

SANCIONAR EL AUTOLAVADO EN EL PERÚ ¿ES INFRINGIR EL PRINCIPIO DEL “NE BIS IN IDEM”?

PENALIZING SELF-LAUNDERING IN PERU. IS IT INFRINGING THE PRINCIPLE OF NE BIS IDEM?

Francisco Edgar Flores Mita
Universidad Católica Santa María
Facultad de Derecho
Moquegua – Perú
<https://orcid.org/0000-0001-6726-2089>

Fecha de recepción: 26/09/2022
Fecha de publicación: 16/12/2022

Fecha de aceptación: 15/10/2022

RESUMEN

El presente trabajo tiene como objetivo analizar el autolavado en el Perú, regulado en la última parte del artículo 10 del Decreto Legislativo N°1106, que a la letra dice: “También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecuto o participo en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”.

El problema, identificado es el siguiente: Es posible sancionar conductas de autolavado en el Perú, sin infringir el principio del “Ne bis In Ídem”, a partir de la vigencia del artículo 2 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, que ha eliminado las finalidades del proceso de lavado de activos.

Culminamos con aportar una solución al problema.

PALABRAS CLAVES

Lavado de activos, autolavado, autor, principio de “Ne bis in ídem”, delito precedente y origen ilícito.

SUMMARY

The objective of this paper is to analyze self-laundering in Peru, regulated in the last part of article 10 of Legislative Decree 1106, which literally says: "It can be considered the perpetrator of the crime and therefore subject to investigation and prosecution for asset laundering, anyone who executed or participated in the criminal activities that generated money, goods, effects or profits".

The problem posed is the following: Is it possible to penalize self-laundering behaviors in Peru, without infringing the principle of "Ne bis in Ídem", from the entry into force of article 2 of Legislative Decree 1106, modified by Legislative Decree 1249, that has eliminated the purposes of the asset laundering process?

This paper ends proposing a solution for that question.

KEYWORDS

Money laundering, self-laundering, perpetrator, “Ne bis in Idem” principle, predicate offence and illicit origin.

I. INTRODUCCION

El 22 de julio del 2007, se publica el Decreto Legislativo N°986, que modifica la Ley N°27765 Ley Penal Contra El Lavado de Activos, que introduce por primera vez de manera expresa, en la legislación penal peruana sobre lavado de activos, el autolavado, expresando lo siguiente: “también podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realice las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”¹.

Posteriormente el 19 de abril del 2012, se publica el Decreto Legislativo N°1106, Decreto Legislativo de Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y Crimen Organizado, que deroga el Decreto Legislativo N°986 y la Ley N°27765, manteniendo el autolavado, bajo el siguiente texto:

“también podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecuto o participo en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias”.²

Advertimos, que el artículo 10 de la Ley Peruana, a diferencia del artículo 301.1 del Código Penal Español, penaliza el autolavado, sin decirnos ¿Cuáles son las conductas de lavado que podría imputarse al autor o al participe de la actividad criminal previa?, dado que la ley peruana considera varias conductas a diferencia del artículo 301.1 del Código Penal Español, que considera como conductas de blanqueo la adquisición, posesión, utilización, conversión o transferencia, y la finalidad del blanqueo, al penalizar cualquier acto que realice para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, pudiendo ser sujeto activo de estas conductas el autor de la actividad delictiva previa.

Considero, que el legislador peruano debió decirlo, dado que, las conductas de lavado son varias y más aún, con la modificatoria introducida por el Decreto Legislativo N°1249, a los artículos 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo N°1106, que al modificar el artículo 2, enumera los actos de adquisición, utilización, posesión, guarda, administración, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias y, suprime la finalidad del proceso de lavado, cual es ocultar o encubrir su origen delictivo, supresión con la cual no estoy de acuerdo, porque: “Blanquear no es hacer cualquier cosa con el dinero negro” (Lascuráin, 2018,p,510), en ese mismo sentido, lo resuelto por el Tribunal Supremo Español, que, subraya, que, blanquear es también ocultar o encubrir el origen ilícito, para su inserción en el tráfico económico legal.

Con la supresión de la finalidad del proceso de lavado, introducido por el Decreto Legislativo N°1249, la sola posesión del dinero del que se apropia el funcionario público que comete delito de peculado, será autor de los delitos de peculado y lavado de activos en concurso rea. Si no hacemos la separación entre la consumación del delito previo y el inicio del delito de lavado de activos, se estaría sancionando dos veces por un mismo ilícito.

Para Blanco “Merecen una valoración positiva las posturas jurisprudenciales que realizan una interpretación restrictiva del auto blanqueo. La desmesurada amplitud del tipo penal del blanqueo de capitales requiere este tipo de interpretaciones correctoras, que además evitan problemas constitucionales por vulneración de derechos fundamentales, especialmente por infracción del principio Ne bis in ídem” (2015, p,658)

¹ Artículo 6, del Decreto Legislativo N°986, pub.22/07/2007

² Artículo 6, del Decreto Legislativo N°986, pub.22/07/2007

“El contenido material del **Ne bis in ídem** implica la interdicción de la sanción múltiple por lo mismo, y a juicio de la doctrina mayoritaria rige cuando concurre la llamada triple identidad: de sujeto, hecho y fundamento” (Caro, 2006, p.2). Nuestra Carta magna, no la considerado expresamente, pero el Tribunal Constitucional Peruano, en sus diversas Sentencias, si lo ha desarrollado, encajando este principio, en las instituciones constitucionales del debido proceso, cuando se habla de un principio “Ne bis in ídem” formal y la cosa juzgada cuando se habla de un principio “Ne bis in ídem” sustancial.

El Código Procesal Penal, aprobado por el Decreto Legislativo N°957, del 29 de julio del 2004, en el artículo III de su título preliminar si lo ha considerado expresamente, prohibiendo la doble sanción por lo mismo, pero otorga al derecho penal preeminencia sobre el derecho administrativo.

Finalmente, culminamos con nuestras conclusiones.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Es posible sancionar conductas de autolavado en el Perú, sin infringir el principio del “Ne bis In Ídem”, a partir de la vigencia del artículo 2 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, que ha eliminado las finalidades del proceso de lavado de activos.

El artículo 2, del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo N°1249, incluye el castigo de la mera posesión y suprime las finalidades del proceso de lavado, cual es ocultar o encubrir su origen delictivo, para evitar la incautación o el decomiso en las conductas de adquisición, utilización, guarda, administración, custodia, recepción, ocultación o mantenimiento. Con esos verbos, desde mi modesta opinión, al suprimirse las finalidades, el legislador peruano, flexibiliza el castigo del lavado de activos, eliminando uno de los elementos subjetivos que por esencia forma parte del tipo penal del lavado.

Antes de la modificatoria había que probar dos elementos subjetivos; el primero probar el origen ilícito de la ganancia maculada y, segundo probar, la finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo de la ganancia maculada; hoy basta probar solo el origen delictivo de la ganancia maculada, que puede hacerse incluso mediante indicios. En el caso del autolavado, probar el origen delictivo de la ganancia maculada no habría ningún problema, porque es evidente que el autor o el participe en el delito previo, que decide llevar adelante el proceso de lavado, sabe perfectamente que la ganancia tiene origen ilícito. Da la impresión que el mensaje del legislador es; delinque, pero no laves.

Anterior al Decreto Legislativo N°1106, el delito de lavado de activos quedo configurado como un delito de resultado³, hoy al suprimir las finalidades, en el tipo penal de lavado de activos al no importar afectar el bien jurídico administración de justicia, bastando la afectación del bien jurídico orden socioeconómico, posibilita considerar ahora al delito de lavado de activos como un delito de mera actividad. Por ejemplo, la sola posesión del bien de origen ilícito es punible, ya no importa lo demás.

En efecto, el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo N°1249, ha suprimido las finalidades, ahora basta que el sujeto activo; adquiera, utilice, posea, guarde, administre, custodie, reciba, oculte o mantenga en su poder dinero u otros bienes que sepa que tienen un origen ilícito o al menos presumirlo, para llevarlo a una investigación y juzgamiento, por el delito de lavado de activos.

³ Así lo dejo establecido el ACUERDO PLENARIO N°3-2010/CJ-116.

III. Definición de autolavado y significado de los verbos contenidos en el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo N°1249.

Es necesario definir semánticamente, que significan cada uno de los verbos descritos en el tipo penal, para efectos de determinar si son actos de agotamiento del delito previo y cuando esos verbos, pueden contravenir el principio del NE BIS IN IDEM. Pero antes, es necesario definir el autolavado o auto blanqueo: El autolavado es el proceso de lavado o blanqueo, que el mismo autor o participe del delito previo, decide realizar intencionalmente, con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias, para evitar su decomiso o incautación y luego integrarlas al circuito legal económico.

Acto seguido, procedemos a describir el significado de cada uno de los verbos contenido en el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1249.

a.-Adquisición

De acuerdo a la RAE, adquirir para efectos de este artículo significa: Ganar, conseguir con el propio trabajo o industria; comprar (obtener por un precio); coger, lograr o conseguir.

¿Cuándo el autor de la actividad delictiva previa, podrá adquirir, los bienes generados por su propio delito y ser sancionado como auto blanqueo?, de acuerdo al significado de adquirir, solo será posible cuando se refiere a la acción de coger, lograr o conseguir (Matallin, 2013, p,17). Porque de acuerdo al significado el autor de la actividad delictiva precedente, no lo podrá ganar, comprar o hacer lo propio como derecho, porque ya lo tiene en su poder, no necesita desplegar esas actividades, por ejemplo en el delito de Cohecho pasivo propio, cuando el funcionario o servidor público, acepta o recibe donativo, promesa o cualquier otra ventaja o beneficio para realizar u omitir un acto en violación de sus obligaciones; ese hecho de recibir dinero es adquirirlo, cogerlo, a cambio de omitir sus obligaciones funcionales; he ahí la actividad ilícita, pero esa adquisición es parte de la conducta desplegada por el autor de la actividad delictiva previa, no podría considerarse delito de lavado de activos, ya que estamos frente a un acto de agotamiento del cohecho, aún no ha desplegado acciones con la finalidad de ocultar o encubrir su origen delictivo.

Vargas citando a Trovato “señala que lavar el botín ...está incluido en la cuenta del autor al haber cometido el hecho precedente” (2017, como se citó en Vargas, 2017, p,220). No hay forma de considerar el verbo adquirir como conducta de autolavado, porque, para sancionar autolavado, el autor del hecho precedente, tiene que desarrollar acciones que obligatoriamente se subsuman dentro del tipo penal de lavado de activos, compuesto por elementos objetivos y subjetivos y lesionar o poner en peligro el orden socioeconómico y la administración de justicia.

Para Blanco, los supuestos de autolavado, solo admitirán sanción cuando dicha finalidad se aprecie en el responsable de la infracción penal antecedente (2012, p, 659), esto significa que, si la finalidad en los actos de lavado está ausente, no hay delito de lavado de activos.

La jurisprudencia de los Estados Unidos de Norteamérica, sostiene que, para poder aplicar el delito de blanqueo de capitales se debe acreditar que el sujeto ha actuado con la intención de ocultar o encubrir el origen del dinero o evitar que se proceda a la comunicación de la operación a la UIF, en ese mismo sentido la STS 265/2015, de 29 de abril, con la cita de diversos precedentes, dice: Que la esencia del tipo lo integra la expresión “con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito”, finalidad u objeto de la conducta que debe encontrarse presente en todos los comportamientos descritos por el tipo; el que adquiere, posea, utilice, convierta, transmita o realice otro acto, para ser típico se exige que sea para ocultar o encubrir el origen ilícito de bienes procedentes de una actividad delictiva.

Teniendo en claro, que la doctrina y la jurisprudencia, dejan establecido, que la esencia del tipo penal de lavado de activos es la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito, entonces ¿Qué tipifica el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1249?, si ha suprimido la finalidad de las conductas de adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener como conductas para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes. El artículo en comento, solo exige para ser lavador, que el sujeto activo conozca o debía presumir el origen ilícito de la ganancia maculada.

En el verbo rector adquirir, desde la perspectiva de la legislación peruana, sería imposible, atribuirle como acto de lavado de activos al sujeto que participo en la generación del dinero mal habido por lo siguiente:

- Es evidente que el sujeto activo, sabe que existe un origen delictivo del dinero, pero para castigar por lavado de activos, si el tipo penal carece de la finalidad, entonces ¿Cómo el adquirir su propio botín, se tipificaría como lavado de activos?, si en el ejemplo propuesto del cohecho el adquirir forma parte del acto consumativo del referido delito.
- El verbo adquirir, desde mi punto de vista forma parte de la dinámica comisiva del delito precedente, y sancionarlo como lavado de activos, vulnera el principio del “Ne bis in Idem”

b.-Utilización

Utilizar significa aprovecharse de algo, emplear útilmente algo, hacerlo provechoso o sacarle el máximo rendimiento.

La profesora Matallin, nos pone un ejemplo de utilización dice: “gastando el dinero obtenido como consecuencia del tráfico de drogas, o realizando otras conductas orientadas a sacarle el máximo rendimiento o provecho, por ejemplo, convirtiéndolo o transmitiéndolo” (2013,p,25), si estos ejemplos se dieran en el Perú, bastaría que el autor que utiliza el dinero sucio, sepa de su procedencia delictiva, al haberse suprimido el elemento subjetivo; con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, que a diferencia del artículo 301.1 del Código Penal Español, al regular el verbo utilizar, mantiene la finalidad, no siendo suficiente, saber solo su origen, porque el sujeto activo que ha generado los bienes sucios, sabe su origen, por ello este tipo penal tiene otro ingrediente como es la finalidad para ocultar o encubrir el origen ilícito y esto debe probarse dentro del proceso penal, quiere decir que, para que haya autolavado la utilización que haga el autor de la actividad delictiva precedente, tiene que hacerlo con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, los actos de utilización deben ser relevantes para el derecho penal, tiene que haber un desvalor de la acción y un desvalor del resultado, de no ser así, no hay imputación objetiva por auto blanqueo.

El artículo 2 del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo N°1249, ha suprimido las finalidades, cuando la doctrina extranjera, el derecho comparado, la jurisprudencia española y la norteamericana, mantienen la finalidad, que es la esencia del tipo penal de lavado de activos.

c.-Posesión

La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad⁴, el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo N°1249, sanciona como lavado de activos la mera posesión, solo basta que el que, lo posee sepa que tiene un origen ilícito, siendo suficiente ello, entonces si esto así; en el Perú, el Funcionario Público, que se apropia de un dinero del Estado, al momento que entre en posesión de él, cometerá en concurso real de delitos, los delitos de peculado y lavado de activos, lo cual es un despropósito.

⁴ Código Civil Peruano, artículo 896.

En Perú, se castiga el lavado incluso por montos inferiores a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias, no hay monto mínimo, lo que significa, que, si un sujeto hurta un celular de un valor de S/ 500.00 soles, estaría cometiendo delito de hurto y lavado de activos, por la mera posesión del celular.

Desde el punto de vista de la afectación del bien jurídico tutelado, para que la mera posesión sea catalogada como acto de lavado, debe afectar el orden socioeconómico y entorpecer el accionar de la justicia, de no verificarse ambas afectaciones, la mera posesión es parte del agotamiento del delito previo, por ser el delito de lavado de activos pluriofensivo.

En Perú, la mera posesión de un bien de origen ilícito, se castiga como lavado de activos, contrario a la Jurisprudencia Española. Por ejemplo, la Sentencia 265/2015 que concluye que la mera tenencia de fondos ilícitos o su utilización en gastos de consumo no es delito de blanqueo, como si lo es la adquisición con ellos de bienes que oculten o traten de ocultar su procedencia.

d.-Guardar

Este verbo, se refiere a: **poner algo donde este seguro**. Ejemplo Guardar dinero, joyas, vestidos etc. El guardar los bienes, efectos o ganancias de origen ilícito, sin afectar el orden socioeconómico y entorpecer el accionar de la justicia, no es lavado de activos, porque desde mi punto de vista es parte del agotamiento del delito previo. por ejemplo, el funcionario Público que comete peculado, el sicario que mata por dinero, el defraudador, el traficante de drogas, lo primero que hacen cuando tiene el botín, es guardarlo u ocultarlo. Por ejemplo, un caso real sucedido en la Región Moquegua – Perú; se produjo un caso de robo agravado, donde unos individuos interceptaron una camioneta de la Municipalidad de Cuchumbaya que transportaba, más de medio millón de soles para el pago de la planilla de trabajadores de la comuna, redujeron al chofer y sus acompañantes, luego de sustraer el botín, escapar y repartirse el mismo, a uno de ellos le correspondió la suma de S/ 50,000 soles y este guardo el dinero en un hueco que hizo en el jardín de su casa, pero, ante la eficacia de las investigaciones que hizo la Policía Nacional del Perú, este tuvo que someterse a una confesión sincera y decir donde estaba el dinero que le había correspondido, se fue con la policía, el Fiscal Provincial y desenterraron el dinero que lo tenía guardado. El sujeto solo respondió por el delito de robo agravado, porque se consideró como un acto posterior al robo y fue penado solo por robo agravado, no se imputo el delito de lavado de activos, es decir no hubo autolavado, porque ese guardar, no era con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, para luego introducirla al circuito financiero legal, únicamente la guardo con fines de seguridad, aun no estaba en circulación.

e.-Administrar

Prado, al referirse al verbo administrar, dice que la Ley se refiere a actos de gestión o conducción de los activos ya lavados. Son evidentes actos de tenencia. (2019, p,95), y, nos pone como ejemplo el caso típico del testafarro que arrienda inmuebles, que suministra a terceros recursos financieros o invierte o transfiere capitales, etc.

Si los bienes ya están lavados, como dice Prado, es decir ya se dieron las tres fases del lavado de activos, como es; la colocación, el ensombrecimiento y la integración, entendida esta última fase, donde el autor o participe del delito previo, ya tiene en su poder los fondos con apariencia de legalidad. Me pregunto ¿Qué se va a castigar?

Sería el caso del narcotraficante, que, con el dinero lavado, que ya ingreso al circuito financiero legal; compra inmuebles, crea empresas inmobiliarias, ahí desde mi punto de vista, no cabría imputación de autolavado, porque el autolavado solo puede imputarse al sujeto que decide iniciar

el proceso de lavado respecto de los bienes de origen ilícito que el género. En el ejemplo del narcotraficante que, utiliza el dinero ya lavado; en mi opinión solo respondería por el delito de tráfico ilícito de drogas y todos los bienes adquiridos con dichos fondos serían decomisados, conforme el Decreto Legislativo N°1104, esta ley en su artículo 2, establece que la pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial, en virtud del cual, todos los bienes obtenidos como producto de la comisión de un delito, pasan a favor del Estado Peruano, con ello se evita, el disfrute de los bienes, efectos y ganancias procedentes de un delito.

Entiendo que, lo que quiere el legislador peruano, es evitar que el delincuente disfrute del dinero obtenido ilícitamente, evitar que lo reinvierta en el crimen, pero ese deseo del legislador no se logra, imputando siempre el delito de lavado de activos, sino bastaría aplicar la Ley de pérdida de dominio, que es una consecuencia accesoria a la sanción del delito previo.

f.-Custodia

Prado nos dice que con este verbo rector” la norma designa a actos de vigilancia sobre los bienes que, si pueden encontrarse ocultos, Se trata, pues, de modalidades de resguardo y tutela sobre los activos lavados” (2019, p,95), al igual que el verbo administrar, el verbo custodiar según Prado, se aplica cuando los bienes ya están lavados, es decir cuándo ya se dieron las tres fases del lavado de activos. En ese caso, ¿Puede imputarse el verbo custodiar, como conducta de autolavado?, mi respuesta es negativa, porque el autolavado solo puede imputarse cuando el autor o participe en el delito previo, decide intencionalmente iniciar el proceso de lavado, no cuando los bienes ya han alcanzando apariencia de legalidad, donde solo procedería su decomiso conforme lo establece el Decreto Legislativo N°1104.

g.-Recibir

Según Prado, recibir “Supone un acto de transmisión de bienes que el receptor incorpora a su tenencia física” (2019, p,95). Para Gálvez recibir; “importa la tenencia material y efectiva del bien” (2016, p,111), de la definición de ambos juristas peruanos se desprende que una tercera persona es la que entrega los bienes lavados al receptor, para que este lo disfrute. Este verbo, creemos que no podría imputarse al autor de la actividad delictiva previa, como autolavado, ya que el verbo está destinado, al sujeto que recibe los bienes, efectos o ganancias ya lavadas.

h.-Mantener en su poder

Mi crítica al legislador peruano, es la cantidad de verbos que ha introducido con el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo N°1249, al respecto, Gálvez, citando a Prado dice: “que esta conducta típica estaría ya comprendida en el verbo recibir, pero el legislador ha querido reiterar al respecto a fin de comprender a todas las conductas de tenencia posibles” (2019, p,113). Se advierte que el deseo del legislador peruano, es que el delincuente no toque el dinero sucio que ha producido, por ello, legisla incrementando los verbos rectores de lavado, esto significa en el futuro, más modificatorias, más expansionismo del tipo penal de lavado de activos y flexibilización de los tipos penales actuales, al extremo de haber suprimido las finalidades del proceso de lavado, que es la esencia del tipo penal de lavado de activos, lavado de dinero o blanqueo de capitales.

i.-Ocultar

El verbo “**oculta**”, pero ¿Quién oculta?, una tercera persona, o el autor del delito previo. Si el que oculta es el autor o participe del delito previo, solo será un acto de agotamiento del delito previo. Para que, el verbo “oculta”, pueda imputarse como conducta de autolavado, tendría que verificarse

la afectación a los bienes jurídicos tutelados como es el orden socioeconómico y la administración de justicia.

Este verbo es similar al verbo guardar, que es una reacción lógica del sujeto, que recibe el botín, guardar u ocultar el dinero que recibe, como producto del delito previo o luego de repartirse el botín, es un acto de agotamiento del delito previo, de no verificarse que la conducta de ocultar, va a afectar el orden socioeconómico o la administración de justicia, no puede castigarse como autolavado, hacer lo contrario es afectar el principio del “**Ne bis in ídem**”.

IV. El principio del “NE BIS IN IDEM”

Me hubiese gustado, que la Constitución Política del País de 1993, al igual que la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, consigne expresamente, el principio del “**Ne bis in ídem**” pero no la ha expresado.

Sin embargo, hay dos artículos de la Constitución Política del Estado, que son citados por el Tribunal Constitucional del Perú, para dejar establecido que el principio del “**Ne bis in ídem**” si se aplica en el país.

La Constitución, contiene como principios constitucionales, la observancia del debido proceso y la cosa juzgada, en los incisos 3) y 13) del artículo 139 de la Constitución Política del País.

El Tribunal Constitucional Peruano, ha dejado establecido lo siguiente: cuando a una persona se la procesa 02 veces por los mismo, estamos frente a una vulneración del principio del “**Ne bis in ídem**” formal, al vulnerarse el debido proceso y, cuando a una persona se le sanciona por lo mismo que ya fue sancionado, se vulnera el principio constitucional de la cosa juzgada, así lo ha dejado establecido el Tribunal Constitucional en la STC N° 2050-2002-AA-TC. Advirtiéndose de esta sentencia que el principio Ne bis in ídem tiene una doble configuración: por un lado, una versión sustantiva y, por otro, una connotación procesal.

Doctrinaria y jurisprudencialmente para la aplicación de este principio, se tiene que advertir la triple identidad, como es:

- a.-Identidad de sujeto
- b.-Identidad de hecho
- c.-Identidad de fundamento

Para ir conectando, este punto, con nuestro artículo que estamos desarrollando; en la Constitución Política del País, está expresamente autorizado a que los jueces hagan control difuso de las leyes que contravengan la constitución, y está expresamente establecido en el artículo 51 de la Constitución donde establece la supremacía de la constitución sobre las demás leyes. El principio del **ne bis in ídem**, lo encontramos de manera expresa en el artículo III, del Código Procesal Penal, esta norma, va a permitir que los jueces y, abogados puedan invocar la aplicación del principio del “**Ne bis in ídem**”, cuando se advierta, que se pretenda investigar y sancionar el autolavado por conductas que se consideren actos de agotamiento del delito previo.

El autolavado en el Perú, se castiga, pero, los verbos contenidos en el artículo 2 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, tal como está redactado, no podría imputarse como autolavado, de hacerlo se corre el riesgo de vulnerar el principio del “Ne bis in ídem”, este principio contiene al poder punitivo que ejercen los Jueces; el castigo en exceso, que de ninguna manera puede permitirse.

A manera de conclusión en el Perú, castigar el autolavado es la regla, exonerarlo es la excepción, en ese mismo sentido Blanco, dice: “la regla general es la sanción del autor del delito previo por el posterior blanqueo, y la excepción a esta regla es su no sanción, cuando es incompatible con los principios fundamentales del Derecho Interno de un Estado Parte” (2015, p,646).

Que dice la Jurisprudencia Nacional.

La Corte Suprema, ha emitido diversas sentencias condenatorias por el delito de autolavado, pero de su análisis, se concluye que las condenas se hacían siempre y cuando el autor o participe del delito previo, al momento de lavar el dinero obtenido ilícitamente afectara un bien jurídico distinto del tutelado por aquel, entonces en concurso real de delitos, es que se sancionaba el autolavado. Desde mi punto de vista para sancionar autolavado, debe verificarse la afectación los bienes jurídicos de orden socioeconómico y administración de justicia, por ser el delito de lavado de activos pluriofensivo.

El Acuerdo Plenario N°7-2001/CJ-116, nos dice, hasta donde llega el delito previo y donde empieza el delito de lavado de activos, concluyendo, que todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un delito ulterior de lavado de activos.

Con este Acuerdo Plenario, si antes, en un delito de robo, el sujeto activo que se apoderaba de dinero y luego se compraba un vehículo de lujo, esto era considerado como un acto de agotamiento del delito previo, luego al ser descubierto, se le capturaba y se le incautaba el vehículo que pasaba a favor del Estado, sin embargo, con el Acuerdo Plenario N°7- 2011/CJ-116, en el punto 15 concluye:

“Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo.”

Quiere decir, que la compra del vehículo con el dinero del robo, ya es lavado de activos, a partir del Acuerdo Plenario N°7-2011/CJ-116, cuando antes era un acto de agotamiento del delito de robo.

Frente al Acuerdo Plenario en comento, resulta útil la opinión de Roy Freyre, que afirma: “ que, la sanción del auto blanqueo deviene en incompatible con la actual estructura de los tipos penales del blanqueo en la legislación nacional”, sustenta su afirmación en que no es posible demandarle al lavador propio que, bajo pena grave privativa de la libertad, se abstenga de evitar – o dificultar – la identificación del origen ilícito de los bienes, su incautación o decomiso, según requieren las configuraciones penales en los Decretos Legislativos 1106 y 1249”(2018).

Opinión personal

Para la aplicación del principio del “**Ne bis in ídem**”, tiene que haber; Identidad de sujeto, de hecho y, fundamento, entre los actos desplegados en la actividad delictiva precedente y los actos imputados como delito de lavado de activos.

En cuanto a la identidad del sujeto, no habrá mayor problema si el autor o participe de la actividad delictiva previa, es la que decide iniciar el proceso de lavado de activos.

En cuanto a la identidad de hecho, entre la actividad delictiva previa y el lavado, dependerá de los actos que comprendan para llegar a la consumación del delito previo, por ejemplo, Blanco Cordero citando a Muñoz Conde dice: “Que, el funcionario corrupto que ha recibido un vehículo deportivo como soborno debería ser sancionado por un delito de blanqueo, además del de cohecho, por el mero hecho de tenerlo en su casa, aun sin utilizar, algo que a su juicio vulneraría el **Ne bis in ídem**” (2015,p,648), en efecto el cohecho abarca hasta la entrega del vehículo deportivo y el ingreso a un

lugar adecuado para su custodia, hasta ahí no ha convertido absolutamente nada, ni mucho menos a menoscabado otro bien jurídico protegido por el derecho penal, sigue siendo un delito contra la administración pública o cuando el sicario, guarda debajo de su cama el dinero que recibe por haber asesinado a una persona, hasta ahí sigue siendo un delito contra la vida el cuerpo y la salud.

En esos ejemplos, si se va a utilizar los hechos de llevar el vehículo deportivo a su casa y el dinero que se guarda debajo de la cama, para imputar autolavado, indudablemente que se está vulnerando el principio del “Ne bis in ídem”, porque hay identidad de hecho.

En cuanto a la identidad de fundamento, entendida esta como “identidad de bien jurídico” o “identidad de interés protegido”, en los ejemplos propuestos, estamos viendo que guardar el vehículo deportivo y guardar el dinero debajo de la cama, no están vulnerando el bien jurídico protegido por el delito de blanqueo de capitales como es el orden socioeconómico, tampoco se está ocultando el origen ilícito de los bienes de la administración de justicia.

Si las conductas de lavado que se imputan al autor o participe del delito previo, no afectan bienes jurídicos tutelados por el delito de lavado de activos, como es el orden socioeconómico y administración de justicia, quedan como conductas de agotamiento del delito previo, pretender imputar esas conductas como lavado, es afectar el principio del “Ne bis in ídem”.

El Recurso de Nulidad N°3744-2003-Callao hace una perfecta distinción entre lavado de activos y Tráfico Ilícito de Drogas, desde la perspectiva del bien jurídico tutelado, así tenemos que el bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos al ser un delito pluriofensivo, protege el orden socioeconómico y administración de justicia, mientras que el delito de Tráfico Ilícito de Drogas, protege el bien jurídico Salud Pública.

V. CONCLUSIONES

1. Si se pretende imputar auto blanqueo, con los verbos del artículo 2 del Decreto Legislativo N°1106, modificado por el Decreto Legislativo N°1249, debe modificarse dicha norma, haciéndola más técnica y precisa, para tal efecto planteamos una lege ferenda, consistente en modificar el artículo 2 del Decreto Legislativo N°1249, reduciendo verbos y devolviendo la frase “con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”.

REFERENCIAS

- Blanco Cordero, I, (2015) El Delito de Blanqueo de Capitales, Thomson Reuters- Aranzadi.
- Caro Coria, D, (2006) El principio de ne bis in ídem, en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, ADVOCATUS.
- De la Mata Barranco N. y Lascuráin Sánchez, J, (2018) Derecho Penal Económico y de la Empresa, Dykinson.
- Galvez Villegas, (2016), Autonomía del Delito de lavado de activos, cosa decidida y cosa juzgada, Ideas, solución.
- Matallin Evangelio, A, (2013), El auto blanqueo de capitales, Revista general de derecho Penal.
- Roy Freyre, L, (2018), Seis errores para lavar con urgencia Decretos Legislativos 1106 y 1249, El delito de lavado de activos, GACETA JURIDICA, LIMA-PERU.
- Prado Saldarriaga, V (2019), Lavado de Activos y Organizaciones Criminales en el Perú, IDEMSA.
- Vargas, M, (2017), Autolavado critica a su consideración como acto Co penado, El Delito de Lavado de Activos, aspectos sustantivos, procesales y de política criminal, Tomo II, GRIJLEY.
- Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 9.-Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116.