de esos fondos se convertirían en ilegales (teoría de la contaminación total), lo cual no parece ser lo más adecuado para el funcionamiento de la economía, pues la contaminación se expandiría por la economía lícita como una mancha de aceite²¹. Por esta razón, solamente la parte ilegal debería ser considerada a los efectos del delito de lavado de activos (teoría de la contaminación parcial), siempre que tenga cierta significancia en el conjunto²². Por el contrario, si de la aplicación de los fondos mezclados a una actividad legal se obtienen utilidades o ganancias, a todas las utilidades les alcanza la procedencia delictiva, pues la rentabilidad se deriva del conjunto de los fondos y no solamente de una parte. Este criterio resulta especialmente relevante para el caso de inversiones en empresas que rentabilizan los aportes de capital en actividades legales, en las que la recepción consciente de dinero

¹⁹ Vid., así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p. 193.

²⁰ Vid., ARZT, «Geldwäscherei-Eine neue Masche zwischen Hehlerei, Strafvereitelung und Begünstigung», NStZ 1990, p. 3 y s.

²¹ Vid., así, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p. 210.

²² Al respecto debe tenerse en cuenta el criterio del “nivel de significancia” de BARTON, «Das Tatobjekt der Geldwäsche: Wann rührt ein Gegenstand aus einer der im Katalog des §261 I Nr. 1-3 StGB bezeichnet Straftaten her?», NStZ 1993, p. 163.

que la circulación de los activos procedentes de un delito prescrito ya no configuraría el delito de lavado de activos. Podría sostenerse en defensa de esta tesis que, dado que la finalidad procurada por el autor del lavado de activos es impedir la identificación, incautación o comiso de los activos maculados, este delito precisa que los activos puedan ser pasibles de incautación o decomiso, lo que no podría tener lugar si el delito previo que los generó ya está prescrito²⁶. Esta afirmación resultaría correcta si se piensa únicamente en el decomiso previsto en el proceso penal, el cual no podría decretarse si es que no cabe pronunciar una condena por el delito generador de los activos. Sin embargo, la Ley de Pérdida de Dominio (D. Leg. 1104) permite decretar la pérdida del dominio de activos procedentes de un delito, incluso de aquellos que ya se encuentran prescritos. Por lo tanto, la prescripción del delito no impide la incautación o el decomiso de los bienes que proceden del delito, aunque debe repararse también que la acción de pérdida de dominio prescribe a los 20 años. En atención a estas ideas, puede sostenerse válidamente que la procedencia delictiva se mantiene mientras la acción de pérdida de dominio no prescriba²⁷, luego de lo cual los bienes perderán su procedencia delictiva. En todo caso, debe quedar claro que la prescripción debe producirse antes del acto de lavado, pues si éste tuvo lugar cuando la acción aún no estaba prescrita, los activos mantendrán el origen delictivo.

Hasta ahora se ha hecho referencia a la determinación de la procedencia delictiva de activos resultantes de delitos que producen un enriquecimiento. Sin embargo, existen delitos que no generan un bien a favor del delincuente, sino que le ahorran un gasto. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la defraudación tributaria. En estos delitos, no es posible individualizar dentro del patrimonio del autor la parte que corresponde al egreso no realizado como consecuencia del delito. Individualizar una parte equivalente del patrimonio como el gasto ahorrado con el delito o decir que todo el patrimonio del autor está contaminado, resultaría cuando menos arbitrario. Por esta razón, tal y como está prevista la tipificación del delito de lavado de activos, este delito solo podrá

²⁶ Vid., ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p. 219.

²⁷ De manera similar, BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, p. 305 y ss., considera necesario además que haya prescrito la acción civil.

Otro sector de la doctrina penal sostiene que el requisito de la procedencia delictiva de los activos es un elemento típico, para ser más exactos, un elemento normativo del tipo²⁹. Y es normativo, porque resulta necesario valorar jurídicamente los activos en relación a si su fuente es un hecho constitutivo de delito conforme a la legislación penal³⁰. Con esta exigencia típica, el legislador habría tomado la decisión de limitar la relevancia penal a los actos de lavado de bienes de procedencia delictiva, radicando el desvalor penal en la direccionalidad de la conducta a dar apariencia de legitimidad a capitales de procedencia delictiva. La comprensión precedente exigiría que el conocimiento del autor, con el que se sustenta el dolo, abarque la procedencia delictiva de los bienes³¹, siendo esta exigencia de conocimiento más intensa si, como sucedía en la regulación nacional anterior y sucede aún en otras legislaciones penales, la procedencia delictiva no es respecto a cualquier delito, sino a ciertos delitos, pues en estos casos el conocimiento tendría que abarcar la clase de delito del delito fuente³². Si el autor no conociese dicha particularidad del delito fuente, entonces podrían plantearse diversas cuestiones en relación con las figuras del dolo eventual, el error y también la tentativa, con las que cabría discutir la posibilidad de sancionarlo igualmente. La consideración del delito previo como un elemento normativo del tipo influye también en el hecho de que, como sucede con la legislación penal peruana, exista una agravación de la pena por lavar activos que proceden de ciertos delitos especialmente graves. Dado que el dolo debe abarcar no sólo los elementos constitutivos del tipo básico, sino también las circunstancias objetivas de la agravación, no podrá agravarse

²⁹ Así, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 366; HERNÁNDEZ BASUALTO, «El delito de lavado de dinero», Informe elaborado a pedido de La Unidad Especializada de Lavado de Dinero y Delitos Económicos de la Fiscalía Nacional del Ministerio Público de Chile, Noviembre de 2004, p. 2.

³⁰ Vid., ARANGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid, 2000, p. 267.

³¹ Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 356; CAPARRÓS, Fabián, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 328. Al respecto, ARANGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p.267 y s., precisa que, al tratarse de un elemento normativo del tipo, no se requiere una subsunción jurídica exacta del hecho delictivo fuente de los activos, sino una valoración en la esfera del profano de la incidencia delictiva del hecho generador de la ganancia.

³² Así, en relación con la regulación penal anterior, GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 98 y s. Igualmente en la legislación alemana, ALTENHAIN, *NomosKommentar StGB*, § 261, n.m. 132.

entiende el delito previo en un sentido limitado, esto es, que sólo será necesario que la conducta previa que genera los activos maculados sea típica y antijurídica³⁵, pues la ilegitimidad de la adquisición de las ganancias se sustenta únicamente en la antijuridicidad de la conducta que las genera. En consecuencia, si al autor del delito previo no se le castiga por alguna causa de exclusión de la culpabilidad, por una causa de exclusión de la punibilidad (prescripción del delito) o por la falta de un condición de procedibilidad (un informe técnico), esta situación no afectará la responsabilidad penal del que procede a lavar las ganancias provenientes del injusto penal previamente cometido. En cuanto al grado de ejecución del delito previo, el término conducta punible se satisface con la tentativa del delito e incluso con los actos preparatorios punibles. Si la ejecución de un delito o la realización de actos preparatorios punibles originan bienes ilegítimos a favor de los intervinientes en el delito, los actos dirigidos posteriormente a darles apariencia de legitimidad configurarían, sin ningún inconveniente, un delito de lavado de activos³⁶.

Un tema discutido es qué sucede si al momento de juzgar el delito de lavado de activos, el delito previo deja de ser punible por una modificación legislativa posterior. La doctrina penal entiende que tampoco debe ser punible el lavado de activos, dado que se pondría injustificadamente en una mejor posición al autor del delito previo (que quedaría sin pena) frente al autor del lavado de activos³⁷. Este argumento se sustenta, sin embargo, en un criterio casual, pues puede ser que el autor del delito previo haya sido condenado y la modificación se produzca luego de haber cumplido toda o parte de su pena. En este caso, dejar sin pena al autor del lavado de activos sería ponerlo en una mejor posición que al autor del delito previo. A mi entender, los activos no abandonan su procedencia delictiva por una despenalización posterior del delito que

³⁵ Vid., así, KINDHÄUSER, LPK-StGB, § 261, n.m. 3; ALTENHAIN, NomosKommentar StGB, § 261, n.m. 31; BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, p. 263; ARANGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p. 198 y ss.; CAPARRÓS, Fabián, El delito de blanqueo de capitales, p. 291

³⁶ De similar opinión, ALTENHAIN, NomosKommentar StGB, § 261, n.m. 30; BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, p. 264 y s.; CAPARRÓS, Fabián, El delito de blanqueo de capitales, p. 389. No incluye los actos preparatorios punibles, ARANGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p.197.

³⁷ así, ALTENHAIN, NomosKommentar StGB, § 261, n.m. 31.

se caería en serios problemas prácticos para la persecución penal⁴². Lo que no resulta necesario es que el lavado de activos sea un delito en el país en donde se cometió el delito previo⁴³. A estas mismas conclusiones cabe llegar desde el Derecho penal peruano⁴⁴.

Resulta permitente precisar que, tal como lo ha sostenido el GAFI, la doble incriminación se cumple únicamente con que el hecho generador de las ganancias sea delito en el lugar de comisión y en el lugar del lavado de los activos, sin que se requiera que el delito fuente cometido en el extranjero sea, en dicho país, un delito previo respecto del delito de lavado de activos⁴⁵. Para que los activos sean susceptibles de ser lavados de forma penalmente relevante, el delito que los genera debe ser un delito previo únicamente en el lugar en que se realiza su lavado.

2.5. La prueba del delito previo: la autonomía del delito previo

Conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2010, “el delito fuente es un elemento objetivo del tipo penal y su prueba condición asimismo de tipicidad”. En consecuencia, la actividad probatoria dirigida a acreditar la base fáctica de la imputación penal debe abarcar el delito generador de los activos. En este punto, uno de los aspectos más llamativos del delito previo es la autonomía de su determinación en el proceso penal por lavado de activos. Tal como lo dispone el artículo 10 primer párrafo del D. Leg. N° 1106, “el lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a una investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria”. La normativa nacional ha optado por una autonomía plena, es decir, que sea en el proceso penal por lavado de activos en el que se determine si el delito precedente ha existido o no.

⁴² Así, ARANGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 195 y s., señala que en el Derecho penal español no se recoge expresamente el principio de la doble incriminación, por lo que los tribunales españoles son autónomos para calificar el hecho cometido en el extranjero, pero reconoce serios problemas prácticos a tal proceder.

⁴³ Vid., BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, p. 275.

⁴⁴ Vid., GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, p. 96.

⁴⁵ Vid., ALTENHAIN, *NomosKommentar StGB*, § 261, n.m. 45.

del delito previo. El principio de autonomía debe entenderse en el sentido atribuido por ALEXY de un mandato de optimización⁵⁰. Por poner en discusión el caso más sensible: ¿Qué sucede si antes de que termine el proceso penal por el delito de lavado de activos se emite una sentencia absolutoria en el proceso penal por el delito previo?, ¿No tiene lugar acaso una cosa juzgada que no puede ser desvirtuada en el proceso penal por el delito de lavado de activos? Para responder a este interrogante y otros relacionados con esta problemática, resulta necesario establecer el alcance de la cosa juzgada.

La cosa juzgada es el efecto de una resolución judicial firme que impide que lo resuelto pueda ser nuevamente revisado. Esta irrevisibilidad de lo decidido se extiende únicamente a los hechos que han sido materia de juicio, con independencia de su calificación jurídica, y a la persona del acusado⁵¹. Desde estas consideraciones, podría decirse que el pronunciamiento sobre el delito previo debe limitarse a este hecho, de manera tal, que no vinculará en lo absoluto el pronunciamiento por un hecho distinto como lo es el que configuraría el delito de lavado de activos. A esta primera respuesta cabería oponer, sin embargo, la necesidad de distinguir entre la eficacia directa y refleja de la cosa juzgada penal⁵². La primera está referida al hecho en el que se sustenta la imputación penal, mientras que la segunda se refiere a hechos, cuya existencia depende de la existencia del delito imputado. Con base en estos conceptos se puede sostener que si bien la sentencia por el delito previo no se pronuncia por el hecho del lavado de activos, la existencia de éste depende de la existencia de aquél, lo que se enmarca dentro de la eficacia refleja de la cosa juzgada penal.

Admitida la vinculación de la sentencia firme por el delito previo en el proceso penal por el delito de lavado de activos, entrará en consideración el límite subjetivo de la cosa juzgada. Si se trata de un caso de autolavado, esto es, el autor del delito fuente es autor también del delito de lavado de activos, la absolución por el delito previo generará una cosa juzgada que no puede ser alterada en el proceso por lavado de activos, por lo que deberá absolversele también de la segunda imputación. Queda claro que si la primera absolución se

⁵⁰ Vid., ALEXY, «Zum Begriff des Rechtsprinzips», *Rechtstheorie* 1 (1979), p. 59 y ss.

⁵¹ Vid., SAN MARTÍN CASTRO, *Derecho Procesal Penal*, I, 2ª ed., Lima, 2003, p. 745 y s.

⁵² Al respecto, fundamental, CARNELUTTI, *Cuestiones sobre el proceso penal*, (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1994, p. 258 y ss.

3. LA CLÁUSULA DE AISLAMIENTO

El otro aspecto problemático a abordar es si el delito de lavado de activos criminaliza la realización de cualquier operación o transacción con fondos de procedencia delictiva. Para dar respuesta a este interrogante resulta de suma importancia determinar lo que engloba conceptualmente el delito del lavado de activos o blanqueo de capitales. Al respecto debe tenerse en cuenta que esta figura criminal surge en los años sesenta del siglo pasado vinculada al lucrativo negocio del tráfico de drogas⁵⁵, aunque luego se amplió a delitos generadores de elevados beneficios. En este contexto, el término lavado de activos se utilizó para hacer referencia al proceso de incorporación de capitales de procedencia delictiva a los círculos económicos legales⁵⁶. Una vez consolidada la necesidad de criminalizar esta actividad, se procedió a tipificar diversos actos específicos del procedimiento de legitimación de capitales, asignándole a cada uno la capacidad de configurar, por sí mismo, un delito de lavado de activos. Pese a esta identificación legislativa de cada acto con el proceso global, no existe una autonomía conceptual entre las partes y el todo, sino que cada parte debe entenderse necesariamente en función de una visión unitaria. En este línea de interpretación, el Acuerdo Plenario N° 03-2010 señala que “se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito”.

La visión del lavado de activos como un proceso permite distinguir, al interior suyo, diversas fases o etapas que han sido ordenadas desde distintas perspectivas⁵⁷. La clasificación propuesta por el GAFI es, sin duda, la que mayor predicamento ha recibido en las exposiciones doctrinales. Conforme a esta clasificación, el proceso de lavado de activos consta, por lo general, de tres fases. En primer lugar tiene lugar la llamada fase de colocación, la cual consiste en desvincularse de los activos de procedencia delictiva, poniéndolos en el mercado para su circulación. Posteriormente se produce la fase de ensombrecimiento, la cual procura a través de diversas operaciones borrar o dificultar la vinculación de los activos con su origen delictivo. Finalmente se produce la fase de reintegración, la cual consiste

⁵⁵ Vid., BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, p. 37.

⁵⁶ En este sentido, ARANGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p. 35.

⁵⁷ Vid., con mayores referencias, BLANCO CORDERO, El delito de blanqueo de capitales, p. 55 y ss.; ARANGUEZ SÁNCHEZ, El delito de blanqueo de capitales, p. 37 y ss.

siempre que no se trate de una conducta estereotipada o conforme al ejercicio profesional. Esta orientación doctrinal no es, sin embargo, correcta, pues lo que debe decidirse primeramente es si, en general, el pago de honorarios con dinero procedente de un delito es, en sí, un acto que contribuye al lavado de activos. En este punto le asiste razón a RAGUÉS I VALLÈS, al señalar que la respuesta a esta cuestión debe darse atendiendo a la finalidad del castigo del delito de lavado de activos⁶¹.

Si el autor de un delito lucrativo paga un servicio o adquiere un bien con el dinero mal habido, no estará realizando, en principio, un acto de colocación o ensombrecimiento de capitales maculados. Tal situación solamente podría sostenerse en la medida que el desprendimiento del activo de origen delictivo apunte a ocultar su origen y a darle apariencia de legalidad, lo que difícilmente puede sostenerse respecto de un servicio efectivamente recibido o de bienes adquiridos para el consumo. Por lo tanto, un acto de lavado de activos sólo podrá afirmarse si los honorarios se reciben con conocimiento cierto o eventual de un proceso orientado a reintroducir finalmente el dinero sucio en el tráfico económico legal⁶². La única excepción, que permitiría sostener en estos casos una imputación por lavado de activos es, el caso de simulación de honorarios con la finalidad de dar apariencia de legalidad a los fondos recibidos como retribución.

El parecer precedente ha sido asumido plenamente por el Acuerdo Plenario N° 03-2010, al establecer en su punto 26° que "(...) la función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado con la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de ese patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios standard, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación

⁶¹ RAGUÉS I VALLÈS, en ¿Libertad económica o fraudes punibles?, Silva Sánchez (dir.), p. 146 y ss.

⁶² Similarmente, PRADO SALDARRIAGA, Lavado de activos, p. 161; GÓMEZ-JARA DÍEZ, «El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: Un apunte introductorio», en Política criminal y blanqueo de capitales, Bajo/S. Bacigalupo (eds.), p. 221 y s., recurriendo al criterio de los honorarios de buena fe.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ARANGUEZ SÁNCHEZ, "El delito de blanqueo de capitales", p. 190.
- BAJO FERNÁNDEZ, "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Bajo/S. Bacigalupo (eds.), Madrid, 2009, p. 12.
- BLANCO CORDERO, "El delito de blanqueo de capitales".
- BRAMONT-ARIAS, "Alcances de la ley penal contra el lavado de activos", *Actualidad penal* 105 (2002), p. 64.
- CALLEGARI, "Lavado de activos", Lima, 2009, p. 180.
- CAPARRÓS, Fabián, "El delito de blanqueo de capitales", Madrid
- CARNELUTTI, "Cuestiones sobre el proceso penal", (trad. Sentís Melendo), Buenos Aires, 1994.
- DEL CARPIO DELGADO, "El delito de blanqueo de capitales en el nuevo Código Penal", Valencia, 1997, p. 285 y s., habla de la circulación de bienes en el mercado.
- DURRIEU, "El lavado de dinero en la Argentina", p. 124 y ss.
- GÁLVEZ VILLEGAS, "El delito de lavado de activos".
- GARCÍA CAVERO, "Derecho Penal Económico", Parte Especial, II, Lima, 2007, p. 488 y ss.
- GÓMEZ INIESTA, "El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español", Barcelona, 1996, p. 46 y s.
- GÓMEZ PAVÓN, "El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento", *CPC* 53 (1994), p. 481 y ss., en España.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, "El criterio de los honorarios profesionales bona fides como barrera del abogado defensor frente al delito de blanqueo de capitales: Un apunte introductorio", en *Política criminal y blanqueo de capitales*, Bajo/S. Bacigalupo (eds.), p. 221 y s., recurriendo al criterio de los honorarios de buena fe.
- JAKOBS, "Derecho Penal".
- JAKOBS, "Imputación objetiva", p. 157.
- LAMPE, "Der neue Tatbestand der Geldwäche (§ 261 StGB)", en *Alemania - JZ* 1994 p. 125, sostiene que se protege la circulación legal en el ámbito económico y financiero.
- PRADO SALDARRIAGA, "Lavado de activos", p. 152 y ss.
- RANSIEK, "En el ámbito del Derecho penal económico", *wistra* 1997, p. 46 y s.
- SAN MARTÍN CASTRO, "Derecho Procesal Penal", I, 2ª ed., Lima, 2003, p. 745 y s.
- SÁNCHEZ-VERA, "Blanqueo de capitales y abogacía", *InDret* 1/2008, p. 16.