

EL “LAVADO DE ACTIVOS” ES UN “DELITO CONEXO-SUBSIGUIENTE”

Estudio sobre el hecho previo del lavado de activos, en concordancia con el Acuerdo Plenario N.º 3-2010/CJ-116, el Acuerdo Plenario N.º 7-2011/CJ-116 y la Casación N.º 92-2017-Arequipa*

Justo F. Balmaceda Quirós**
Universidad de Piura

SUMARIO: 1. Contexto.— 2. La autonomía del delito de lavado de activos.— 3. La necesidad de la noción de “gravedad” en los delitos previos.— 4. El estándar de la prueba del delito de lavado y su relación con el hecho previo.— 5. Conclusiones.— 6. Referencias bibliográficas.

1. CONTEXTO

El delito de “lavado de activos” es un “delito conexo-subsiguiente”¹ y el hecho previo (antecedente, primero, precedente, etc.) es un “delito conexo-

* Investigación preparada, también, para ser presentada como *amicus curiae* en el Pleno Casatorio N.º 1-2017/PCJSP-CSJR, relacionado con la Casación N.º 92-2017-Arequipa.

** Abogado por la Universidad de Piura. Doctor y máster en Derecho por la Universidad de Navarra (España). Catedrático de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola.

1 Para un desarrollo amplio de la teoría de los delitos conexos, véase BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Delitos conexos-subsiguientes*, Lima: Fondo Editorial USIL, 2017 (que es una reimpression de BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*, Barcelona: Atelier y USAT, 2014). Para un desarrollo específico sobre el lavado de activos como delito conexo, véase BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, “El tipo penal de lavado de activos como ‘tipo penal subsiguiente’”, en GARCÍA CAVERO, Percy y Alfredo PÉREZ BEJARANO, *Estudios sobre el delito de lavado de activos*, Trujillo: Triskel, 2014, pp. 93-139.

antecedente”. Este último *puede realizarse* a sabiendas —con conocimiento— de que luego las ganancias o beneficios obtenidos por esta actividad delictiva, para poder gozar de lo obtenido, deberán blanquearse en el sistema socio-económico de un país o del mundo, o no. En cambio el primero, el lavado de activos, *siempre se realiza* a sabiendas —con conocimiento— de que ha existido un delito previo del cual emanan las ganancias a blanquear. Por eso, entre otras características, ambos tipos penales (ambos delitos) son conexos entre sí. Las características de esta conexión requieren una explicación aún más extensa de lo que podremos analizar aquí, pero que ya están explicadas en otro lado. Nos centraremos en materias indispensables.

El nacimiento internacional del delito de lavado de activos siempre dejó en claro que es un delito conexo (relacionado con un hecho previo). Y, con una mejor comprensión de las modalidades del lavado, esta conexión fue ampliándose desde un solitario delito de tráfico de drogas como único hecho previo² (delito contra la salud, señalado en la *Convención de Viena* de 1988) hasta el desarrollo actual en que se entiende que puede ser cualquiera (*Convención de Palermo*, del año 2000). Habiendo realizado, la doctrina, una repartición de hechos previos entre el lavado y la receptación, los únicos hechos previos que no pueden ser tales para el lavado son los delitos que le corresponden como hecho previo a la receptación (y es que este también es un delito conexo-subsiguiente).

¿El pago a un sicario (delito contra la vida o salud), no solo puede ser un pago millonario, sino que el monto del pago no debería introducirse en el sistema socio-económico del país o del mundo, no debería gastarse y disfrutarse por parte del delincuente? Si lo hace se configura el delito de lavado de activos, y el hecho previo atenta contra la vida (ya no solo la salud, y no tiene aspectos intrínsecamente económicos, pero de él pueden generarse ganancias). ¿La coima a un funcionario público no implica un lavado de activos cuando se utiliza/gasta el monto del soborno? Estos son delitos graves por el rango de pena, su injusto es distinto, y sin embargo lo que tienen en común es que producen una ganancia que debe ser blanqueada, lavada, para el disfrute final del delincuente y para el perjuicio final del sistema socio-económico del mundo (del tráfico lícito de bienes).

2 Para un moderno estudio del hecho previo del lavado de activos, véase LAMAS SUÁREZ, Gerardo Luis, *El delito previo en el tipo penal de lavado de activos*, Lima: Instituto Pacífico, 2017, *passim*; y PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima: Grijley, 2007, *passim*.

Analizaremos esta relación de conexión, partiendo del Decreto Legislativo N.º 1106 (modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249), la Casación N.º 92-2017 (Arequipa), en concordancia con lo previsto en el Acuerdo Plenario N.º 3-2010 y el Acuerdo Plenario N.º 7-2011. Para, desde estos escenarios, concretar criterios para la mejor comprensión sobre i) la autonomía del delito de lavado de activos, ii) la necesidad de la noción de “gravedad” en los delitos que generan activos ilegales que serán objeto de operaciones de lavado de activos y su relación con la fórmula legal “[...] cualquier otro[delito] con capacidad de generar ganancias ilegales”, y iii) el estándar de la prueba del delito de lavado de activos y su relación con el “origen delictivo del dinero, bienes, efectos o ganancias” o de la “actividad criminal que produce dinero, bienes, efectos o ganancias”.

Analizaremos parámetros como cuáles delitos pueden ser hecho previo del lavado de activos, en distinción a los que pueden serlo de la receptación; analizaremos la trascendencia de la gravedad del delito previo como justificante de su concreción como hecho previo; qué clase de prueba se necesita en el juicio por lavado de activos, junto a criterios procesales también referidos a la posibilidad de contradicciones entre las sentencias por el hecho previo y la del lavado de activos. Sobre todo criticaremos la conclusión relacionada con el delito de fraude en la administración de persona jurídica (art. 198 CP), excluido del espectro de posibles hechos previos.

2. LA AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El primer párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 (modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249) indica expresamente que *el lavado de activos es un delito autónomo*:

El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena.

La doctrina peruana ha sido unánime respecto a entender que lo aquí regulado es una *autonomía procesal*. Y aunque a algunos puede costarles implementar esta autonomía, está claro que no puede hacerse depender de poder primero investigar, procesar y condenar el hecho previo, pues este camino es sumamente difícil de concretar, y hasta implicaría jugar con la impunidad e injusticia de

permitir que los autores o partícipes del lavado de activos puedan gozar tranquilamente de una riqueza ilegítima. Por eso esta autonomía tiene el consenso de la mayoría de investigadores. Pero esta clase de autonomía también acarrea responsabilidad por parte de los actores oficiales de la persecución penal y los aplicadores de la justicia institucional. Habrá que cuidar los cuestionamientos de posibles vulneraciones a la presunción de inocencia, de la necesidad del hecho previo como elemento normativo del tipo de lavado de activos, de evitar impunidad por el hecho previo, de posibles contradicciones entre las sentencias³ por el hecho previo y por el lavado de activos (en caso de existir), entre otras.

Sin embargo, la que sí está en cuestionamiento es la *autonomía material* del lavado de activos, al menos por la gran mayoría de doctrinarios. El lavado de activos requiere un delito previo como elemento normativo del tipo⁴, por tanto abarcado por el dolo, porque la conexión entre ambos hechos es una característica esencial, y por tanto el estándar de prueba debe incluir probar también este elemento del tipo, no solo imputarlo (y mucho menos genéricamente). Si no existe un hecho previo sería imposible configurar el lavado de activos. Por tanto, lo primero que tiene que ocurrir es que el hecho previo debe existir.

Pero, ¿qué necesita del hecho previo el lavado de activos, para configurarse como delito? ¿Qué características debe tener la “actividad criminal” previa? ¿Qué debe conocer —grado del dolo— el autor del lavado sobre el hecho previo? ¿El hecho debe ser grave? ¿Dónde puede/tiene que cometerse el hecho previo? Etc.

El Acuerdo Plenario N.º 3-2010 realiza la siguiente distinción: autonomía material, porque no se requiere conocer el *nomen iuris* del hecho previo ni sus detalles (partícipes) (fundamento 31), y autonomía procesal, porque no se requiere que el hecho previo esté bajo investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena (fundamentos 31 y 32).

El hecho precedente es una “actividad criminal”. Esto también es unánime, pero ¿qué significa? Dicen los magistrados: *debe ser un delito*⁵, no una falta, que

3 Vid. BALMACEDA QUIRÓS, Justo Fernando, “Sentencias contradictorias y delitos ‘conexos-subsiguientes’”, en *Revista de Actualidad Jurídica. La Tribuna del Abogado*, 9.ª ed. (Año VI), Lima: setiembre del 2015, pp. 79-132; y SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Contradicciones entre sentencias penales. Una contribución a la discusión jurídica del caso Marta del Castillo”, en *La Ley*, n.º 7795, Madrid: 10 de febrero del 2012.

4 BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 294 y ss.

5 Vid. BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 81. Para un posible

debe poder concretarse mínimamente, en cuanto a su lugar, tiempo y espacio en que ocurrió (considerandos 55 y 56 de la Casación N.º 92-2017). Pero, ¿esta caracterización es jurídica? ¿Esto nos brinda parámetros medibles y reutilizables que ayuden a la judicatura en su previsibilidad, en su coherencia a la hora de resolver los casos? Que el hecho previo sea una actividad criminal, implica que debe ser un delito y no una falta (considerando 19 de la Casación N.º 92-2017). En esto también está de acuerdo la doctrina. Pero, determinar una conducta en un lugar, tiempo y espacio no determina que estemos delante de un delito. ¿Cuándo estamos ante un delito? Será cuando la conducta, cualquiera que sea, al menos ha llegado a la configuración de su estadio de antijuridicidad⁶ (“teoría estratificada del delito”⁷). El delito es una conducta típica y antijurídica.

Si analizamos el “fraude en la administración de persona jurídica”, podríamos llegar a determinar el lugar, tiempo y espacio en que ocurrió, pero si no llegamos a comprender que la conducta al menos debe haberse realizado típica y antijurídicamente (no interesa si culpablemente), entonces no estaremos ante un delito previo (“accesoriedad de la subsecuencia”⁸ (que no es la misma que la “accesoriedad de la participación”⁹)).

Se puede salvar el razonamiento de la sala por cuanto en el caso concreto no se acreditó el delito de fraude en la administración de persona jurídica como hecho previo, pues solo se indicó su *nomen iuris* (considerando 58 de la Casación N.º 92-2017 y fundamento 31, AP N.º 3-2010), pero no se indicó lugar, tiempo y espacio en que ocurrió, ni se imputó el dolo o la presunción del mismo, o si este delito, concretamente, generó ganancias, y por supuesto que no es un delito grave (considerando 56 de la Casación N.º 92-2017); pero sobre todo no se concretó la existencia de un hecho previo, sea o no el fraude a la persona

razonamiento que admitiría la idea de que podría ser cualquier ilícito, hasta de naturaleza civil, mercantil o administrativa, y hasta de una falta, *vid.* GARCÍA CAVERO, Percy, “El objeto material del delito de lavado de activos”, en GARCÍA CAVERO, Percy y Alfredo PÉREZ BEJARANO, *Estudios sobre el delito de lavado de activos*, Trujillo: Triskel, 2014, p. 70.

6 *Vid.* MIR PUIG, Santiago, “Los términos ‘delito’ y ‘falta’ en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 2, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1973, pp. 319-375; y BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 190 (nota al pie 330) y p. 334 (nota al pie 556).

7 *Ibid.*, p. 334.

8 *Ibid.*, p. 322 y ss.

9 Ver el fundamento jurídico n.º 32 del Acuerdo Plenario N.º 3-2010.

jurídica, porque no se concretó que esa conducta era antijurídica. No puede, ni siquiera, quedar justificada porque ninguna otra circunstancia.

El Acuerdo Plenario N.º 7-2011 (fundamentos 9 y 10) determina que el lavado de activos usualmente tiene lugar con posterioridad a la obtención de los ingresos ilícitos que generó el hecho previo, y en este contexto analiza la idea de la secuencia que suele haber entre los actos de obtención, conversión y colocación. Y luego es coherente con lo que en su momento analizó la doctrina, desde otro punto de vista: que *el lavado de activos no requiere la consumación del hecho previo* (de hecho, el plenario pone el ejemplo del tráfico de armas donde el pago se pacta a contra-entrega y luego pone otros casos en donde el delito previo aún no ha culminado). Y es correcto, porque las ganancias provenientes del hecho previo podrían surgir sin que necesariamente el hecho previo ya se haya consumado, y a veces, sin que ni siquiera se hayan iniciado los actos ejecutivos, o estando aún en ejecución, las ganancias ya pueden existir, y otro o el mismo sujeto (auto-lavado), puede iniciar las conductas típicas de conversión o colocación, propias de un lavado de activos (por ejemplo, el sicario que cobra la mitad por adelantado y empieza a utilizar el dinero pactado antes de matar a la víctima).

Pero esto es lo que la doctrina ha denominado *accesoriedad cuantitativa*, es decir cuánto del delito se ha desarrollado exteriormente: actos preparatorios, tentativa o consumación. Está claro que en estos acuerdos plenarios no es necesaria la consumación para que ya pueda empezar a configurarse el lavado de activos. Este análisis de accesoriedad sí es aceptado por la doctrina y por los acuerdos plenarios. Al menos lo utilizan conceptualmente. Aunque a continuación aparece un comentario, en el Acuerdo Plenario N.º 3-2010, en el cual pareciera que los criterios de accesoriedad no serán determinantes para comprender al lavado de activos: “[...] el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico autónomo, afectado por el lavado”¹⁰. Lo que no termina de quedar claro es qué han querido decir los jueces supremos al excluir la accesoriedad. Acabamos de explicar cómo la accesoriedad cuantitativa es necesaria para entender que el lavado se puede configurar aunque el hecho previo no se haya culminado, y sobre todo que estando esta

10 Ver el fundamento jurídico n.º 32 del Acuerdo Plenario N.º 3-2010.

accesoriedad presente no se genera una disminución o desaparición de la autonomía del lavado de activos respecto del hecho previo.

Pero existe otro matiz de la accesoriedad, la denominada *accesoriedad cualitativa*. Explicada siempre como el grado de desarrollo del delito que permite que se configure como tal, es decir como delito, lo que resulta relevante para la participación delictiva, pues aunque el autor no resultara imputable, podrían serlo los partícipes si el delito ha sido configurado como mínimo hasta el estadio de antijurídico¹¹ —como ha uniformizado la doctrina y jurisprudencia a nivel nacional e internacional—. Si esto es lo que se ha desdeñado en el Acuerdo Plenario N.º 3-2010 tampoco existe explicación más allá de la relacionada con la participación delictiva: para evitar vincular y condicionar el hecho conexo-subsiguiente (lavado de activos) con la configuración del hecho previo (conexo-antecedente) pero solo en cuanto a si los autores o partícipes en ambos son los mismos o diferentes, o si llevado va a depender de la condena del autor del hecho previo. Pero resulta que según la doctrina y la ley vigente, tanto el hetero-lavado como el auto-lavado son admisibles. Por tanto la comprensión del lavado de activos debe requerir otro análisis de la accesoriedad, porque aunque es autónomo requiere (de alguna manera depende) de un hecho previo.

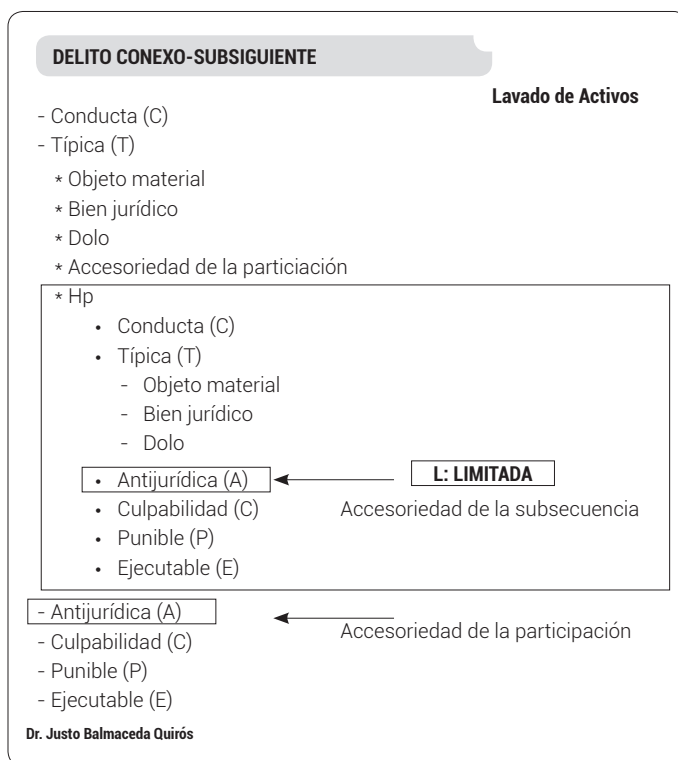
El análisis que propongo requiere partir de la idea de que el hecho previo debe ser un delito: lo que quiere decirse es que el hecho previo, la actividad delictiva previa, tiene la naturaleza de un delito, lo cual se concreta acudiendo a los criterios que definen un delito. *El delito no se define como una conducta que se realiza en un lugar y en un tiempo determinado. Sino que está definido por criterios de accesoriedad.* No puede solo decirse que el hecho previo se cometió en tal lugar y en tal momento, porque las actividades o conductas lícitas también se realizan en algún lugar y en un tiempo determinado. Lo que convertirá esa actividad en delito es la definición de delito basada en accesoriedad: conducta, típica, antijurídica, culpable y punible (y algunos agregan hasta “ejecutable”¹²). Por tanto, si el hecho previo va a ser delito tenemos que descubrir cuál es su grado de accesoriedad cualitativa configurada y el mínimo indispensable que ya convierte las ganancias, los beneficios, en ilícitos, ilegales o sucios: este es el grado de antijuridicidad.

11 También *vid.* GARCÍA CAVERO, “El objeto material del delito de lavado de activos”, art. cit., p. 73.

12 *Vid.* BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 354 y ss.

La accesoriadad que importa analizar tiene un nuevo matiz, que no está relacionado con la participación delictiva, y menos aplicada a la participación del lavado de activos. Se debe entender como la “*accesoriadad de la subsecuencia delictiva*”¹³ (*propia de los delitos conexos*), es decir será aquella que pregunta por cuál es el grado de desarrollo o configuración del hecho previo que necesita el hecho conexo-subsiguiente, cuál es el grado de desarrollo del hecho previo que debe estar configurado y que necesita el lavado de activos para que pueda configurarse como delito de lavado.

Para el lavado de activos *el delito previo debe estar configurado como mínimo en su estadio de antijurídico*, esto le permite al lavado de activos configurarse, porque el previo será definido como delito y todo lo que emane de él será ilícito. Este es el fundamento de la relación de conexión que existe entre lavado y el hecho previo.



13 BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 322 y ss.

La accesoriedad de la subsecuencia tampoco no le quita autonomía al lavado de activos, porque no implica que se necesitará una investigación o un juicio o una condena o haber determinado quién fue el autor del hecho previo para poder seguir configurando el lavado. Pero sin embargo sí se necesita que el elemento normativo “hecho previo” al menos haya sido determinado como un hecho antijurídico (delito), que será el carácter que confiere a las ganancias provenientes del hecho previo la naturaleza de ilícitas (delictivas).

No recomiendo utilizar el criterio de imputación relacionado con un lugar y tiempo (si se puede determinar sería estupendo), pero no debería exigirse como doctrina jurisprudencial o jurisprudencia vinculante, toda vez que sería muy complicado determinar el lugar y tiempo cuando los bienes ilícitos provienen del extranjero¹⁴ y de épocas complejas de determinar.

Por su lado la Casación N.º 92-2017 realiza una concreción importante: el *lavado de activos es un delito conexo o en conexión*¹⁵ (considerando 20), porque reconociendo su autonomía, sin embargo precisa que necesita de un hecho previo como elemento esencial (normativo) del tipo penal.

A su vez, *la relación de la receptación y el lavado de activos* tiene varios matices. No basta la interpretación literal, sobre todo cuando de las palabras escritas pareciera que se dice otra cosa de lo que realmente la finalidad de una figura delictiva implica, o de lo que hasta ahora ha dicho la jurisprudencia. La frase literal del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 (actualizado por el D. Leg. N.º 1249), cuando hace el listado de los hechos previos dice: “[...] con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal”.

No debería interpretarse que la receptación no puede ser hecho previo del lavado de activos, porque precisamente es viable la figura de la subsecuencia en cadena¹⁶ (robo-receptación-lavado de activos, por ejemplo, Juan roba un celular —robo— que luego es vendido por Alberto —receptación— y recibe trescientos soles a cambio, que luego él mismo o Juan terminan usando en el mercado para com-

14 *Ibid.*, p. 80 y ss. Véase también GARCÍA CAVERO, “El objeto material del delito de lavado de activos”, art. cit., p. 75.

15 Para la misma idea, también GARCÍA CAVERO, “El objeto material del delito de lavado de activos”, art. cit., p. 71.

16 *Vid.* BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 112 y ss., 142, 161, 544 y ss., 551, 565. Véase también GARCÍA CAVERO, “El objeto material del delito de lavado de activos”, art. cit., p. 81.

prar zapatillas, etc. —lavado de activos—). *Todos los delitos, incluido el fraude en la administración de personas Jurídicas, pueden ser delitos previos del lavado de activos, excepto los que son previos a la receptación* (considerando 43 de la Casación N.º 92-2017). La separación es sobre los hechos previos de cada uno, no sobre si la receptación puede ser o no previo al lavado de activos. Que sí puede serlo.

A su vez, tampoco parece lógica *la presencia del robo como hecho previo del lavado de activos*, según lo previsto en el artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 (actualizado por el D. Leg. N.º 1249), toda vez que la doctrina y la jurisprudencia (nacional e internacional) siempre han hecho la separación de los hechos previos entre el lavado de activos y la receptación, otorgando a este último todos los delitos relacionados contra el patrimonio, y al lavado le queda el resto (todo lo demás, sin límite, siempre que de los delitos emanen ganancias o bienes ilícitos). Por eso, siempre se ha entendido que el robo (delito contra el patrimonio) es hecho previo de la receptación. Regla que estos decretos legislativos cambian. Pero claro, quizá la lógica estriba sobre la naturaleza de lo robado, ya que si lo robado es directamente dinero en efectivo, entonces la disyuntiva surgirá sobre si la utilización de este dinero es receptación o lavado de activos. En cambio si lo robado es un televisor, está mucho más claro que la venta del televisor (su conversión) y la obtención de dinero en efectivo a cambio de él conlleva una receptación, y luego cuando se utilice el dinero volvemos a centrarnos en el lavado (subsecuencia en cadena). Pero esto no hace que el robo deje de ser un delito contra el patrimonio. Es un gran momento para dilucidar esta nueva controversia, no planteada antes. Mi opinión versaría sobre concretar esta separación, ejemplificada arriba. Cuando el objeto material del delito de robo es dinero en efectivo debemos proceder directamente con el tipo conexo-subsiguiente lavado de activos y el otro tipo conexo-subsiguiente (receptación) debe ceder, y cuando nos encontremos con el caso en que el objeto material del robo es una objeto que requiere de conversión a dinero, en un primer momento será de competencia de la receptación, y cuando se convierta en dinero, entonces procedemos con el lavado.

No se excluye a la receptación como hecho previo del lavado de activos (como erróneamente indica los considerandos 39 y 40, de la Casación N.º 92-2017), sino que se excluyen como hechos previos del lavado los hechos previos de la receptación (v. g. robo), pero la receptación puede ser un hecho previo del lavado, en todas las clases de receptación (arts. 194, 194-A, 195 del Código Penal).

El fraude en la administración de personas jurídicas también puede ser delito previo del lavado de activos. También puede acarrear grandes sumas de dinero como perjuicio-ganancia. No debe mirarse solo el rango de pena de un delito, sino también la gravedad de su injusto o la gravedad de la afectación al agraviado. Pero sobre todo que sean capaces de generar bienes o efectos ilícitos que serán blanqueados. Toda vez que ya pasa a ser de competencia de la política criminal sobre el lavado de activos, criterios relacionados a la lesión material o lesión formal del delito: el delito de lavado de activos quiere perseguir los grandes lavados de activos o da igual porque todos y cualquiera puede configurar realmente el tipo penal. La doctrina y la jurisprudencia no han distinguido según el monto lavado. Ya la necesidad de perseguir este delito ya no estaría bajo el parámetro de la gravedad de la pena, sino en función al monto de lo lavado, toda vez que un delito como fraude en la administración de personas jurídicas puede tener poca pena, pero el monto (bienes, efectos o dinero) de lo ilícito puede resultar significativa para el bien jurídico afectado.

Por otro lado, también habría que considerar la posibilidad de que aunque el rango de pena sea bajo, y los montos a blanquear sean pequeños, si sumamos todos los montos pequeños, puede ocasionarse una grave afectación al bien jurídico protegido, y entonces haber excluido delitos por el rango de pena o por la cantidad de montos a blanquear, pueden resultar muy perjudicial para la política criminal que busca combatir esta clase de conductas.

Por supuesto que pueden darse más características del hecho previo, que pueden resultar relevantes para el análisis de la autonomía esencial del lavado de activos (delito culposo¹⁷, acto preparatorio punible¹⁸, prescrito¹⁹, etc.), pero que ya han sido objeto de otros estudios.

Para entender mejor porqué la autonomía no está reñida con la idea de una relación o necesidad de otros factores, se puede hacer también un paralelo con la “autonomía” predicada para otra realidad, como la “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas” (también por exigencias internacionales) respecto también del delito de lavado de activos:

17 Vid. GARCÍA CAVERO, “El objeto material del delito de lavado de activos”, art. cit., p. 74.

18 Vid. BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 85.

19 *Ibid.*, p. 360 y ss., 502, 506 y ss., 515 y ss.

La sentencia explica los requisitos para apreciar la responsabilidad de las empresas de acuerdo al artículo 31 *bis* del Código Penal. En primer término, como presupuesto inicial, debe constatarse la comisión de delito por una persona física que sea integrante de la persona jurídica (en este caso eran administradores de hecho o de derecho)²⁰.

En el escenario peruano contamos con la ley que regula la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas por el delito de cohecho activo transnacional, *Ley N.º 30424*, modifica por el Decreto Legislativo N.º 1352, del 7 de enero del 2017, con el texto siguiente:

Artículo 3. Responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

Las personas jurídicas *son responsables administrativamente por los delitos señalados en el artículo 1*, cuando estos hayan sido cometidos en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por: [...]”.

Artículo 4. *Autonomía de la responsabilidad administrativa de la persona jurídica y extinción de la acción contra la persona jurídica*

La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. [Las cursivas son nuestras].

Vuelve a predicarse la autonomía (art. 4), pero también se necesita la conexión del hecho penal de una persona natural para poder hacer responsable administrativamente a la persona jurídica. Esto no le quita autonomía, y naturalmente necesita que el delito lo haya realizado una persona natural, como hecho de conexión.

La idea de autonomía (fundamento 26, AP N.º 3-2010), o la autonomía relativa (fundamentos 27 y 28, AP N.º 3-2010), no han sido alteradas por el Decreto legislativo N.º 1249: se mantiene la autonomía procesal anteriormente prevista.

Todo lo que está contenido en la redacción de un tipo penal, de un delito, es un “elemento del tipo”. Es así que el hecho previo (origen ilícito, actividad criminal), como elemento normativo²¹ del tipo es parte del tipo penal, por tanto

20 Vid. TRIBUNAL SUPREMO (SALA DE LO PENAL), *Sentencia N.º 154/2016*, Madrid: 29 de febrero de 2016. Recuperado de <<http://bit.ly/2hcYVUJ>>.

21 Véase, entre otros, ARROYO ZAPATERO, Luis; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *Comentarios al código penal*, Madrid: Iustel, 2007, p. 672; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2002, pp. 361 y 391; LOMBARDEO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del*

deben ser abarcados por el dolo, el sujeto debe conocer los elementos del tipo penal de la conducta que realiza. “La postura doctrinal mayoritaria tiende a considerar que el conocimiento del delito previo forma parte del dolo típico”.

3. LA NECESIDAD DE LA NOCIÓN DE “GRAVEDAD” EN LOS DELITOS PREVIOS

La *Convención de Viena de 1988* hace referencia a la gravedad del hecho previo, pero es que su único hecho previo estaba relacionado con el tráfico de drogas. Sin embargo, después de varias convenciones y reuniones de trabajo, se fue ampliando el espectro de posibles hechos previos, tanto que además la *Convención de Palermo del 2000* ya no se centra solo en una o algunas conductas concretas; y además también se expresa en términos de gravedad, pero no respecto del hecho previo del lavado de activos en sí mismo. La *Convención de Palermo* se refiere a los delitos graves²² (considerando 48 de la Casación N.º 92-2017) en el contexto de la criminalidad organizada. Pero el lavado de activos traspasa los criterios de la criminalidad organizada.

Es la *Recomendación N.º 3* del Grupo de Acción Financiera (GAFI)²³ —del cual el Perú es miembro en la versión latinoamericana—, donde literalmente se dice: “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”. Y en su *nota interpretativa* se aclara que la gravedad hace referencia al *umbral del rango de la pena*. Lo cual plantea una contradicción intrínseca con el final de la frase ahí mismo consignada: “con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos determinantes”. Los delitos que no superen este umbral, pero que pueden implicar la producción de ganancias, y algunos ganancias significativas, que luego el mismo delincuente u otro tendrá

fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria, Barcelona: Bosch, 2009, p. 148.

22 Cuando esta convención se refiere a la gravedad del delito, lo hace en referencia a los delitos que van a cometer las organizaciones criminales, no respecto del lavado de activos en sí mismo.

23 Vid. GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI), *Las recomendaciones del GAFI. Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación*, Panamá: GAFISUD. Recuperado de <<http://bit.ly/1GjEYPA>>.

que utilizar, no podrán atajarse con el delito de lavado de activos, y tampoco con la receptación (si el hecho previo no afecta el bien jurídico patrimonio), y tampoco con el enriquecimiento ilícito, cuando el sujeto activo no sea funcionario público. Por tanto, todo lo que no sea delito grave deberá quedar impune, serán ganancias “lícitas”, y la conducta que utilice estas ganancias procedentes de delitos “no graves” será atípica (al menos con registro un delito que pueda cubrir estas situaciones). Generando un contrasentido, un estado de cosas ilegal, o al menos una situación injusta. Con el riesgo de que los delincuentes que descubran este umbral no lo sobrepasarán y ¿cómo queda la política criminal contra este delito?

También se habla de la *gravedad del hecho previo en el Acuerdo Plenario N.º 3-2010* (fundamento 30). Y lo interesante que podemos extraer de esta consignación es que la gravedad del delito se hace depender de dos circunstancias: i) penas privativas de la libertad significativas (sin indicar que como mínimo sea de 4 años de pena privativa de la libertad, como sí lo hace el GAFI), y ii) realizados en el ámbito de la delincuencia organizada. Pues si ahora, cada vez está más claro que la realización de actos de lavado de activos no es estrictamente dependiente de una organización criminal, también lo es que la gravedad de la pena –del hecho previo– no es un criterio que defina realmente al lavado de activos. Porque “su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretende sustraer del sistema de persecución estatal” (fundamento 30). Cualquiera sea la ganancia, esta lógica no ha cambiado.

En el glosario del reciente Decreto Supremo N.º 018-2017-JUS, (*Aprueban Política Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento*), del 15 de setiembre del 2017, consta la definición de “delito precedente”:

Delito precedente: es el delito fuente generador de las ganancias o activos ilícitos, que posteriormente son blanqueados mediante el lavado de activos. En la legislación están previstos en el segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106.

En esta norma no hay ninguna referencia a si el delito debe ser grave, no solo en esta definición, sino en todo el documento, y mucho menos alguna referencia al rango de la pena. Y en realidad no da muchos más datos que puedan ser útiles para los fines que ahora investigamos. Y de hecho, no concuerdo con la última declaración de este párrafo que hace referencia al artículo 10 del

Decreto Legislativo N.º 1106 como la norma de referencia para indicar cuáles serán los hechos previos del lavado (véase §051 o III.7).

En todo caso, *la naturaleza misma del delito ha concretado lo que ahora es la tendencia actual* en los países que sufren directa y ampliamente, y tienen regulado, el lavado de activos: *se está haciendo desaparecer el límite de la gravedad*, sobre todo si está relacionado al rango de la pena del hecho previo (por ejemplo, España²⁴), situación que también es apreciada en la Casación N.º 92-2017 (considerando 49).

El *principio de legalidad*, tantas veces invocado en la Casación N.º 92-2017, origina que también nos cuestionemos sobre varios delitos enumerados en el artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 (modificado por el D. Leg. N.º 1249), que tampoco cumplen el estándar de delito grave, bajo la característica de contemplar un rango de pena con un límite inferior a los cuatro (4) años. Los delitos contemplados en los artículos 5, 5-A y 5-B de la *Ley Penal Tributaria* (Decreto Legislativo N.º 813) tienen como límite inferior del rango la pena de 2 años de privación de la libertad. Lo mismo ocurre con el delito del Artículo 6 (Receptación aduanera) de la *Ley de los delitos aduaneros* (Ley N.º 28008). Y los siguientes “Delitos contra la Administración Pública” contemplan un límite inferior de pena por debajo de los 4 años de pena privativa de la libertad (se enumeran solo los que podrían generar ganancias, dando cuenta de más delitos de este Título cuya pena es inferior a ese rango):

Ostentación de distintivos de función o cargos que no ejerce (art. 362), ejercicio ilegal de profesión (art. 363), participación en ejercicio ilegal de la profesión (art. 364), ingreso indebido de materiales o componentes con fines de elaboración de equipos de comunicación en centros (art. 368-b), atentado

24 El artículo 301 establece que “[e]l 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, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a este la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años”.

contra la conservación e identidad de objeto (art. 370), sustracción de objetos requisados por autoridad (art. 373), abuso de autoridad condicionando ilegalmente la entrega de bienes y servicios (art. 376-a), nombramiento o aceptación ilegal (art. 381), concusión (art. 382), cobro indebido (art. 383), colusión simple (art. 384), patrocinio ilegal (art. 385), peculado de uso (art. 388), malversación (art. 389), rehusamiento a entrega de bienes depositados o puestos en custodia (art. 391), encubrimiento personal (art. 404), encubrimiento real (art. 405), falsa declaración en procedimiento administrativo (art. 411), expedición de prueba o informe falso en proceso judicial (art. 412), favorecimiento a la fuga (art. 414), fraude procesal (art. 416), insolvencia provocada (art. 417-a), prevaricato (art. 418), detención ilegal (art. 419), patrocinio indebido de abogado o mandatario judicial (art. 421), negativa al cumplimiento de obligaciones de notario y auxiliares jurisdiccionales (art. 423), entre otros.

¿Qué hacemos con todos estos delitos, que según el principio de legalidad sí están contemplados taxativamente en la ley (D. Leg. N.º 1106) pero que no cumplen con el requisito de gravedad desarrollado por la Casación N.º 92-2017? ¿Los dejamos de lado como hechos previos del lavado de activos? ¿Bajo qué delito atajamos el uso y disfrute de las ganancias que de ellos se produzcan? ¿Este es el sentido final de la norma, del delito de lavado de activos? ¿La receptación los alcanza a cubrir? Porque el Decreto Legislativo N.º 1106 no distingue, ¿por qué lo haría la jurisprudencia?

Precisamente, por el principio de legalidad (art. 10 D. Leg. N.º 1106), según el mismo planteamiento existente en la Casación N.º 92-2017 (considerando 34, 36-38), el hecho previo puede ser cualquiera, y la doctrina siempre ha indicado que puede ser cualquiera con posibilidad de generar ganancias ilegales. Lo único que se circunscribiría es que el hecho previo sea de naturaleza penal (delito o falta), porque hasta el delito culposo puede generar ganancias. Se deshace la idea de gravedad del hecho previo (lesión material y lesión formal) también porque en el fundamento 28 del Acuerdo Plenario N.º 3-2010 se determina que el valor del monto dinerario involucrado carece de significado para la tipicidad y penalidad del lavado de activos. El monto, en todo caso queda confirmado, solo servirá para determinar el *quantum* de la pena, para el *quantum* del desvalor de la acción o de resultado (fundamento 29, AP Acuerdo Plenario N.º 3-2010).

El artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, es un *criterio interpretativo* que ni siquiera debería estar contemplado en normas con rango de ley. El exceso

de regulación y el formalismo, confundido con el legalismo, ha hecho caer al delito de lavado de activos en incongruencias fundamentales que lo encorsetan hasta el punto de la inmovilización. Lo regulado en este artículo son características del lavado de activos que no son elementos del tipo penal, y por tanto no corresponde a las normas regularlo, sino a la jurisprudencia y a la doctrina. Que sea autónomo o no, no se logra por declaración de una norma, es una cuestión de las características esenciales de la conducta en sí misma. Lo contrario sería forzar la realidad. No existe, en otro país, en otra legislación una disposición normativa igual a la peruana. Este criterio interpretativo siempre se ha dejado al manejo de los tratados, de la jurisprudencia y sobre todo en una comparativa con la receptación; y no era necesaria esta clase de regulación.

La característica de requerir que el hecho previo sea grave también adolece de este vicio. Porque el propio artículo 10 del D. Leg. N.º 1106 (modificado por el D. Leg. N.º 1249) no indica nada, expresamente, sobre la gravedad del hecho previo. Por legalidad, de hecho, no se dice nada al respecto. Por legalidad, entonces, no debería ser alegada como característica del lavado. No resulta legítimo el recurso a otra clase de interpretaciones que exceden la legalidad de este artículo. Porque, otra vez, tanto las interpretaciones histórica, sistemática y teleológica (considerando 58, Casación N.º 92-2017) tienen en cuenta que precisamente el lavado de activos no solo tiene que ver con los delitos previos graves, sino con todos²⁵ (excepto los previos de la receptación). Según lo hasta ahora explicado, los tratados han hecho desaparecer el requisito de gravedad del hecho previo, y por el contrario empiezan a plantearse otros criterios.

La lesividad —*el principio de lesividad*— como criterio delimitativo de lo que debería perseguirse con el lavado de activos debe ayudar a replantear la política criminal contra el lavado de activos, o al revés. Si no importa la gravedad del hecho previo, si no importa cuánto se ha lesionado el bien jurídico previo, tampoco debería importar la agravación del hecho conexo-subsiguiente. Lo importante es cuidar el bien jurídico (tráfico lícito de bienes), que no se vea alterado o contaminado por conductas injustas. Debe tomarse una decisión sobre si debe/quiere perseguirse todos los efectos, ganancias, bienes o dinero proveniente de un delito, que en un segundo momento pretende blanquearse. Debemos preguntarnos si se está dispuesto a perseguir toda ganancia sucia con

25 Vid. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, 2.ª ed., vol. I, Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 576.

el lavado de activos, pero no porque el delito previo tenga una pena inferior o sea grave, sino por el daño que se hace socio-económicamente al Estado (al tráfico de bienes lícitos en el mercado, en el sistema) introduciendo dinero sucio en sus entrañas, o solo dedicarnos a los lavados de dinero que sean realmente significativos.

Pero esto es muy riesgoso, porque excluir los múltiples pero pequeños lavados, realizados por el mismo sujeto o por sujetos distintos, contaminan gravemente el sistema socio-económico del país, como un río se ve gravemente contaminado por miles de pequeñas dosis de agentes ácidos o detergentes, que vistos individualmente no superan los límites administrativos de una falta como para convertirse en un delito de contaminación ambiental, pero analizados en su conjunto hacen imposible una vida en sociedad. ¿Es esta clase de límite el que reclama el lavado de activos? Esto nos traslada a los criterios del injusto penal o injusto administrativo, de la gravedad de la conducta y/o de su resultado, para determinar si nos embarcamos en esta clase de límite.

Es comprensible que el *Ministerio Público* tenga *límites materiales* para investigar los pequeños blanqueos de dinero ilícito, pero cuando ya se embarcó en una investigación por lavado de activos donde puede imputar el lavado de grandes cantidades de dinero, no puede relevarse de la discusión sobre la imputación de un hecho previo de donde provengan esos efectos, bienes, ganancias o dinero que pretende calificar como ilegales. Y el límite sobre qué se persigue no puede volver a centrarse en si el hecho previo es grave (por sus penas), sino sobre si interesa perseguir hasta las mínimas afectaciones al bien jurídico protegido con el lavado de activos. Porque centrarse solo en si es grave (por el rango de pena) puede conllevar inconsistencias relacionadas con que siendo leves (por la pena) produzcan grandes cantidades de bienes o dinero ilegal; o al revés, porque siendo un delito grave (por la pena) produce una pequeña cantidad de bienes o dinero ilegal.

Lo perseguimos todo o concretamos mejor los límites de lo perseguido. Quizá la alternativa sea conjugar varios principios involucrados: principio de legalidad, el de lesividad, y el de mínima intervención, fragmentariedad o *ultima ratio*. Si la política criminal no es clara, la jurisprudencia debe tomar la iniciativa de concretar criterios que den seguridad jurídica y a la vez protejan la presunción de inocencia de las personas. No tomo partido por alguna solución, solo planteo una posibilidad, siendo que otras pueden resultar mejor estructuradas: i) separar/

crear el “delito” de lavado de activos y la “falta” de lavado de activos, en función a la lesividad del bien jurídico, centrado en un monto mínimo a ser perseguido por el delito y otro monto a ser perseguido por la falta (fundamentos 28 y siguientes del Acuerdo Plenario N.º 3-2010); ii) abrir o dejar de lado el criterio de gravedad del hecho previo para que puedan caber todos (ya no importarían los rangos de la pena privativa de libertad), a excepción de los hechos previos de la receptación, sin que esto implique excluir a la receptación como posible hecho previo del lavado de activos.

La disyuntiva se movería entre la lesión formal para la falta y la lesión material para el delito (como de alguna manera se entrevé en el considerando 44 de la Casación N.º 92-2017).

Es válido el análisis que realiza la Casación N.º 92-2017, cuando cuestiona el *parámetro de las agravantes del lavado de activos* que se concreta en relación a la gravedad del delito previo (considerando 23), puesto que requeriría del Ministerio Público el esfuerzo de imputar claramente uno de los delitos previos que fundamentan la agravante. La norma indica que: *La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la i) minería ilegal, ii) tráfico ilícito de drogas, iii) terrorismo, iv) secuestro, v) extorsión o vi) trata de personas* (art. 4, D. Leg. N.º 1106). Necesitamos que estos delitos puedan ser correctamente imputados de lo contrario no se configuraría la agravante del lavado de activos. Esta situación relaciona tanto el criterio de necesidad de un hecho previo como que este sea grave, para poder configurar las agravantes del lavado de activos. El artículo, la ley, no lo dice y no resulta lógico que el único criterio de la agravante sea que estos delitos previos tengan una pena inferior que supera los 4 años de pena privativa de la libertad. Precisamente tienen este límite inferior en el rango de pena porque su injusto es grave (*de facto*, sería un contrasentido que tuvieran un límite inferior de pena minúsculo si su injusto fuera elevado, y viceversa).

Es precisamente este *injusto o antijuridicidad del hecho previo* (considerando 25 de la Casación N.º 92-2017) lo que debería ser valorado como criterio de gravedad para que el lavado de activos sea también agravado. Por tanto, este artículo que regula las agravantes en función a estos delitos previos o no debería existir o en todo caso está incompleto, o mejor, es asistemático. Reconoce varias clases de agravantes, pero todas ellas independientes unas de otras: calidad de funcionario del autor, calidad de jefe, un contexto de criminalidad organizada,

el monto a blanquear, y solo ante determinados delitos. Sobre esta última, las agravantes del lavado de activos no solo deben organizarse en torno a estos seis delitos bajo el criterio de su rango de pena, sino a todos aquellos que sean graves por su injusto, por la afectación grave al bien jurídico del hecho previo y del lavado de activos (exceptuados por los que lo son de la receptación).

Ahora bien, ¿es necesario que el lavado de activos tenga agravantes? No es necesario que todos los delitos tengan agravantes específicas, sobre todo cuando se generan tantos problemas adicionales al regularlas, y cuando en todo caso se les pueden aplicar las agravantes genéricas. Si una regulación así trae muchos problemas de legalidad, lo mejor sería descartarla, y utilizar las reglas de la parte general para una mejor cobertura jurídica de la sociedad.

Para el caso del fraude en la administración de la persona jurídica, el enfoque del considerando 53 (Casación N.º 92-2017) se muestra parcializado, toda vez que aunque no se pretenda —de primera instancia— sancionar con pena de cárcel efectiva al autor de este delito, lo que importa es lo que esto posibilitó en el delito conexo-subsiguiente, lo que importa es que los bienes o el dinero que se utiliza tengan una procedencia delictiva, un origen sucio para el sistema socio-económico. De los cuatro razonamientos esgrimidos en la casación dos son procesales, uno criminológico y el otro desde la penología; pero esto se aprecia como circunstancial cuando lo que importa en la tipología del delito conexo-subsiguiente es que exista un hecho previo, de naturaleza penal (delito) y que tenga la capacidad de generar un objeto material ilícito que posteriormente se reutiliza en un nuevo delito.

Para este análisis, requerimos volver a los criterios de la *teoría de la subsecuencia delictiva*, que estudia las características comunes de los hechos conexo-subsiguientes. Porque no solo el lavado de activos tiene esta naturaleza, de ser un tipo penal en conexión con otro. Por eso, y quizá este debió ser el primer análisis, no es comprensible que el Ministerio Público imputara el delito de Fraude en la administración de persona jurídica como hecho previo del lavado de activos, siendo que debería haberlo imputado como hecho previo de la receptación. El delito del artículo 198 es parte del Capítulo VI (fraude en la administración de personas jurídicas) que a su vez es parte del Título V (delitos contra el patrimonio). Este es un delito que la doctrina y jurisprudencia constante y coherentemente lo han atribuido como de competencia de la receptación (para ser abarcado por este). En todo caso podría haber imputado como hecho previo del

lavado de activos la receptación del fraude a la persona jurídica (subsecuencia delictiva en cadena), o quizá otro delito como hecho previo (fuera del título de los delitos contra el patrimonio). Pero si lo que se tenía de manera sólida era el fraude en la administración de la persona jurídica, lo que debía era relacionarlo con la receptación.

¿Será que otra vez, como el objeto material es directamente dinero en efectivo (como en el ejemplo del robo, véase §026 y §027 o II.11) vuelve a generarse la *disyuntiva sobre qué es delito previo de la receptación o del lavado de activos*? Estimo, otra vez, que la separación vuelva hacerse teniendo en cuenta la naturaleza del objeto material del delito que es utilizado en el hecho previo y re-utilizado en el delito conexo-subsiguiente. Está claro que hay situaciones que sobrepasan la funcionalidad de la receptación, y que la división doctrinal y jurisprudencial teniendo como parámetros los delitos contra el patrimonio (como hechos previos para la receptación) y los que no (como hechos previos para el lavado), debe ajustarse a la realidad. Ninguno de los verbos rectores de la receptación se adecuaba a la naturaleza del objeto material cuando este es dinero en efectivo, cuando lo que se pretende es *utilizarlo* inmediatamente: “El que *adquiere, recibe* en donación o en prenda o *guarda, esconde, vende o ayuda a negociar* un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será [...]”.

No es necesario cambiarle la naturaleza al delito de Fraude en la administración de persona jurídica —es un delito contra el patrimonio—, pero con su análisis vuelve a presentarse la necesidad de concretar mejor esta separación, ejemplificada arriba. *Cuando el objeto material del delito sea dinero en efectivo* (cualquiera que sea el delito, dentro de los delitos contra el patrimonio; por ejemplo el hurto de dinero, la utilización del dinero producto de la extorsión, etc.) *debemos proceder directamente con el tipo conexo-subsiguiente “lavado de activos”* y el otro tipo conexo-subsiguiente (receptación) debe ceder, y cuando nos encontremos con el caso en que el objeto material del delito contra el patrimonio sea algún otro bien, que requiere de conversión a dinero, en un primer momento será de competencia de la receptación, y cuando se convierta en dinero, entonces procedemos con el lavado de activos (y en este caso el lavado tendría como hecho previo la receptación).

Por tanto, no es que como el delito de *fraude en la administración de las personas jurídicas* no está contemplado expresamente en el art. 10 D. Leg. N.º

1106, no pueda subsumirse dentro de la fórmula “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”, porque además no es un delito grave (por el rango de penas) no constituye delito fuente del delito de *lavado de activos*, sino que su naturaleza es ser un delito contra el patrimonio (de competencia de la recepción). Siendo que además esta disposición no pretende centrar los criterios de cuáles otros delitos pueden ser hechos previos del lavado de activos, solo en los delitos ahí enumerados, debe concentrarse en otros criterios: bien jurídico afectado, objeto material como dinero en efectivo, capacidad de generar bien, efectos, ganancias o dinero ilegal, entre otros.

4. EL ESTÁNDAR DE LA PRUEBA DEL DELITO DE LAVADO Y SU RELACIÓN CON EL HECHO PREVIO

Para la imputación del delito de lavado de activos *siempre existirá el problema de una plena determinación procesal del hecho (incluido el hecho previo, como elemento del tipo que debe ser trabajado en la investigación y en el juicio), pero* a falta de prueba directa aún está vigente —en la jurisprudencia, y la doctrina lo recomienda en estos casos— el uso de la prueba indirecta o indiciaria²⁶ (relación con personas

26 Defiende la fuerza de la prueba indiciaria, ante una conducta tan compleja como el blanqueo de capitales, *vid.* ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “El blanqueo de bienes de origen criminal”, en AA. VV., *Derecho penal económico*, N.º 4, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, pp. 404 y ss. También BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2012, pp. 680 y ss.; y LOMBARDELO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 158: “[e]l derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria”. Es decir, el delito origen de los bienes puede ser probado por indicios y no es necesario, pues el texto del art. 301 CP español no lo exige, que exista una sentencia judicial que lo haya constatado en un proceso anterior [...]”. Sobre esta clase prueba redundo en p. 213 y ss. No estoy del todo de acuerdo con este comentario, ya que es verdad que el art. 301 del Código Penal español no dice algo respecto a sentencia judicial o proceso anterior, pero tampoco puede deducirse lo contrario de él. En todo caso podríamos argumentar que del art. 300 puede inferirse que en caso de existir una sentencia previa será la forma de saber que alguien es irresponsable o exento de pena, o que lo que hizo no es un delito. Es decir, que la determinación de la irresponsabilidad de una persona —de su inconsciencia, según el caso— puede darse dentro de un proceso, cuya determinación no afectará la calificación de su hecho como antijurídico, y para ciertos casos, esto bastará para procesar a los que sí son responsables —los partícipes, si existen—, o para que un hecho subsiguiente pueda configurarse. En todo caso este art. 300 CP español es utilizado para argumentar que no es necesario un proceso y sentencia previa, y para inferir de ahí la accesoriidad

del mundo criminal, aumento desproporcionado de patrimonio —*sobre todo en el periodo de vinculación con esas personas*—, inexistencia de negocios o actividades lícitas que justifiquen ese aumento, etc., son las más aceptadas por los tribunales²⁷, como también está determinado en el fundamento 33 del Acuerdo Plenario

limitada únicamente para la receptación y el blanqueo de capitales; y el art. 453 CP español la determina únicamente para el encubrimiento. En sentido contrario, dónde no se haya regulado expresamente no debe presumirse la “limitada”, sino que hay que estar al caso concreto. Para las características de la prueba indiciaria, cfr. RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1999, p. 237 y ss.; y aceptándolas, si son rigurosas, véase SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 193 y ss., y *precisa que toda prueba realmente es indiciaria —hasta la directa—* (p. 203 y ss.).

Para más sobre la prueba indiciaria, y su utilización para el lavado de activos, ABRAMS, Norman, “New Ancillary Offenses”, en *Criminal Law Forum*, vol. 1, issue 1, 1989, pp. 1-39., p. 10; ABEL SOUTO, Miguel, “El encubrimiento”, en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 2, vol. 1, Montevideo: 2.º semestre de 1998, pp. 295-316., pp. 295-316., p. 301; ARROYO ZAPATERO, Luis; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, et al., *Comentarios al código penal*, Madrid: Iustel, 2007, pp. 661 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios penales y procesales penales. Análisis de la nueva Ley N.º 27765*, Lima: Grijley, 2004, pp. 258 y ss.; LOMBARDEO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, art. cit., p. 159; MORILLAS CUEVA, LORENZO (coord.), *Sistema de derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2011, p. 638; ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducido Enrique Bacigalupo, Buenos Aires: Depalma, 1979, p. 70; y SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, *Dolo e imprudencia en el Código Penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia: Tirant lo blanch, 2007, p. 351 y ss.

- 27 Vid. TRIBUNAL SUPREMO. SALA DE LO PENAL (ponente: sr. Juez GRANADOS PÉREZ, Carlos), *Sentencia N.º 912/2012*, Madrid: 20 de noviembre., fundamento jurídico n.º 2: “El Tribunal Constitucional y esta Sala han precisado que el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, si bien esta actividad probatoria debe reunir una serie de exigencias para ser considerada como prueba de cargo suficiente para desvirtuar tal presunción constitucional. Se coincide en resaltar como requisitos que debe satisfacer la prueba indiciaria los siguientes: que los indicios, que han de ser plurales y de naturaleza inequívocamente acusatoria, estén absolutamente acreditados, que de ellos fluya de manera natural, conforme a la lógica de las reglas de la experiencia humana, las consecuencias de la participación del recurrente en el hecho delictivo del que fue acusado y que el órgano judicial ha de explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de esos indicios probados, ha llegado a la convicción de que el acusado realizó la conducta tipificada como delito. [...]. Y en la misma línea, la Sentencia del Tribunal Constitucional 111/2008, de 22 septiembre (RTC 2008, 111), señala que la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia siempre que se cumplan los

N.º 3-2010)²⁸. Aunque, en opinión de otros, la certeza procesal y la seguridad jurídica demandan otra clase de pruebas²⁹.

Por eso, también estando de acuerdo con la utilización de la prueba indiciaria³⁰ para el caso de lavado de activos, me gustaría llamar su atención sobre la posibilidad de contradicciones entre las investigaciones, juicios y sentencias por ambos delitos, por el hecho previo y por el lavado de activos; lo que además reforzará la idea de autonomía-procesal, y ayudará a comprender mejor la autonomía-material, o mejor dicho, la conexión real entre ambos delitos.

Siendo que lo que *hay que probar son los elementos del tipo penal de lavado de activos*, aunque sea con prueba indiciaria (con todas las reglas que toda prueba indiciaria requiere para poder servir como prueba de cargo), puede resultar distinguible que la tipicidad y antijuridicidad (accesoriedad limitada) del hecho previo se determinen i) dentro de un juicio para poder imputar solo ese delito previo, o ii) dentro del mismo juicio por el hecho conexo-subsiguiente (lavado de activos).

siguientes requisitos: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) para que se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; 4) y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, en palabras de las STC 169/1989, de 16 de octubre (RTC 1989, 169), ‘en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes’”. Para un estudio sobre la utilidad e importancia de la prueba indiciaria. *Vid.* CORDÓN AGUILAR, Julio César, *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012, p. 44 y ss. y pp. 132 y ss.

28 En este punto se seguirá, sobre todo, lo ya manifestado en BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 523 y ss.

29 Para la determinación de otro tipo de pruebas más eficaces y seguras, diferentes a la indiciaria, para determinar el dolo penal. *Vid.* RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., pp. 357 y ss., las cuales también compartimos.

30 Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contra-indicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable. El fundamento n.º 34 (Acuerdo Plenario N.º 3-2010), enumera una gran cantidad de indicios estándares, aceptados unánimemente por la doctrina internacional.

Si es *i) dentro del juicio donde se instruye o investiga al que luego será el hecho previo*, la sentencia servirá, en el juicio donde se enjuicia el hecho subsiguiente, para tener acreditado dicho hecho previo como típico y antijurídico (como mínimo). De este modo no habría problemas para la presunción de inocencia, porque dicha sentencia será la prueba de la existencia de un hecho previo y/o de que había unos efectos u objetos materiales relacionados con él, y para determinar cuál fue el grado de desarrollo de ese hecho previo (“accesoriedad de la subsecuencia”).

Con una *sentencia condenatoria firme* también se estaría determinando la culpabilidad del sujeto y el estadio del delito previo sería de “accesoriedad máxima”³¹, que no es el necesario en todos los supuestos de tipos conexos-subsiguientes (como en el caso del lavado de activos).

Sin embargo, *ii) a veces el hecho previo es descubierto cuando se investiga y procesa el conexo-subsiguiente* (el lavado de activos). Entonces, nos encontraríamos con dos nuevas posibilidades:

- a) Si con el juicio por el hecho subsiguiente se conoce de un hecho previo, no necesariamente se debe iniciar investigación conexas sobre este (debido a las posibles dilaciones, falta de pruebas por el hecho previo, otro órgano es competente, etc.); y *si se investigan por separado*³², *si se sabe a cien-*

31 Vid. BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., pp. 354 y ss.

32 Cfr. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, Bolonia: Real Colegio de España, 1975, p. 186: “No cabe duda que el legislador no exige la unión de los dos procesos, estableciendo que para el caso de que no se haga esta unión, el primer proceso se suspenda. El examen de la norma, después de todo lo que hemos dicho, se nos queda en la simple letra, pues sabemos que la conexión no trata de conseguir sino evitar los conflictos teóricos de sentencia, no así los prácticos”. Y también responde, LOMBARDEO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 158: “Se ha planteado la cuestión [...], si ese delito del que provienen los bienes ha de haber sido objeto de una condena o cualquier otra declaración judicial de su existencia. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta cuestión. [...]. Según afirma la Sala, carece de importancia, para entender perfeccionado el tipo, que aún se esté ventilando la responsabilidad criminal por el delito del que se originan los bienes blanqueados. Esperar a una previa condena en relación con el delito precedente constituiría una incorrecta política criminal que entorpecería el castigo de las actividades de blanqueo de activos, permitiendo al delincuente dificultar o incluso impedir la investigación del blanqueo”. Y continúa, p. 159: “Ahora bien, ¿qué ocurriría en el caso de que, posteriormente a la instrucción de las diligencias previas por el delito de blanqueo, no se acreditase mediante sentencia, la existencia de ese delito previo? La solución pasaría

cia cierta que ambos hechos al mismo tiempo están siendo juzgados y no pueden acumularse por conexión, pienso que sí podría detenerse el juicio por el hecho conexo-subsiguiente (lavado de activos) hasta esperar lo que resulte del juicio por el “hecho previo”, porque una sentencia depende de la otra (el sentido de la sentencia, no necesariamente el fallo de la misma): estaríamos ante una “cuestión prejudicial penal”³³, que habría que valorar su

por el sobreseimiento provisional, en espera de la terminación del procedimiento en que se ventile el delito previo y estar al resultado de dicho procedimiento”. La sentencia a la que hace referencia LOMBARDEO EXPÓSITO es la STS (Sala 2.ª), N.º 483/2007, de 4 de junio, f. j. n.º 4. De la misma opinión sobre el sobreseimiento, véase COBO DEL ROSAL, Manuel y Carlos ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Repercusiones en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*, Madrid: Cesej, 2005, p. 84 (quien opina que debería anularse la sentencia por el hecho subsiguiente y devolverse lo decomisado), y lo mismo ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 200. Otra posibilidad es la vía del recurso extraordinario de revisión, tomando como hecho nuevo la sentencia absolutoria del delito antecedente (art. 954.4 LECrim o art. 439 y siguientes del Código Procesal Penal peruano). Ya he dado mi opinión sobre qué pasaría cuando la sentencia por el hecho previo es absolutoria porque el hecho se considera que no existe. FENECH, Miguel, *El proceso penal*, 4.ª ed., Madrid: Agesa, 1982, p. 178, solo aprecia la necesidad del sobreseimiento si por un mismo hecho se va a procesar a un sujeto que no lo fue en el primer juicio, que no es el caso que nos ocupa; y analiza las cuestiones prejudiciales no devolutivas, como las que se utilizan para obtener un dato que ha de servir para el juicio penal (pienso que un ejemplo podría ser la determinación del hecho previo, que es elemento del tipo del hecho subsiguiente), pero no se refiere a cuestiones prejudiciales penales, sino civiles o administrativas, *Ibid.*, p. 391 y ss. Para más sobre el sobreseimiento, véase GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012, p. 673 y ss.

- 33 Para MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2012, p. 167, las cuestiones prejudiciales sirven, entre otras razones, para ir determinando los elementos del tipo penal. Y las cuestiones prejudiciales no devolutivas, las resuelve en mismo juez en la sentencia (sean penales, civiles o administrativas), sin que deba interrumpirse el proceso principal. Por eso, el enjuiciamiento penal del hecho previo y del subsiguiente, si cabe, será en un mismo proceso —conexo— por un mismo juez. En el mismo sentido, PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos, 1989, p. 49 y ss.; y GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 220 y ss., quien enumera las materias de que pueden tratar, e incluye la penal (cuestión prejudicial homogénea).

El supuesto de encontrarnos con un proceso penal que requiere de la respuesta de otro proceso penal sobre la determinación de si un hecho —previo en el tiempo— era delito o no, no ha sido regulado en la ley. Y así lo aprecia, aunque sea el mismo o diferente el

utilidad, para el caso —insisto— en que ya sabemos que el hecho previo que se quiere imputar como previo del lavado de activos, ya está siendo juzgado.

- b) Si se instruyen juntos (cosa que no pasa, porque el Ministerio Público solo imputa el lavado de activos, y no se anima a imputar e investigar al mismo tiempo el que considera que es la fuente de los bienes ilícitos, cosa que facilitaría mucho su labor), pero bueno, *si se instruyen juntos por conexión* (art. 30.⁴³⁴ Código Procesal Penal, Decreto Legislativo N.° 957), *deberá probarse de manera fidedigna el “hecho previo” junto con el conexo-subsiguiente*; o en todo caso es el momento para que el juez determine y se considere probado el delito previo y los efectos como ilícitos para continuar ins-

sujeito procesado, CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, ob. cit., p. 183: “Dado todas estas cosas, y visto que nuestra ley no regula la posibilidad, no tenemos duda en decir que en estos casos no se puede hablar de una fuerza de cosa juzgada de una sentencia penal sobre otra del mismo tipo”. Desde otro punto de vista, cfr. DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Proceso penal con pluralidad homogénea de objetos. Acción civil. Cuestiones prejudiciales”, en AA. VV., *Derecho procesal penal*, 8.ª ed., Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2007, p. 577: “La negación de la eficacia prejudicial parece clara por lo que respecta a distintos delitos conexos cometidos por varios imputados y también en el supuesto de los distintos delitos conexos cometidos por una misma persona, [...]”. Pero aclara que “la tesis de negar *en todo caso* la eficacia prejudicial de la cosa juzgada no es del todo pacífica entre los autores. En efecto: hay quienes afirman expresamente la extensión de la cosa juzgada de una primera sentencia firme a los copartícipes no encausados contra los que se sigue un segundo proceso, en lo concerniente a la subsistencia material del hecho y a la declaración de extinción de la acción penal por alguna causa objetiva. Así, por ejemplo, MANZINI, BELLAVISTA y TRANCHINA. Estos últimos afirman que constituiría un caso de eficacia prejudicial el de la sentencia que declara la extinción del delito por una causa objetiva de extinción del delito, por ejemplo, la prescripción, implícitamente dice que han cesado, obviamente respecto a cualquiera que haya participado en el delito, los motivos para la sujeción al *ius puniendi*”, *Ibid.*, p. 578 (la cursiva es del original). Esto última opinión se basa en los supuestos de conexidad objetiva y subjetiva y pienso que para la conexidad subsiguiente será igual.

- 34 Artículo 31. Conexión procesal. Existe conexión de procesos en los siguientes casos:
1. Cuando se imputa a una persona la comisión de varios delitos.
 2. Cuando varias personas aparezcan como autores o partícipes del mismo hecho punible.
 3. Cuando varias personas vinculadas por una misma voluntad criminal hayan cometido diversos hechos punibles en tiempo y lugar diferentes.
 4. *Cuando el hecho delictuoso ha sido cometido para facilitar otro delito o para asegurar la impunidad.*
 5. Cuando se trate de imputaciones recíprocas.

truyendo el “hecho conexo-subsiguiente”, ya sea basado en la prueba de indicios y bajo la opinión mayoritaria de que no es necesario conocer los detalles del hecho previo (ni su denominación jurídica, ni si hubo partícipes³⁵, etc.). Esto último podría hacerlo, en ciertos casos, acudiendo al instituto de la “determinación alternativa del hecho” (*del hecho previo*).

De acuerdo a JESCHECK y WEIGEND:

[S]i la determinación alternativa entre diversos tipos penales se admite como excepción al principio “in dubio pro reo” esto es algo que se determina por la relación jurídico-material existente entre aquéllos. [...]. La determinación alternativa del hecho vuelve a modificar esta proposición en la medida en que en determinados casos permite la condena sobre la base de la comprobación de hechos alternativos³⁶.

Este instituto puede utilizarse muy bien para el caso del lavado de activos, cuando el Ministerio Público no puede determinar con mayor claridad cuál podría ser el hecho previo, pero porque tiene un conjunto de posibilidades. Cuando no puede determinarse qué hecho concreto ha sido previamente realizado, entonces podría entrar en escena la “determinación alternativa del hecho”³⁷. Para

35 En este mismo sentido, aunque distinguiendo la etapa de la investigación como la del enjuiciamiento por el delito conexo-subsiguiente. Vid. GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 219 y ss.

36 JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., traducido por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 155. Para la relación de la subsecuencia delictiva con la determinación alternativa del hecho, vid. JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal*, ob. cit., p. 158, np 24 y 25: “La solución reside, ante todo, en que se amplíe el ámbito del principio ‘in dubio pro reo’ a través de la introducción de relaciones valorativas graduables a costa de la determinación alternativa del hecho, y en que también tenga lugar una condena inequívoca a causa del hecho posterior en los supuestos de postpendencia”.

Es interesante leer la traducción de una edición anterior de este último párrafo: “La solución consiste, en primer lugar, en ampliar el ámbito del principio in dubio pro reo a costa de la determinación alternativa con la inclusión de relaciones graduales valorativas y en condenar inequívocamente por el delito posterior cuando se hayan cometido inequívocamente cuando se hayan cometido posteriormente delitos”. Vid. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., vol. I, traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, p. 201 [el resaltado es nuestro].

37 Vid. JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 154: “Sin embargo, existen supuestos en los que a la convicción del juez le consta que el acusado,

considerar que ha existido algún hecho previo penalmente relevante, aunque no se pueda determinar con exactitud procesal cuál, entonces el juez puede escoger uno —dentro de los que jurídicamente sean concurrentes: hurto- robo, malversación-apropiación indebida, etc.— y así completar la configuración de los elementos del delito conexo-subsiguiente —receptación, encubrimiento, blanqueo, etc.— que está enjuiciando. En cualquier caso, en algunas circunstancias, será más tolerable la contradicción de sentencias³⁸, que no enjuiciar a los posibles responsables de un hecho delictivo; pero en otras no (habrá que tener cuidado también con el principio de congruencia, entendido como la correlación entre la acusación y el fallo).

Debemos tener en cuenta, que la garantía de la presunción de inocencia (protegida constitucionalmente, art. 24.2), en los tipos conexos-subsiguientes, debe ser un factor de contención del *ius puniendi*, para que este proteja de la mejor manera la integridad y libertad de las personas. Sobre todo porque estos

caso de no haber cometido el delito que se le reprocha y en virtud de ello poder ser absuelto por el principio de ‘in dubio pro reo’, debió haber cometido necesariamente otro hecho cuya comprobación, no obstante, únicamente puede ser realizada alternativamente. La cuestión es, por tanto, si puede ser condenado sobre la base de esos otros hechos”. Aparte de que debería dársele más tiempo para defenderse del nuevo delito que se le imputa, la doctrina procesal penal alemana aprecia que sí es posible su condena. Como toda regla admite excepciones, la del “in dubio pro reo” también admite como excepción la regla de la “determinación alternativa del hecho”, *Ibid.*, p. 155: “[...], si la determinación alternativa entre diversos tipos penales se admite como excepción al principio ‘in dubio pro reo’ esto es algo que se determina por la relación jurídico-material existente entre aquéllos. [...]. La determinación alternativa del hecho vuelve a modificar esta proposición en la medida en que en determinados casos permite la condena sobre la base de la comprobación de hechos alternativos”. Este autor analiza que estos supuestos pueden tratarse de delitos procesalmente autónomos, pero relacionados con un mismo hecho (p. 158), el considerado hecho previo. Además, pone ejemplos de posibles situaciones a tratarse como supuestos de determinación alternativa: dolo o imprudencia, autoría o inducción, autoría o complicidad, inducción y complicidad psíquica (p. 156); y además, ejemplos de delitos a tratarse como supuestos de determinación alternativa: hurto y receptación, apropiación indebida y receptación, robo y extorsión, estafa e infidelidad patrimonial, hurto con astucia y estafa, hurto y malversación, cohecho y estafa, hurto y extorsión, etc. (p. 158 np 24 y 25). Varios de estos los he considerado subsiguientes en sí mismos. Para más sobre la “determinación alternativa del hecho”, *vid.* ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducido por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003, p. 421 y ss.; aunque no es exhaustivo en su análisis, pues solo lo enuncia.

38 *Vid.* BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 492 y ss.

nuevos delitos se han definido así para proteger mejor a la sociedad, adelantando las barreras de protección o protegiéndola de conductas más graves para los bienes jurídicos (aunque no se hayan tenido claros ni la Política criminal ni los procedimientos a seguir). En el correcto juego de compensación de las reglas (presunción de inocencia *vs.* *ius puniendi*) se debe encontrar el equilibrio que no paralice a la justicia penal y al mismo tiempo proteja a la sociedad ante esta clase de ataques. Mi opinión es que la balanza debe equilibrarse. A veces cederá en favor del *ius puniendi* —por ejemplo, cuando la aplicación de la “determinación alternativa del hecho” sea viable³⁹— y en otras de la presunción de inocencia (equilibrio de principios).

CORTÉS DOMÍNGUEZ es muy claro cuando expone un caso referido al enjuiciamiento de una conducta conexas-subsiguiente, cuando el hecho previo aún no ha sido procesado:

[E]s factible saber que las relaciones (penales) que el juez penal conozca “incidenter tantum”, como medio lógico-necesario para la resolución de la cuestión principal, no pasan en autoridad de cosa juzgada. Así, el juez tendrá que declarar que la cosa vendida era robada para llegar a la conclusión de que existe el deber de penar del Estado en base a la comisión de una conducta que llamamos receptación [...]. Son, pues, declaraciones que el órgano judicial tiene que hacer para llegar a la resolución final de la cuestión debatida, pero que no pueden pasar en autoridad de cosa juzgada por la sencilla razón de que la parte acusadora no ha ejercitado una acción derivada del hecho criminoso robo, sino todo lo contrario, receptación. Si pasara en autoridad de cosa juzgada esa segunda declaración judicial, hecha incidentalmente, caerían por su base los principios de acusación y de correlación entre la acusación y la sentencia, que, como sabemos, informan nuestro sistema procesal penal. Así, de esta manera, no cabe duda que el Juez futuro puede llegar a la conclusión de que las cosas no eran robadas, en el juicio en que se acusa por robo, y todo esto a pesar de que existe una declaración judicial que presupone que dichas cosas eran robadas. En este

39 Véase artículos del Código Procesal Penal peruano:

- Art. 336.2.b (fiscal: investigación preparatoria)
- Art. 349.3 (fiscal: acusación)
- Art. 353.2.b (juez: auto de enjuiciamiento)
- Art. 374.1 y 2 (juez y fiscal: nueva calificación de hechos)
- Art. 393.3.d y 394.4 (juez: sentencia califica hecho)
- Art. 397.2 (juez: cambiar calificación)

caso estamos ante un conflicto teórico de sentencias, y no ante un conflicto práctico de las mismas.

Si por conexión se procesan ambos hechos al mismo tiempo, de facto, podría suceder, también, que los elementos y pruebas del hecho conexo-subsiguiente ayuden a probar mejor el hecho previo o viceversa.

La respuesta no es sencilla y cada caso se resolverá diferente en función de los elementos que existan a favor de la determinación de la existencia del hecho previo por separado o en conexión (pues no está recogida en la ley la prejudicialidad penal, aunque la doctrina procesal penal determine su posibilidad teórica). *El juicio donde se instruyan todos los delitos conexos es la mejor solución para evitar contradicciones entre sentencias*, pero en caso de no poder lograrse esto, estimo que debemos estar a las reglas de la subsecuencia delictiva vigentes para las otras conexiones: objetivas y subjetivas (art. 30, inc. 1-3 CPP).

Lo que está claro es que *la doctrina acepta la posibilidad de contradicciones entre sentencias*: según todo lo dicho por la doctrina procesal penal y la doctrina penal sustantiva respecto de la vinculación negativa⁴⁰ entre sentencias. La doctrina procesal penal no ve inconveniente que así sea respecto de un mismo hecho cuando hay varios sujetos (conexión subjetiva) y no son procesados en el mismo juicio, o porque lo son en momentos diferentes. Considero que esta opinión es trasladable, pero con matices, al supuesto de cuando los sujetos son diferentes respecto de hechos penales diferentes (delitos conexos-subsiguientes, en hetero-subsecuencia⁴¹). Ya CORTÉS DOMÍNGUEZ pensó en el supuesto de posibles contradicciones entre sentencias para lo que llamamos aquí conductas conexas-subsiguientes y admitía sentencias contradictorias⁴². Es verdad que

40 Para más sobre la “vinculación negativa”, *vid.* FENECH, *El proceso penal*, ob. cit., pp. 410 y ss.; PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ Y GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 347; CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, ob. cit., p. 133; GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 784 y ss.; BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, traducido por Miguel Fenech, Barcelona: Labor, 1943, p. 200; entre otros.

41 *Vid.* BALMACEDA QUIRÓS, *Delitos conexos-subsiguientes*, ob. cit., p. 99 y ss.

42 *Vid.* CORTÉS DOMÍNGUEZ, *La cosa juzgada penal*, ob. cit., p. 182: “Otras veces la relación entre dos sentencias penales se puede dar por el hecho de que en una sentencia primera se haya tratado sobre un hecho jurídico penal, que forma parte del supuesto de hecho de un delito del que se conoce en un segundo proceso. [...]. Es lícito, en estos casos, preguntarse la eficacia, y su naturaleza, de la primera sentencia con respecto de la segunda. Los casos pueden ser muy variados y ejemplos tenemos en el caso del

las estudió cuando aún eran manifestación de una participación delictiva y no como delitos o conductas autónomas, con las características de la subsecuencia delictiva que aquí analizamos.

[N]o se puede hablar de eficacia de la cosa juzgada de un primer proceso a un segundo, en donde se conozca un delito dependiente o conexo con el primero ya resuelto, porque eso sería tanto como aplicar una eficacia positiva a la sentencia penal, e imponer la fuerza de la cosa juzgada penal a terceras personas. Lo que se impide con la cosa juzgada es que se vuelva a conocer, frente a la misma persona, del mismo hecho aunque este se ratifique de distinta manera; pero no impide que ahora, en un delito dependiente del primero ya declarado, el Tribunal pueda considerar que no se produjo el hecho o que este no era delito. [...]. En el caso que estamos contemplando no cabe duda de que existiría una contradicción lógica entre las sentencias (cuando la segunda no se atempera a la dicción de la primera), pero no una contradicción práctica, que es precisamente la que trata de evitar la ley con la institución de la cosa juzgada. La seguridad jurídica no se quiebra por la contradicción lógica de sentencias [cuando los sujetos son diferentes y los hechos también, pues son conexos-subsiguientes]⁴³.

Que el hecho previo sea determinado y comprobado en un juicio puede resultar ineficaz cuando se requiera que se encuentre en estadio de tipicidad y antijuridicidad, salvo que la sentencia los declare configurados. Pero cuando se requiera un estadio superior —culpabilidad, punibilidad y ejecutoriedad—, pienso que solo en un juicio y con la sentencia podrá obtenerse la “certeza” necesaria de haberse logrado dichos estadios. Así, la presunción de inocencia conserva sus parámetros de protección: de la

encubrimiento, de la complicidad, de la receptación, etc. [...]. En estos casos no se trata tanto de una conexión entre los distintos hechos a probar en ambos procesos, como que entre las dos situaciones que se juzgan existen elementos constitutivos comunes”. Esta opinión está dada cuando receptación y encubrimiento eran supuestos de participación delictiva y por eso se entiende en este sentido. CORTÉS DOMÍNGUEZ no desarrolla el supuesto de dos hechos penales principales pero relacionados entre sí, sino que receptación y encubrimiento son hechos secundarios unidos intrínsecamente a un hecho principal. Por eso tomar esta opinión al pie de la letra no sería respetar la nueva forma que tienen de relacionarse los hechos en subsecuencia.

43 *Ibid.*, p. 183. Analiza la seguridad jurídica como fundamento de las cuestiones prejudiciales, *vid.* GIMENO SENDRA, *Derecho procesal penal*, ob. cit., p. 220; y del *ne bis in idem*, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, JACOBO, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2010, p. 163.

antijuridicidad, o menos, no necesita un juicio que declare estos estadios; pero sí de la culpabilidad en adelante.

Para un delito conexo-subsiguiente que requiere un hecho previo que está configurado como típico o antijurídico no es necesario una sentencia sobre esto, pues basta con que el juez en el juicio por el hecho conexo-subsiguiente lo determine configurado —si existe dicha sentencia, debe ser clara sobre estos estadios—.

La *conexidad objetiva* y la *conexidad subjetiva* no implican necesariamente que los delitos investigados tengan los injustos relacionados (salvo por los supuestos de conexidad subjetiva que incluyen partícipes; y en la objetiva, cuando hay concurso medial): esta puede ser otra razón para validar la opinión procesal mayoritaria que admite los supuestos de sentencias contradictorias para estos supuestos. Para los supuestos de conexidad objetiva y subjetiva que impliquen relación entre los injustos de los hechos realizados, estimo que la dogmática y la jurisprudencia deberían replantearse admitir la posibilidad de sentencias contradictorias. Son los casos de injustos compartidos, que también se presentan en la *conexidad-subsiguiente*, para ciertos supuestos, los que obligan a matizar y realizar un análisis más detenido, en busca de una posible coherencia entre las sentencias.

El dolo se imputa, es decir, no requiera de una actividad probatoria concreta para configurarse, sino que precisamente, por toda la prueba que existe para probar los otros elementos del tipo penal, es que se puede concluir imputando la conducta a título de dolo, es decir, se puede concluir que el sujeto realizó la conducta con conocimiento de lo que hacía, con conocimiento de cada uno de los elementos del tipo penal.

En el caso del dolo del lavado de activos, como la prueba del elemento “hecho previo” normalmente se concreta por indicios, por eso, *la imputación del conocimiento sobre el hecho previo admite hasta la presunción del conocimiento*. Pero lo que está claro que el dolo es uno de los factores de relación en los tipos conexos-subsiguientes. Por eso el hecho previo debe existir. Es necesario que se haya producido, porque le dará el matiz o calificación de ilegal a los productos o bienes que se blanquearán. De lo contrario ni siquiera es viable el lavado de activos.

Para los tipos conexos el dolo es el primero que explica la relación de conexión⁴⁴. Se puede responder de primera intención, y de manera sencilla,

44 Para los autores angloamericanos, el dolo (incluido en el concepto de “mens rea” como “knowledge” —conocimiento—, a parte del “purpose”, “recklessness” y “negligence”), es

que: si un hecho anterior va a servir para realizar uno nuevo, el autor de este necesita tener referencias de aquél, es decir, necesita conocer algo de él. Para la subsecuencia delictiva, tres cosas: el bien jurídico del hecho previo, el estadio de desarrollo del delito en que se encuentra este (accesoriedad de la subsecuencia) y lo que va a utilizar de él (algún objeto, bien, efecto, etc.). Si no se conoce el hecho previo no habrá nuevo delito (relación estructural, no solo impuesta por ley sino por la realidad de la subsecuencia en sí misma: será atípico). Por eso, parece que todo gira alrededor del dolo, y eso es lo que debe poder desentrañarse del texto del delito.

La explicación de esta relevancia del dolo es sencilla: mientras que los otros factores podrían comportarse de manera diversa —tienen varios niveles o grados—, el dolo no tiene graduaciones en los tipos conexos-subsiguientes. *Solo tiene una forma de presentarse: es conocimiento*⁴⁵, aunque en cada caso requiera

elemental para entender y caracterizar a los tipos subsiguientes (*ancillary offenses*). Lo concretiza ABRAMS, Norman, “New Ancillary Offenses”, en *Criminal Law Forum*, vol. 1, issue 1, 1989, pp. 34 s.: “The potential impact of the systematic use of ancillary offenses on the criminal justice system can be characterized from still another perspective. In connection with all of these offenses, the mens rea element plays a major role. Indeed, as mentioned previously, for some of them, such as money laundering and Bank Secrecy Act violations, the actus reus of the offense is outwardly innocent behavior engaging in an ordinary bank transaction. Criminal liability is based essentially on what the accused knew or intended. To an extent, the same is true of the other ancillary offenses”. Es decir: “El impacto potencial de la utilización sistemática de delitos [subsiguientes] en el sistema de justicia penal puede ser caracterizado desde otra perspectiva. En relación con todos estos delitos, el elemento de *mens rea* juega un papel importante. En efecto, como se mencionó anteriormente, para algunos de ellos, como el lavado de dinero y violaciones a la Ley de Secreto Bancario, el *actus reus* del delito es un comportamiento inocente hacia el exterior —para participar en una transacción bancaria ordinaria—. La responsabilidad penal se basa fundamentalmente en lo que el acusado sabía o intentó. Hasta cierto punto, lo mismo es cierto de los otros delitos [subsiguientes]”. Vid. HUSAK, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 2008, *passim*; HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, traducido por Rocío Lorca Ferreccio, Madrid: Marcial Pons, 2013, *passim*. Para la comparación entre el “dolo” y el “mens rea”, vid. PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, Granada: Comares, 2002, p. 78 y ss. Vid. TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Elementos comunes en los sistemas penales”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 1069 y ss., quien incluye el *mens rea* en el elemento subjetivo del tipo.

45 Para una visión histórica de la idea de dolo revisar entre otros, JESCHECK y WEIGEND,

algo distinto (pero esto no afecta al concepto propio de dolo, sino al objeto que se debe conocer). Es el conocimiento de un hecho previo que puede estar en un estadio de desarrollo concreto (accesoriedad de la subsecuencia), y cuyo objeto de protección (bien jurídico) puede volver a lesionarse con un nuevo hecho, o puede lesionarse un objeto nuevo (como en el caso del lavado de activos: el bien jurídico del hecho previo no es el mismo que el del lavado).

La frase que acompaña al dolo como conocimiento (“debía presumir”) nos coloca en otro matiz, distinto al dolo. Precisamente, a lo que hace referencia es que se pueda probar con indicios (presumir) el hecho previo. Esto es claro por el criterio interpretativo del artículo 10 del D. Leg. N.º 1106 (*vid.* §048), cuando indica que “el conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos [...]”. El hecho previo, como elemento del tipo es el que debe/puede probarse con indicios, pero *el dolo de todo el tipo penal de lavado de activos se concretará como el conocimiento de que los bienes, efectos, ganancia o dinero son ilícitos* y a pesar de todo el sujeto actuó y lesionó el sistema socio-económico (tráfico de bienes lícitos). *No quiere decir que el delito de lavado de activos se puede procesar y condenar con solo la presunción de que se cometió.* La presunción es sobre la prueba indiciaria con la que se puede determinar el hecho previo.

Tratado de derecho penal. Parte general, ob. cit., p. 313 y ss.; MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Barcelona: Reppertor, 2004, p. 262. Para un desarrollo del dolo como conocimiento, *vid.* JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.ª ed., Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 312 y ss.; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2008, p. 406 y ss.; RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., *passim*; RAMOS TAPIA, María Inmaculada, “Delitos de acción. La tipicidad IV”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo blanch, 2010, p. 276 y ss.; FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *El objeto del dolo en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 101. Entre otros. *Vid.* MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en AA. Vv., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005, p. 735, quien afirma que ahora se duda mucho del elemento volitivo como parte del dolo. Describe cómo en la construcción de esta teoría se deja a la voluntad para la culpabilidad y al conocimiento para el tipo, *vid.* LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 474 y ss. y 489. Para otro estudio crítico sobre la división tripartita del dolo, *vid.* LAURENZO COPELLO, Patricia, “Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo”, en CEREZO MIR, José, *et al.*, *El nuevo código penal, presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torío López*, Granada: Comares, 1999, *passim*.

*El dolo implica conocer los elementos del tipo que se realiza*⁴⁶, por tanto conocer un hecho previo y conocer que se utiliza algún elemento proveniente de este. La dimensión comunicativa de los tipos conexos-subsiguientes, como hechos que merecen una pena —en este contexto histórico—, inicialmente reclama el conocimiento del hecho previo, pero luego se explican completamente configurándose los demás factores que caracterizan la idea de la subsecuencia (lesión del bien jurídico y accesoriadad de la subsecuencia).

Conocer los elementos del tipo conexo-subsiguiente requiere conocer todos los elementos del tipo⁴⁷ (valga la redundancia, como en cualquier tipo penal).

46 En este sentido, *vid.* BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 658 y ss.; GÁLVEZ VILLEGAS, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 57 y PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa, 2000, p. 576. Por otra parte, RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 165, a la par de esta idea, razona sobre las consecuencias del desconocimiento de los elementos del tipo: “La primera exigencia que debe cumplir todo concepto de dolo pasa, como es evidente, por su adecuación al texto de la ley. [...] el Código Penal español no contiene definición alguna del dolo, y solo es posible deducir una exigencia legal mínima para este concepto a partir del art. 14.1 CP, regulador del error de tipo: para el dolo es necesario un cierto grado de conocimiento correcto de la realidad. [...] En este sentido, se cuestiona SILVA SÁNCHEZ que, si el dolo debiera contener un querer adicional al conocimiento, ¿por qué habría de excluirlo solo el error de tipo (causa de exclusión del conocimiento) y no además unas ‘causas de exclusión de la voluntad’? La segunda exigencia que debe cumplir el concepto de dolo expuesto es la capacidad de extenderse a todos los elementos del tipo objetivo en tanto que punto de referencia del tipo subjetivo”. La cursiva es del original. Idea que la razona complementariamente en RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007, p. 116. Las mismas ideas en SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, *Dolo e imprudencia en el código penal español*, ob. cit., p. 264 y ss.; y HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducido por Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005, p. 145 y ss.

47 *Vid.* PÉREZ MANZANO, Mercedes, “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 222: “Ahora bien, la problemática del tipo subjetivo no se agota en el análisis de este elemento [conocimiento de la procedencia ilícita de los efectos], pues no es el único conocimiento exigido por el dolo de estos delitos. El dolo debe abarcar todos los elementos del tipo objetivo y ello supone que ha de incluir también el conocimiento de la conducta típica de receptación y blanqueo”. *Vid.* BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 386: “Como indica SUÁREZ MONTES, la expresión [‘a sabiendas’] equivale a tener conocimiento, conciencia o advertencia de algo, pero no prejuzga el grado de certidumbre de ese conocimiento”; de opinión similar PALMA

Deberá conocerse los elementos descriptivos y los normativos que existan, y el verbo rector de la conducta en sí misma (o verbos si son varias posibilidades de conductas, condiciones objetivas de punibilidad, etc.). *Dentro de los elementos normativos deberá conocerse el hecho previo*, y de este el bien jurídico que lesionó —afectó— y los objetos materiales que se requieran volver a utilizar.

Lo que los intervinientes deben conocer es que el hecho previo es una infracción penal⁴⁸. Este matiz es trascendente para la configuración del dolo de los tipos conexos-subsiguientes. Si el dolo consiste en conocer todos los elementos del tipo, uno es un hecho previo: de naturaleza jurídico-penal, elemento normativo⁴⁹; este también debe ser abarcado por aquél.

Sobre que el dolo de los tipos conexos-subsiguientes implica el conocimiento de la antijuridicidad⁵⁰ del hecho previo, aunque no necesariamente ocurre así en

HERRERA, *Los delitos de blanqueo*, ob. cit., p. 562 y ss.; entre otros.

48 En este sentido, *vid.* BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 660 y ss.; ABEL SOUTO, Miguel, “El encubrimiento”, en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 2, vol. 1, Montevideo: 2.º semestre de 1998, p. 37 y ss., sobre la receptación afirma: “[...] cuatro requisitos imprescindibles de esta figura: la existencia anterior de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, el conocimiento de su comisión, la falta de intervención en el delito previo como autor o partícipe y el ánimo de lucro”. También MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “El encubrimiento”, en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995, p. 29 y ss., habla del conocimiento de la comisión del delito previo por parte del encubridor, analizando que debe conocer su comisión típica y antijurídica (sin causas de justificación) y que no es necesario conocer todos los detalles sino aspectos generales. Anuncia que se debe conocer la antijuridicidad del previo, es decir, su grado de accesoriedad alcanzado. Y QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y Fermín MORALES PRAT, *et al.*, *Comentarios al nuevo código penal*, t. II, 5.ª ed., Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008, p. 1040: “[...] que haya generado productos económicamente evaluables, sean muebles [...]”. Para una opinión sobre el blanqueo, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 389; entre otros.

49 Para las características de los elementos normativos del tipo, *vid.* ROXIN, *Teoría del tipo penal*, ob. cit., pp. 121 y ss., reconociendo como su descubridor a MAYER (p. 60); y MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., 2004, p. 235. En opiniones para el blanqueo, *vid.* LOMBARDEO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 157: “El origen delictivo de los bienes es evidentemente un elemento del tipo objetivo, un elemento normativo del tipo, [...]”. Al ser un elemento del tipo, debe ser objeto de la prueba [...]. De la misma opinión, PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo*, ob. cit., p. 321; y BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., 2002, p. 252. También, *vid.* JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 289 y ss.; entre otros.

50 Es bastante clara PÉREZ MANZANO, en MARTÍNEZ ARRIETA, *El encubrimiento, la receptación*

todos los casos, pues puede haber algunos que impliquen solo conocer que el hecho previo se encuentra en estadio de tipicidad, y otros en el de culpabilidad o más. Solo cuando se requiera que el hecho previo se encuentre desarrollado en el estadio de antijuridicidad –o más–, es cuando el dolo del tipo conexo-subsiguiente requiere también conocer de la antijuridicidad⁵¹ del previo (en estos casos podríamos extraer la regla de que “el dolo de los hechos conexos-subsiguientes implica conocer la tipicidad del subsiguiente y la antijuridicidad del previo”): *como en el caso del lavado de activos*.

Por otro lado, no necesariamente el conocer el hecho previo implica ser consciente de la antijuridicidad del hecho conexo-subsiguiente en sí misma⁵². Normalmente puede pasar que concurren ambos conocimientos (saberes), pero no necesariamente.

Así como puede ocurrir que un sujeto empiece a realizar un hecho, del que ni siquiera sea consciente que está tipificado (ignora que algo esté regulado en el Código Penal, lo cual no lo eximirá de responsabilidad, de ser el caso), también

y blanqueo de dinero, ob. cit., p. 223: “Entre la doctrina y la jurisprudencia españolas reina no solo falta de unidad a la hora de catalogar el elemento *conocimiento de la comisión del delito previo* en las categorías dogmáticas, sino una cierta falta de claridad, de precisión y de fundamentación de la postura defendida. La doctrina mayoritaria afirma que estamos ante el conocimiento integrante del dolo, sin embargo no falta quien entienda que forma parte del conocimiento de la antijuridicidad de la conducta, o que es un elemento subjetivo del tipo. Pero más allá de las afirmaciones, las argumentaciones que debieran sostener son más bien escasas. La afirmación mayoritaria de que es un conocimiento integrante del dolo se defiende en contraposición con la idea de que se trata de un elemento subjetivo del tipo. Así la argumentación de BAJO y PÉREZ MANZANO, en el sentido de que si la conducta consiste en aprovecharse de los efectos de un delito, el dolo incluye el conocimiento del delito o de la procedencia delictiva de los efectos. Pero con esta afirmación no se toma postura sobre si se trata de conocimiento del hecho típico o del carácter antijurídico de la conducta, aunque se puede deducir de su argumentación que se trata del primero”.

51 Para los casos que lo requieran, los autores coinciden en afirmar la concurrencia de este estadio. *Vid.* BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 390. También, PÉREZ MANZANO, en MARTÍNEZ ARRIETA, *El encubrimiento, la receptación y blanqueo de dinero*, ob. cit., p. 230. Entre otros.

52 Lo confirma BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 361: “Según esto, quien conoce la antijuridicidad del delito previo, no deduce de ello necesariamente la prohibición del encubrimiento, pese a que en la mayoría de los casos se dará esta circunstancia. De esta manera se excluye que el conocimiento del hecho previo constituya un elemento del deber jurídico que sea portador de la antijuridicidad”.

puede pasar que no considere algo como antijurídico⁵³ (lo cual sí puede eximirlo de responsabilidad, de ser el caso). Tipicidad y antijuridicidad son diferentes y se puede ser consciente de ambos estadios tanto al mismo tiempo como en momentos diferentes.

El momento de aparición del dolo es el mismo que se requiere en los demás delitos, para que se pueda configurar cada tipo penal: *conocimiento antecedente o simultáneo a la ejecución del hecho*⁵⁴. Un *dolo subsequens* ya no permite la configuración del tipo penal. Con todo, debe advertirse que ese conocimiento del riesgo subsiguiente recae sobre datos previos o antecedentes, por tanto puede ser fuente de errores⁵⁵.

Normalmente resulta difícil obtener la prueba de la concurrencia de un hecho previo como conducta delictiva: establecer que el hecho previo es una infracción penal y que se ha conocido esta circunstancia⁵⁶.

53 Cfr. SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, ¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, Madrid: Thomson-Civitas, 2004, p. 228: “[...] un modo de considerar la antijuridicidad del hecho en un momento diverso al de la comisión del tipo. Es decir, que tras la tipicidad de un delito se ha definido la de otro, que solo adquiere sentido desde la antijuridicidad de aquél, del primero”. Este autor pone el ejemplo del encubrimiento, donde sí es necesario el conocimiento de la antijuridicidad del hecho previo.

54 Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 662 y ss.; PÉREZ MANZANO, en MARTÍNEZ ARRIETA, *El encubrimiento, la receptación y blanqueo de dinero*, ob. cit., p. 231 y ss.: “El conocimiento se debe dar, como muy tarde, en el momento en que se comienza a realizar la conducta de receptación de manera que un dolo *subsequens* no convierte la conducta en delictiva. [...], el conocimiento debe darse en el momento de la consumación, y esta se produce con la obtención del provecho que suele coincidir con la posibilidad de disposición del objeto”. La cursiva es del original. Para la idea de que el conocimiento requerido es antecedente, vid. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo*, ob. cit., p. 568 y ss.

55 Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 764 y ss.

56 *Ibid.*, 2002, p. 394: “En efecto, la experiencia obtenida por los operadores jurídicos en las investigaciones sobre el blanqueo de capitales evidencia las dificultades que presenta acreditar dos elementos de este delito: la determinación del origen delictivo de los bienes y el conocimiento de este origen por parte de los sujetos activos”. Lo mismo puede replicarse para el resto de tipos subsiguientes. También en, BLANCO CORDERO, Isidoro, “De la receptación y el blanqueo de capitales [arts. 298-300]”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 1147. El dolo también debe “probarse” o más bien “imputarse” dentro de un juicio: “El encubridor ha de saber que efectivamente se ha cometido un delito, siendo indiferente

Solo queda el acudir a los indicios⁵⁷, que para cada tipo conexo-subsiguiente habrá que determinar. No hay que acudir solo a la doctrina para que ella determine los indicios usuales para cada tipo conexo-subsiguiente, sino, que la jurisprudencia puede ayudar, y mucho, ya que tendrá la oportunidad de poder resolver situaciones en las cuáles plasmar criterios jurisprudenciales para el dolo de estos tipos penales. Ambas pueden intercambiar datos y mejorar los criterios de presunción o de calificación de la conducta previa como delictiva, analizando la relevancia jurídica de los riesgos que representan. Así, unificando criterios, podrá resolverse caso por caso⁵⁸.

que conozca su calificación técnica. Y ha de tener ese conocimiento con anterioridad a su intervención”, en VIVES ANTÓN, Tomás y Enrique ORTS BERENGUER, *et al.*, *Derecho penal. Parte especial*, 2.^a ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 690.

57 Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, 2002, p. 394: “Para la prueba de este elemento recurre la jurisprudencia a la prueba de indicios, también llamada indiciaria, circunstancial o de presunciones”. Aunque esta opinión versa sobre el blanqueo, estimamos que sirve para todos los tipos subsiguientes. La misma idea en, LOMBARDEO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 175. Hasta varias normativas internacionales permiten acudir a los indicios para demostrar el dolo del blanqueo (art. 3.3 del *Convenio de Viena*, art. 1 de la Directiva 91/308/CEE, en el art. 6.2 c del *Convenio de Estrasburgo* de noviembre 1990, y en el art. 6.2 f de la *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*), *Ibid.*, p. 395. Opina igual, refiriéndose al blanqueo de capitales, ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “De los delitos de terrorismo”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código Penal*, 2.^a ed., Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 1167.

58 Vid. BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 395 y ss.: “El Tribunal Supremo ha señalado diversos indicios que pueden servir para acreditar el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. Son tres los elementos indiciarios más habitualmente utilizados por la jurisprudencia: a) El incremento inusitado de patrimonio u operaciones dinerarias manifiestamente anómalas. b) Inexistencia de actividades negocials [sic] ilícitas que justifiquen los incrementos inusuales de patrimonio, la tenencia de cantidades insólitas de dinero en efectivo o las transacciones patrimoniales anómalas. c) Constatación de la relación con personas implicadas en actividades de tráfico de estupefacientes. En efecto, en algunos casos se ha utilizado como indicio, junto con otros, que el sujeto activo era hermano de una persona que había sido condenada por delitos relativos a las drogas o que existía relación de parentesco. Otros elementos indiciarios son: el manejo de inusuales cantidades de efectivo, la ausencia de negocios legales que justifiquen tales ingresos, la utilización de sociedades ficticias carentes de actividad económica alguna, especialmente cuando estén radicadas en paraísos fiscales, el recurso a testaferrros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, el empleo de identidades supuestas, la existencia de anotaciones irregulares en los libros contables, el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, la utilización de falsos documentos en los que se constatan importaciones

Como el dolo es un elemento subjetivo —el bien jurídico y la accesoriadad de la subsecuencia son objetivos—, con él nos preguntamos por el sujeto cognoscente. Aquí sí puede hacerse un matiz. El sujeto debe ser capaz de conocer lo que todo sujeto normalmente socializado⁵⁹ puede conocer. Este debe conocer que la realidad objetiva se presenta con los elementos del tipo conexo-subsiguiente; y debe poder apreciar esos matices⁶⁰. Debe ser capaz de integrar todos estos conocimientos en una aptitud lesiva de características “subsiguientes”⁶¹. A su vez, el sujeto puede tener capacidades o conocimientos adicionales que otros pueden no tener.

inexistentes, la simulación de negocios u operaciones comerciales que no responden a la realidad, la percepción de elevadas comisiones por los intermediarios, etcétera”. Algunos indicios para la receptación que la jurisprudencia ha ido estableciendo (el bajo precio o “precio vil” pagado por el producto, que el objeto de la compraventa sea uno de los habituales objetivos de la delincuencia patrimonial, o el dato de que haya sido adquirido en lugares poco habituales para la venta de determinados productos, etc.), pueden verse en RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 451 y ss.

- 59 Copio la opinión porque es muy clarificadora. “En el ámbito de los *conocimientos mínimos* se está, por tanto, ante una imputación que se lleva a cabo en dos pasos. En primer lugar, si el sujeto no puede ser considerado plenamente inimputable se le deben atribuir los *conocimientos mínimos en sentido estricto*, es decir, los comunes a cualquier miembro de la raza humana mayor de edad e imputable; en segundo lugar, si el sujeto ha sido socializado con normalidad en el seno de las sociedades occidentales se le debe atribuir una segunda categoría de conocimientos: los denominados, en adelante, *conocimientos mínimos en sentido amplio*, es decir, *aquéllos cuya ausencia en personas imputables solo se concibe en el caso de que el sujeto apenas haya mantenido contactos con la sociedad que le juzga y cuando, a la vez, tales conocimientos no formen parte del marco cultural del que proviene tal sujeto*”. *Ibid.*, p. 389.
- 60 Para una interpretación —que comparto plenamente— sobre lo que debe conocer el sujeto interviniente, desde el análisis de la receptación y blanqueo (“conocimiento situacional reflexivo”), *Ibid.*, p. 451 y ss.
- 61 *Ibid.*, p. 460: “[...] el individuo que conoce un riesgo en abstracto y que conoce también todos los datos de la situación en la que actúa, necesariamente tiene que integrar ambos factores en un *juicio de concreta aptitud lesiva*, cuando así lo habría hecho cualquier persona racional”. Quien abunda en la página 463: “[...], desde el punto de vista de las valoraciones sociales, conviene partir de que en todo sujeto imputable concurre una idéntica aptitud para integrar en situaciones concretas los riesgos conocidos de forma general”. La idea de la aptitud lesiva de la conducta se puede encontrar en FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 323 y ss.

A manera de ejemplo, señala RAGUÉS I VALLÈS: “[c]on respecto al delito de receptación, ciertas características personales del sujeto pueden permitir imputarle el conocimiento del origen delictivo de determinados objetos, una imputación que no sería posible en otros casos. Así, por ejemplo, en el supuesto en que alguien compra un reloj robado a bajo precio, el sentido social del hecho cambia notablemente en función de si el comprador es un especialista en relojes o un absoluto profano en la materia. También en este ámbito la adición de ciertas características personales del sujeto al indicio del ‘precio vil’ debe permitir obtener criterios de atribución del conocimiento con inequívoca vigencia social”⁶². Así, si el sujeto pertenece a una banda que principalmente blanquea, se puede decir que sus conocimientos sobre si su conducta está relacionada con hechos delictivos previos son incontrovertidos.

También observamos que en estos nuevos tipos penales, en los cuales hay que conocer algo más que en otros (algo de un hecho delictivo diferente), podrían plantearse algunas dudas sobre la posibilidad de establecer *responsabilidades ante la concurrencia del error*. Aunque parece que estos tipos tienen un “dolo reforzado”⁶³, en realidad, se comportan igual que los demás tipos penales, en los que excluir el conocimiento —en general o sobre algún elemento— conlleva la no configuración del tipo (el hecho podría no ser delictivo por atípico)⁶⁴. El detalle es que el conocimiento puede no estar presente por circunstancias casuales —o involuntarias: defectos en el sujeto, que no tenga la información completa, etc.—

62 RAGUÉS I VALLÈS, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, ob. cit., p. 454.

63 Vid. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 202: “En todo caso, los problemas que plantean en estos supuestos [donde en el tipo penal se hace referencia al conocimiento] avalan la conveniencia de que estas (aparentes) exigencias de determinadas formas de *dolo cualificado* desaparezcan del Código Penal, en la medida en que tras ellas no se constata una voluntad legislativa clara de reducir el alcance de determinados tipos y, en cambio, su exigencia origina importantes problemas interpretativos que, en función del sentido que se atribuya a estos términos, pueden generar injustificadas lagunas punitivas”. La cursiva es mía. En parte estoy de acuerdo, pero me remito a las “conclusiones finales”.

64 Se puede consultar LOMBARDEO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 178: “La expresión ‘sabiendo que’ implica que la conducta será impune si el sujeto activo tiene dudas de la procedencia delictiva”. También en MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., 2004, p. 271: “Si el dolo típico requiere saber que se realiza la situación prevista en el tipo de injusto, el error determinará su ausencia cuando suponga el desconocimiento de alguno o todos los elementos del tipo de injusto”.

como causales —a propósito, adrede, el sujeto puede y no quiere enterarse⁶⁵ de ciertos detalles, para no verse inculcado por un hecho como estos—.

Como todo tipo penal, los conexos-subsiguientes comparten la posibilidad de que el error pueda concurrir en el sujeto, tanto sobre los elementos del tipo que va a realizar —error de tipo⁶⁶—, como sobre la prohibición de la conduc-

65 Esto es lo que puede entenderse como “ignorancia deliberada”. *Vid.* RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 134 y ss.: “[...] ‘el ignorante deliberado ha de tener un concreto motivo para permanecer alejado de la verdad: debe desear conscientemente reservarse una causa de exoneración de su culpa o responsabilidad para el caso de ser descubierto. Su incapacidad para obtener más información no puede deberse a la mera pereza, estupidez o ausencia de curiosidad’”. Esto ha sido criticado por el autor, ya que no son tan determinantes como han sido presentados. Para la definición de ignorancia deliberada, *Ibid.*, p. 25: “[...] situación en la que un sujeto *no quiere saber aquello que puede y debe conocer*, esto es, un estado de ausencia de representación con respecto a un determinado elemento del tipo en el que deben concurrir dos características: la capacidad del sujeto de abandonar dicha situación en caso de haber querido hacerlo y el deber de procurarse dichos conocimientos”. En el sistema español, esta idea no tiene mucha acogida porque aún usa el concepto de dolo eventual, que permite resolver casos en los que se renuncia a conocer (*Ibid.*, p. 21), y hasta puede dudarse que estemos en supuestos de ignorancia, “por la sencilla razón de que en la gran mayoría de ellos el sujeto activo cuenta con un grado importante de conocimientos que, en los sistemas continentales suele bastar por sí solos para apreciar dolo eventual” (*Ibid.*, p. 100). Para otras ideas sobre lo mismo, JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducido por Jacobo López Barja de Quiroga, et al., Madrid: Civitas, 2004, p. 189 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo*, ob. cit., p. 280, quien considera el supuesto de ignorancia como uno de error; BERMEJO, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, tesis para optar el grado académico de doctor, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2009, p. 383 y ss.; LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 476 y ss.; y BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 699 y ss.

66 *Vid.* JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 328: “Existe error de tipo cuando el autor no conoce uno de los elementos a los que el dolo debe extenderse [objetos del mundo real descriptivos o normativos, resultado o peligro creado, curso causal y elementos subjetivos del tipo, pp. 316-318] según el tipo que corresponda” (el resaltado es nuestro). Con error no hay dolo. Y, BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 419. También LOMBARDEO EXPÓSITO, *Blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 182: “Lo más usual es que el error que pueda darse con relación a la comisión del delito de blanqueo de activos sea un error sobre el origen de los bienes, es decir, puede haberse considerado que no provienen de un delito”; QUINTERO OLIVARES y MORALES PRAT, et al., *Comentarios al nuevo Código Penal*, t. III, ob. cit., p. 451, opina, analizando el uso de moneda falsa (386), que si se hace circular moneda falsa y

ta —error de prohibición⁶⁷: error sobre la antijuridicidad del hecho conexo-subsiguiente, ya sea directo o respecto de una causa de justificación—. Entiendo que las consiguientes clasificaciones doctrinales sobre el error⁶⁸ quedan vigentes para ser aplicadas, también, a este nuevo fenómeno.

Con todo, *el error no es diferente en tipos en los que se exige, a veces expresamente, saber algo más que en otros*⁶⁹, *que en los tipos que no*. Aunque el tipo contenga expre-

no se sabía que lo era, no habría dolo; y MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 270 y ss.; entre otros. Vid. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “El error en el derecho penal económico”, en SERRANO-PIEDecasas, José Ramón y Eduardo, DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*, Madrid: Colex, 2010, p. 49 y ss. dónde analiza el error sobre los elementos normativos del tipo como errores de subsunción. Para la delimitación entre error de tipo y de prohibición, también ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, et al., Madrid: Civitas, 1997, p. 459 y ss., párr. 84 y ss.

67 Vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 271, y BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 420, entre otros. Este último es más incisivo para el tema que no ocupa, *Ibid.*, p. 428 y ss.: “La doctrina dominante admite que en los supuestos en que el error de subsunción origine en el sujeto la creencia de que está actuando lícitamente, se da un error de prohibición. Por eso, en el ámbito de la receptación y del blanqueo de capitales, se dice que el error de subsunción podría tener relevancia como error de prohibición cuando implique un cambio de la categoría de infracciones penales exigida por cada clase de receptación o blanqueo de capitales”. También ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo*, ob. cit., p. 294 y ss.; y BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 776 y ss. Para una visión crítica, vid. JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 673 y ss.

68 Para la clasificación del error sobre elementos esenciales, como vencible o invencible, vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 273, entre otros.

69 Vid. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 104: “Uno de los casos en los que tiene perfecto sentido preguntarse por el tratamiento que en derecho español merece la ignorancia deliberada se plantea a propósito de aquellos concretos delitos que exigen, por lo menos en su literalidad, que el sujeto activo haya obrado con conocimiento cierto y actual de los elementos que integra el tipo objetivo”. Y lo resuelve *Ibid.*, p. 200: “Cuando el Código exige que el sujeto actúe ‘con conocimiento’ de algunas circunstancias típicas en particular no parece que se esté sobrepasando el tenor literal de esta exigencia si dentro del término ‘conocimiento’ se incluye la mera representación o consciencia de la posibilidad de que concurren tales elementos”. También BLANCO CORDERO, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 397: “Recientemente PALMA HERRERA, respecto del delito de blanqueo de capitales, identifica los supuestos de ignorancia deliberada con el dolo eventual. A su juicio, quien ciega las fuentes del conocimiento lo hace porque teme y se plantea la posibilidad de que los bienes tengan un origen delictivo. El sujeto, por tanto, tiene un conocimiento

siones referidas al conocimiento, la doctrina y la jurisprudencia admiten que se pueden realizar con dolo eventual⁷⁰ —y estoy de acuerdo— (este concepto permite discernir y resolver con bastante holgura los supuestos de error deliberado). *Desconocer un elemento normativo no es error de prohibición, sino error de tipo*⁷¹, por lo que en caso de no concurrir el conocimiento, o de no poder acreditarlo, entonces el delito conexo-subsiguiente no será típico, y no procede seguir analizando sus elementos⁷².

El conocimiento es indefectible en el derecho penal, por ser un concepto central, ya que los hechos se realizan con dolo o imprudencia⁷³. Y como ahora hay dos hechos en subsecuencia delictiva, su relación se logra conociendo a ambos, conociendo las dos lesiones de bienes jurídicos. Para realizar el hecho conexo-subsiguiente se debe conocer el hecho previo y su carácter de infracción penal.

eventual del origen delictivo de los bienes”. Vid. PALMA HERRERA, *Los delitos de blanqueo*, ob. cit., p. 576.

70 Vid. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 105. Imagínese, por ejemplo, el caso del magistrado que, ante la sospecha de que uno de sus compañeros de sala, ponente en una sentencia, puede estar prevaricando, decide no participar en la deliberación y estampa su firma en la resolución sin haberla leído. Insiste y abunda, *Ibid.*, p. 199.

71 Vid. MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 259 y ss. (párr. 74, para la idea de que el dolo incluye los elementos normativos; párr. 79, para el conocimiento de los elementos esenciales del tipo); JAKOBS, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, ob. cit., p. 347 y ss., sobre todo en la página 350 y ss.; JESCHECK y WEIGEND, *Tratado de derecho penal: Parte general*, ob. cit., p. 316, sobre todo en las páginas 330 y 500; GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 308 y ss., sobre todo en p. 407 y ss, p. 411 y ss. y p. 425; entre otros. Y específicamente sobre le blanqueo, vid. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, *El delito de blanqueo*, ob. cit., p. 287 y ss. Vid. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, en *Icade* n.º 74, Madrid: mayo-agosto del 2008, pp. 113 y 144, p. 137 y ss., para la idea de que el error derivado de anomalías o alteraciones psíquicas afecta a la tipicidad del hecho, y no a la antijuridicidad, pero igual debería generar la imposición de medidas de seguridad, porque la lesividad debe ser el criterio interpretativo que guíe la imposición de estas medidas.

72 Vid. BLANCO CORDERO, en GÓMEZ TOMILLO, *Comentarios al Código Penal*, ob. cit., p. 1147, entre otros. Pero basta con que se los represente o sea consciente de su posibilidad.

73 Lo que no se realiza con dolo es impune o cabe en lo imprudente. Vid. RAGUÉS I VALLÈS, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, ob. cit., p. 120: “A diferencia de las anteriores teorías, los partidarios de planteamientos cognitivistas del dolo consideran que el conocimiento es un elemento no solo necesario, sino además suficiente, para firmar que alguien ha obrado de forma dolosa. [...], dolo y conocimiento son términos sinónimos, de tal suerte que solo los casos de desconocimiento de algún elemento típico deberán remitirse a la imprudencia o a la impunidad”.

Pero se deben conocer en lo objetivo que tengan, que es precisamente lo que los relaciona.

5. CONCLUSIONES

- El lavado de activos es un delito conexo-subsiguiente. Necesita de un hecho previo (accesoriedad de la subsecuencia) y al mismo tiempo, por el nuevo sentido penal —por el nuevo injusto— que representa se autonomiza de ese hecho previo; pero esta autonomía solo es procesal.
- El lavado de activos es un delito autónomo, pero solo procesalmente, porque dogmáticamente, tipológicamente (materialmente), requiere de un hecho previo. Esto no le resta autonomía, solo que debemos concretar precisamente qué necesita del hecho previo, para saber cómo y en qué momento se autonomiza. Se independiza del hecho previo, pero al mismo tiempo lo necesita: que sea delito, que de él emanen bienes ilícitos que se puedan blanquear.
- Los criterios de gravedad del hecho previo no pueden centrarse únicamente en el rango de pena de este, sino que debe valorarse mejor el injusto, la lesión de la conducta y la lesión que se ocasiona con el resultado de estas conductas. Sino, ni siquiera las agravantes del lavado de activos tendrían sustento, porque no se puede prescindir del hecho previo, sobre todo si en ciertos casos condiciona la configuración hasta de unas agravantes.
- La prueba por indicios, y todas las reglas que la sustentan, están vigentes y son ampliamente aceptadas por la jurisprudencia y doctrina, nacional e internacional. Pero no se debe confundir con el dolo de todo el tipo penal del lavado de activos, con el detalle concreto de conocer los efectos, bienes, ganancias o dinero ilícito que provienen de un delito previo. La prueba por indicios, la posibilidad de presumir, se concreta sobre el conocimiento del hecho previo, pero el dolo es requerido para imputar todo el delito de lavado de activos (que entre uno de sus elementos incluye a un hecho previo). *No quiere decir que el delito de lavado de activos se puede procesar y condenar con solo la presunción de que se cometió.* La presunción es sobre la prueba indiciaria con la que se puede determinar el hecho previo.
- El dolo del lavado de activos (como delitos conexo-subsiguiente) implica conocer la tipicidad del delito conexo-subsiguiente y la antijuridicidad del hecho previo.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABEL SOUTO, Miguel, “El encubrimiento”, en *Revista de Ciencias Penales*, n.º 2, vol. 1, Montevideo: 2.º semestre de 1998.
- ABRAMS, Norman, “New Ancillary Offenses”, en *Criminal Law Forum*, vol. 1, issue 1, 1989.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2000.
- ARROYO ZAPATERO, Luis; IGNACIO BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *et al.*, *Comentarios al código penal*, Madrid: Iustel, 2007.
- BALMACEDA QUIRÓS, Justo, “El tipo penal de lavado de activos como ‘tipo penal subsiguiente’”, en GARCÍA CAVERO, Percy y Alfredo PÉREZ BEJARANO, *Estudios sobre el delito de lavado de activos*, Trujillo: Triskel, 2014.
- BALMACEDA QUIRÓS, Justo, “Sentencias contradictorias y delitos ‘conexos-subsiguientes’”, en *Revista de Actualidad Jurídica. La Tribuna del Abogado*, 9.ª ed. (Año VI), Lima: setiembre del 2015.
- BALMACEDA QUIRÓS, Justo, *Delitos conexos y subsiguientes. Un estudio de la subsecuencia delictiva*, Barcelona: Atelier y USAT, 2014.
- BALMACEDA QUIRÓS, Justo, *Delitos conexos-subsiguientes*, Lima: Fondo Editorial USIL, 2017.
- BELING, Ernst, *Derecho procesal penal*, traducido por Miguel Fenech, Barcelona: Labor, 1943.
- BERMEJO, Mateo, *Prevención y castigo del blanqueo de capitales. Una aproximación desde el análisis económico del derecho*, tesis para optar el grado académico de doctor, Barcelona: Universidad Pompeu Fabra, 2009.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, “De la receptación y el blanqueo de capitales [arts. 298-300]”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2002.
- BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2012.
- COBO DEL ROSAL, Manuel y Carlos ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios. (Reperc-*

- siones en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea), Madrid: Cesej, 2005.
- CORDÓN AGUILAR, Julio César, *Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal*, San Sebastián: Instituto Vasco de Derecho Procesal, 2012.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *La cosa juzgada penal*, Bolonia: Real Colegio de España, 1975.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Proceso penal con pluralidad homogénea de objetos. Acción civil. Cuestiones prejudiciales”, en AA. Vv., *Derecho procesal penal*, 8.ª ed., Madrid: Editorial universitaria Ramón Areces, 2007.
- DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *La conexión en el proceso penal*, Eunsa, Pamplona, 1972.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, “El error en el derecho penal económico”, en SERRANO-PIEDRECASAS, José Ramón y Eduardo, DEMETRIO CRESPO (dirs.), *Cuestiones actuales de derecho penal empresarial*, Madrid: Colex, 2010.
- FAKHOURI GÓMEZ, Yamila, *El objeto del dolo en derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- FEIJÓO SÁNCHEZ, Bernardo José, *Normativización del derecho penal y realidad social*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FENECH, Miguel, *El proceso penal*, 4.ª ed., Madrid: Ageda, 1982.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, “El delito de lavado de activos. Legislación peruana. Aspectos básicos”, en *Vista Fiscal*, n.º 1, Lima: noviembre del 2003.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino, *El delito de lavado de activos. Criterios penales y procesales penales. Análisis de la nueva Ley N.º 27765*, Lima: Grijley, 2004.
- GARCÍA CAVERO, Percy, “El objeto material del delito de lavado de activos”, en GARCÍA CAVERO, Percy y Alfredo PÉREZ BEJARANO, *Estudios sobre el delito de lavado de activos*, Trujillo: Triskel, 2014.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, 2.ª ed., vol. I, Lima: Instituto Pacífico, 2015.
- GARCÍA CAVERO, Percy, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2008.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Derecho procesal penal*, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2012.
- HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, traducido por Pablo Sánchez-Ostiz Gutiérrez, Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005.

- HUSAK, Douglas, *Overcriminalization. The Limits of the Criminal Law*, New York: Oxford University Press, 2008.
- HUSAK, Douglas, *Sobrecriminalización. Los límites del derecho penal*, traducido por Rocío Lorca Ferreccio, Madrid: Marcial Pons, 2013.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, traducido por Joaquín Coello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, 2.^a ed., Madrid: Marcial Pons, 1997.
- JAKOBS, Günther, *Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la sociedad*, traducido por Jacobo López Barja de Quiroga, et al., Madrid: Civitas, 2004.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 3.^a ed., vol. I, traducido por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5.^a ed., traducido por Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002.
- LAMAS SUÁREZ, Gerardo Luis, *El delito previo en el tipo penal de lavado de activos*, Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- LAURENZO COPELLO, Patricia, “Algunas reflexiones críticas sobre la tradicional división tripartita del dolo”, en CEREZO MIR, José, et al., *El nuevo código penal, presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor doctor don Ángel Torio López*, Granada: Comares, 1999.
- LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis, *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Barcelona: Bosch, 2009.
- LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Navarra: Thomson Reuters-Civitas, 2010.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “El encubrimiento”, en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero: normativa comunitaria*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- MIR PUIG, Santiago, “Los términos ‘delito’ y ‘falta’ en el Código Penal”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, n.º 2, Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1973.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 7.^a ed., Barcelona: Reppertor, 2004.

- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?: reflexiones sobre un bien jurídico problemático, y a la vez aproximación a la ‘participación’ en el delito”, en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y SILVINA BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “Error de tipo derivado de anomalías o alteraciones psíquicas: un difícil desafío para la teoría del delito”, en *Icade* n.º 74, Madrid: mayo-agosto del 2008.
- MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, “La cuadratura del dolo: problemas irresolubles, sorites y derecho penal”, en AA. VV., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005.
- MORENO CATENA, Víctor y Valentín CORTÉS DOMÍNGUEZ, *Derecho procesal penal*, 6.ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 2012.
- MORILLAS CUEVA, LORENZO (coord.), *Sistema de derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Dykinson, 2011.
- PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa, 2000.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes, “El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero”, en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1995.
- PIÑA ROCHEFORT, Juan Ignacio, *La estructura de la teoría del delito en el ámbito jurídico del “Common Law”*, Granada: Comares, 2002.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima: Grijley, 2007.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo y Eduardo GUTIÉRREZ DE CABIEDES Y FERNÁNDEZ DE HEREDIA, *Derecho procesal penal*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos, 1989.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y Fermín MORALES PRAT, et al., *Comentarios al nuevo código penal*, t. II, 5.ª ed., Navarra: Thomson-Aranzadi, 2008.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Barcelona: J. M. Bosch, 1999.
- RAGUÉS I VALLÈS, Ramón, *La ignorancia deliberada en derecho penal*, Barcelona: Atelier, 2007.

- RAMOS TAPIA, María Inmaculada, “Delitos de acción. La tipicidad IV”, en ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel (dir.), *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, Valencia: Tirant lo blanch, 2010.
- ROXIN, Claus, *Derecho penal. Parte general. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, t. I, traducido por Diego-Manuel Luzón Peña, et al., Madrid: Civitas, 1997.
- ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, traducido por Gabriela Córdoba y Daniel Pastor, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2003.
- ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal: tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, traducido por Enrique Bacigalupo, Buenos Aires: Depalma, 1979.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo, ¿Encubridores o cómplices? Contribución a una teoría global de las adhesiones post-ejecutivas, Madrid: Thomson-Civitas, 2004.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, Javier, *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012.
- SANZ-DÍEZ DE ULZURRUN LLUCH, Marina, *Dolo e imprudencia en el código penal español. Análisis legal y jurisprudencial*, Valencia: Tirant lo blanch, 2007.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “Contradicciones entre sentencias penales. Una contribución a la discusión jurídica del caso Marta del Castillo”, en *La Ley*, n.º 7795, Madrid: 10 de febrero del 2012.
- TORÍO LÓPEZ, Ángel, “Elementos comunes en los sistemas penales”, en AA. Vv., *Homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Madrid: Thomson-Civitas, 2005.
- VIVES ANTÓN, Tomás y Enrique ORTS BERENGUER, et al., *Derecho penal. Parte especial*, 2.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “De los delitos de terrorismo”, en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al código penal*, 2.ª ed., Valladolid: Lex Nova, 2011.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, “El blanqueo de bienes de origen criminal”, en AA. Vv., *Derecho penal económico*, N.º 4, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001.