

PARTE III LA INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN*

EVALUACIÓN DE LA LEGISLACIÓN PENAL PERUANA EN MATERIA DE LAVADO DE ACTIVOS: EFECTIVIDAD, GRADO DE CUMPLIMIENTO Y RECOMENDACIONES

Felipe Villavicencio Terreros

1. Consideraciones político-criminales de la criminalidad organizada

La criminalidad organizada ya no puede ser vista como un asunto de menor importancia sino como un fenómeno difícil y complejo de la mayor trascendencia que ataca los diferentes campos de actuación social. En efecto, la complejidad que presenta esta realidad criminal en sus versiones más recientes (utilización de nuevas tecnologías en sus operaciones ilícitas) dificulta notablemente su erradicación y provocan que se eleve la corrupción en los funcionarios públicos del más alto nivel. En este sentido, los mecanismos tradicionales de control de orden procesal-penal no resultan ya suficientemente eficaces, resultando imprescindible reorientar las estrategias de lucha contra el crimen organizado en diferentes niveles, adoptando medidas legislativas no solo de naturaleza operativa, sino también preventiva, policial, represiva y procesal así como una adecuada política de fortalecimiento institucional y de concientización social, que a su vez guarde armonía con los compromisos internacionales asumidos por el Estado.¹

Un paso previo para construir un sistema de lucha eficaz contra la criminalidad económica pasa por contar con imágenes criminológicas precisas con relación a su alcance (cifras negras de criminalidad y los perjuicios que provoca), las causas y connotaciones o el contexto sociocultural en el que las organizaciones criminales realizan sus actividades.

Es de señalar que el Perú carece de estos estudios criminológicos que serían de suma utilidad para ofrecer respuestas adecuadas. Por esta razón, el presente trabajo trata de aproximarse a este tema desde diferentes perspectivas: dogmática penal, procesal, análisis de las obligaciones internacionales asumidas, y también investigando la actuación y perspectivas de los propios agentes del sistema penal.² Sin embargo, es necesario que se profundice en esta dirección pues los fenómenos de la criminalidad y de la criminalización (actuación de los agentes del sistema) están sujetos a constantes variantes.

* This document was funded in part by a grant from the United States Department of State. The opinions, findings and conclusions stated herein are those of the authors and do not necessarily reflect those of the United States Department of State.

¹ IGLESIA RIO, Miguel Ángel. “Criminalidad organizada y delincuencia económica: aproximación a su incidencia global”. En: QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (coord.). *El nuevo derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*. Tomo II. Madrid: Editorial Aranzadi, 2001, p. 1455.

² Un antecedente es el informe final elaborado por MACROCONSULT sobre “El lavado de activos en el Perú: diagnóstico y propuesta”, elaborado en Lima en agosto de 2009.

En este sentido, la lucha antilavado deberá priorizar y concretizar los medios idóneos para neutralizar al máximo todas las ramificaciones en las que se diversifican las organizaciones criminales. De este modo, deberán debilitarse las fuentes de financiamiento, evitar el control de altos puestos políticos así como de los operadores del sistema penal.³ Esto debido a que uno de los principales factores que contribuye a que el programa de lucha antilavado no sea realmente eficaz es la existencia de elevados índices de corrupción pública.

La corrupción, como se sabe, implica el quebrantamiento del interés público en aras de la satisfacción de un interés personal,⁴ abusando del oficio público⁵ o infringiendo un deber posicional para obtener un beneficio extra-posicional.⁶ La corrupción pública es un fenómeno complejo y sistemático que está compuesto de tres elementos:⁷ 1) un *elemento subjetivo interno*, que afecta indirectamente la formación de la voluntad de la administración y que está constituido por la motivación del sujeto a realizar el acto corruptor, pues implica la intención de vulnerar el interés público y de hacer prevalecer el interés particular sobre la administración, 2) un *elemento objetivo*, según el cual es necesaria la intervención de un funcionario público que abuse de su cargo, bien sea realizando un acto administrativo ilegal u omitiendo cualquier otra actuación administrativa a la que se encuentre obligado y 3) un *aspecto material*, según el cual los actos de corrupción están vinculados a la expectativa de obtener beneficios indebidos, sean estos de carácter económico, político, profesional, etc.

Asimismo, los agentes delictivos actualmente ya no actúan de manera individual, sino, por el contrario, actúan respaldadas por organizaciones de gran envergadura,⁸ actuando como verdaderas *empresas criminales* —un Estado criminal dentro de un Estado de Derecho—. Organizaciones que básicamente tienen dos finalidades: la primera, la obtención de ganancias como resultado de conductas ilícitas, las que tienen que seguir un proceso de lavado de activos para ser utilizados de manera libre y, la segunda, la búsqueda de impunidad. Así, estos procedimientos van invadiendo todo los estamentos de la sociedad.

Precisamente, la toma de conciencia de las dimensiones que ha adquirido la problemática descrita, ha llevado a los Estados y a varias entidades y organizaciones⁹ ha elaborar diversos instrumentos y recomendaciones, con el objetivo de terminar con esta lacra. Es así que el primer instrumento internacional que reguló el delito de

³ *Ídem*, p.1459.

⁴ BUSTOS GISBERT, R. “La recuperación de la responsabilidad política en la lucha contra la corrupción de los gobernantes: una tarea pendiente”. En: CAPARRÓS E., Fabián. y N. RODRÍGUEZ GARCÍA. (Coordinadores.) *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*. Salamanca: Ratio Legis, 2004, p.71.

⁵ Identificar la corrupción únicamente con el abuso del cargo público excluiría fenómenos dignos de estudio como los pagos por favores o contactos y el cohecho impropio, la financiación ilícita de los partidos políticos, actividades que no se pueden calificar de abuso del cargo, pues ninguno de los sujetos que intervienen en estas tienen la calidad de funcionario. Véase: CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Corrupción y delito contra la administración pública*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2009, p.29.

⁶ DEMETRIO CRESPO, E. “Corrupción y delitos contra la administración pública”. En: CAPARRÓS, Fabián. *Ob. cit.*, p.67.

⁷ CASTRO CUENCA, Carlos Guillermo. *Ob. cit.*, p.31.

⁸ BUOMPADRE, Jorge. “Lavado de dinero”. En: CARRERA, Pablo y otros (Directores). *Derecho penal de los negocios*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p.266.

⁹ Entre ellas, el Comité de Basilea, el Grupo de Acción Financiera (GAFI), la Comisión Internacional contra el Abuso de Drogas (CICAD), la Cumbre de las Américas y el grupo de EGMONT.

lavado de activos¹⁰ fue la *Convención de Viena de 1988 contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas*, la que tenía como característica identificar el delito de lavado de activos pero teniendo como único delito fuente al tráfico ilícito de drogas. Así, esta Convención en su artículo 3, 1, b, i, entendía al lavado de activos como aquella:

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

Más tarde, en 1992, la CICAD, elaboró el Reglamento Modelo para el control del lavado de activos, que buscó establecer unos estándares mínimos de control de las actividades delictivas, tratando de reconocer las diferencias de los sistemas jurídicos vigentes en el Hemisferio: el *common law anglosajón* y el *sistema jurídico euro-continental*.¹¹ Luego en Lima, en 1998, se introdujo el artículo 9, que recomienda el establecimiento de una Unidad de Análisis o Inteligencia Financiera, según las definiciones del grupo Egmont;¹² siendo adoptada en la legislación nacional recién el 2002, por Ley N° 27693 (Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera nacional).

Siguiendo las recomendaciones internacionales, especialmente la Convención de Viena de 1988, el Perú introdujo en 1991, a través del Decreto Legislativo N° 736, las primeras normas jurídicas que buscaban regular el delito de lavado de activos (artículos 296-A y 296-B del Código Penal) siendo ubicado dentro de los delitos contra la Salud Pública. Al respecto, observamos que el legislador peruano al establecer estos tipos penales contra el lavado de activos adoptó de manera estricta las recomendaciones de la Convención de Viena, toda vez, que ambos cuerpos normativos tenían el defecto de ceñir el delito lavado de activos solamente a los delitos de tráfico ilícito de drogas, dejando al margen otros delitos graves.

Precisamente, debido a los vacíos legales que generaba la Convención de Viena por su ámbito reducido solo a los delitos de tráfico ilícito de drogas, se modificó el artículo 2 del Reglamento Modelo de la CICAD que tipificaba el delito de lavado de activos, ampliando su radio de actuación normativa, incluyéndose así otros delitos fuente como el tráfico de armas, tráfico de órganos, prostitución, pornografía, secuestro, extorsión, etc.¹³ A través de este procedimiento, la CICAD dio por sentada una realidad, cual es que los grupos que conforman la criminalidad organizada no solo tienen una fuente delictiva de ingreso con la cual mantener su empresa criminal,

¹⁰ La expresión “lavado de dinero” proviene de las lavanderías que la mafia italiana tenía en Nueva York en los años cincuenta para introducir con “plata chica”, dinero en el circuito formal; en esa oportunidad la vigencia de la ley seca en Estados Unidos permitió el desarrollo de estas lavanderías como pantalla para el ingreso de fondos ilegales al circuito formal. SÁNCHEZ BROT, Luis. *Lavado de dinero. Delito transnacional*. Buenos Aires: La Ley, 2002, p.5.

¹¹ FRANZINI, Rafael. “Políticas de la CICAD para el control del lavado de activos”. En: *Lavado de dinero. El sistema legal y su impacto socioeconómico*. Lima: Comisión Andina de Juristas, 2000, p.37.

¹² Es el que agrupa a este tipo de organismos, para recibir, solicitar, analizar y elevar a las autoridades competentes sus conclusiones sobre posibles casos de lavado de activos surgidos de las informaciones recibidas. *Ibid.*, p.38.

¹³ *Ídem*.

sino que por el contrario, manejan varios campos delictivos y por tanto diversas fuentes de financiamiento.

No obstante, la norma que tuvo mayor tiempo de vigencia en el Perú fue el Decreto Ley N° 25428 de abril de 1992, que vinculaba el lavado de activos únicamente al delito de tráfico ilícito de drogas. Felizmente, esta situación fue superada con la promulgación de la Ley N° 27765, del 27 de junio del 2002, la misma que asumiría una concepción más amplia y comprensiva. Posteriormente, se promulgaría la Ley N° 28355, publicada el 6 de octubre de 2004, la misma que no ha introducido modificación sustancial alguna.

1.1. El delito de lavado de activos y la economía

La economía puede ser entendida como el parámetro de medición del progreso de un país. Por ello, se entiende que uno de los principales fines de la sociedad es el mayor crecimiento de la economía, que se desarrolla por medio del aumento de bienes y servicios producidos en un determinado país.¹⁴ Dichas transacciones de bienes y servicios pueden manifestarse a nuestro modo de ver desde tres ámbitos: uno *formal*, en el que las transacciones de bienes y servicios se realizan bajo el cumplimiento de parámetros legales. Otro, *informal*, que caracteriza aquellas transacciones que se dan fuera de la ley, debido a las ventajas que otorga la informalidad y al poco control que ejerce el Estado en esos ámbitos. Precisamente en este campo informal, ejercen un gran desarrollo los grupos criminales —criminalidad organizada—¹⁵ dedicadas en este caso específico al delito de lavado de activos. Por último, también podemos identificar un ámbito *mixto*, en el que las transacciones de bienes y servicios cuentan con características formales e informales. Este sería el caso de un grupo criminal que utilice una empresa de fachada, que cumpla con todos los requisitos legales para su constitución, con el propósito de introducir los activos de origen ilícito al sistema económico. De esto se desprende que las transacciones de bienes y servicios —participantes en la economía— no solo son pasibles de tener un origen lícito, sino que, también algunas de ellas pueden poseer un carácter ilícito.

Estas actuaciones, usando dinero de origen ilícito, ocasionan muchos problemas al sistema financiero, entre ellos, la vulneración a la libre competencia, trayendo como consecuencia la afectación de las empresas formales —sean nacionales o extranjeras—, en tanto las empresas criminales tienen por finalidad ingresar el dinero de origen ilícito, sin importar para ello la pérdida de parte de su capital. Adicionalmente, el ingreso de dinero ilícito a la economía implica en muchos casos corrupción, llegando hasta las instancias más altas del aparato estatal. De acuerdo a los reportes revisados en la UIF-Perú, el narcotráfico se constituye en la actividad ilícita que genera mayor cantidad de operaciones sospechosas.

Frente a este fenómeno complejo y difícil, el Perú cuenta con instrumentos normativos y administrativos tanto para la prevención como para la sanción de las actividades de lavado de activos; sin embargo, existe una escasa capacidad de control

¹⁴ URRUNAGA, Roberto, Tami HIRAOKA y Antonio RISSO. “Fundamentos de economía pública”. En: *Apuntes de Estudio N° 43*. Lima: CIUP, 2005, p.20.

¹⁵ Desde una perspectiva económica las actividades asociadas al crimen organizado involucran primordialmente las relaciones voluntarias entre compradores y vendedores antes que los intercambios forzados. POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica, 1998, p.233. Esto resulta una característica principal, debida a su organización, distinta a las participaciones delictivas individuales.

y supervisión, que atenta contra la vigencia de un sistema eficiente de la lucha contra el lavado de activos.

1.2. Ganancias ilícitas y lavado de activos

No cabe duda que existe una relación directa entre ganancias ilícitas y lavado de activos, la primera es origen de la segunda y es producto de la comisión de un delito que generalmente proviene de la criminalidad organizada, pero como se hace difícil la utilización de estas ganancias ilícitas debido a los controles oficiales, los actores buscan su inserción en la economía oficial, lo que les permitirá reinvertir y que dichas ganancias eviten la intervención del Estado. Sin embargo, como ya señaló, en el Perú es muy baja la intensidad de la presión de los controles oficiales.

1.3. Fases o etapas del lavado de activos

Existe consenso en sostener que son tres las fases o etapas que configuran el delito de lavado de activos: a. Fase de colocación o inserción; b. Fase de conversión; y, c. Fase de integración a la economía oficial.

1.3.1. Fase de colocación o inserción

Se puede entender esta fase como la más importante¹⁶ dentro del proceso de identificación del lavado de activos, pues es en ella que se manejan las mayores cantidades de dinero en efectivo,¹⁷ por lo que se busca evitar los controles legales del poder estatal a través de su ingreso al sistema económico legal. En estos casos, los ingresos son depositados generalmente de manera fraccionada —por ejemplo, el *pitufeo*— para no levantar sospechas de ilicitud en los órganos de control.

Se utilizan comúnmente en esta etapa a los llamados “*pitufos*” que son personas que colocan diariamente pequeños montos de dinero en diversas cuentas bancarias o se dedican a cambiar pequeñas cantidades de moneda local por dólares estadounidenses para que se puedan transferir internacionalmente, por lo cual, reciben una recompensa.¹⁸

1.3.2. Fase de conversión

El rasgo principal de esta etapa es el uso de sistema económico financiero “consiste en realizar una serie de transacciones financieras que separen el dinero de su origen de modo suficiente como para borrar todo rastro y complicar el seguimiento de las operaciones por parte de las autoridades”.¹⁹ El dinero pasa de una cuenta a otra y de una sociedad a otra en distintas entidades financieras y en distintos países.²⁰ Este sería el caso, por ejemplo, de una transacción de dinero desde Lima a un paraíso fiscal. Lo que se pretende entonces es alejar el dinero de su origen mediante la

¹⁶ En este mismo sentido, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *El delito de Lavado de activos. Criterios penales y procesales penales, análisis de la nueva Ley N° 27765*. Lima: Editorial Grijley, 2004, p.32: Se considera que esta etapa es la de mayor debilidad para los lavadores de dinero y en donde se deben profundizar las propuestas metodológicas de prevención existentes. Véase también: SÁNCHEZ BROT, Luis. *Ob. cit.*, p.25.

¹⁷ PÉREZ LAMELA, Héctor. *Lavado de dinero. Doctrina y práctica sobre la prevención e investigación de operaciones sospechosas*. Buenos Aires: Editorial Lexis Nexis, 2006, p.6. Para quien esta fase debe denominarse “inserción”, porque se caracteriza más por la acción de insertar los capitales ilegales al sistema formal que por su estado, condición o disposición para entrar en él (*Ibid.*, p. 7).

¹⁸ SÁNCHEZ BROT, Luis. *Ob. cit.*, pp. 25-26.

¹⁹ PÉREZ LAMELA, Héctor. *Ob. cit.*, p. 6.

²⁰ SÁNCHEZ BROT, Luis. *Ob. cit.*, p. 26.

superposición de transacciones y operaciones más complejas tendentes a dificultar el seguimiento de lo que se conoce como *huella o rastro del dinero*.²¹

Es muy importante impedir la conversión del dinero en efectivo procedente directamente de la venta de drogas u otros delitos, en otros instrumentos o activos financieros, pues una vez hecha la conversión, las transacciones siguientes pueden impedir o dificultar la identificación de la fuente ilícita.

1.3.3. Fase de integración

En esta última fase el dinero posee apariencia de legalidad y puede ser utilizado en el circuito económico-financiero como si fuera un capital lícitamente obtenido.²² A esta altura del proceso de lavado se debe haber perdido el rastro de la procedencia del dinero ilegal a través de las sucesivas transformaciones efectuadas en la etapa anterior.²³

Hay que tener presente que estas fases del lavado de activos se dan de manera simultánea, característica que a veces hace muy difícil distinguir cuándo se inicia y cuándo concluye el proceso delictivo.

De otro lado, si bien estas fases son las que podemos considerar “clásicas”, han aparecido métodos más sofisticados para la comisión delictiva a través de los avances tecnológicos. Es en este sentido, como bien sostiene Pérez Lamela, que estas fases deben adecuarse a la realidad criminal actualmente existente.²⁴

1.4. Tipología y *modus operandi* del lavador de activos

Los métodos del lavado de activos tienen como característica principal la circulación del dinero dentro de las instituciones financieras, sean nacionales e internacionales, con el fin de dotarle de sustento lícito sobre aquellos activos.²⁵

1.4.1. Método de estructuración

El método característico más clásico es el *pitufeo*, que se da —como ya se ha señalado— a través de la distribución del dinero ilícito en varias personas y en pequeñas cantidades, para que una vez que lo ingresen a las entidades bancarias realicen transferencias a la cuenta del lavador principal, dejando el dinero ilícito ya con un manto de licitud. En la actualidad, si bien no ha desaparecido este método, han surgido nuevas formas delictivas; entre ellas tenemos la utilización como fachada de las remesas de los inmigrantes en el exterior, ello consiste en la transferencia de dinero a supuestas cuentas de familiares, concluyendo cuando estos últimos transfieren dichas remesas al lavador principal. Existe un aprovechamiento del sistema financiero extranjero, debido a la implementación cada vez mayor de

²¹ BUOMPADRE, Jorge. *Ob. cit.*, p. 272.

²² *Ídem*.

²³ SÁNCHEZ BROT, Luis. *Ob. cit.*, p. 27.

²⁴ PÉREZ LAMELA, Héctor. *Ob. cit.*, pp. 6-7.

²⁵ Para Lamas Puccio las modalidades de lavado de activos son las siguientes: estructuración, complicidad de un empleado de la entidad financiera, mezcla de dinero sucio con fondos lícitos, compañías de fachadas, compañías “de papel”, banca extraterritorial, garantías de préstamos, venta de valores, compra de bienes, transacción electrónica, cartas de crédito, seguros ficticios, fideicomisos, importaciones y exportaciones ficticias, venta fraudulenta de bienes inmuebles, contrabando y obras de arte, compra de empresas en dificultades, contrabando en efectivo, casinos, apuestas y juego de azar, compra de loterías, fundaciones ficticias y mercado “negro” de divisas. LAMAS PUCCIO, Luis. “Las modalidades del delito de lavado de activos”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 1*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009, pp. 156 y ss.

circuitos tecnológicos (tarjetas electrónicas, etc.) que son de difícil control en nuestro país. De las entrevistas sostenidas con autoridades nacionales, se ha podido verificar que el uso de empresas para ejecutar el lavado de activos es en la actualidad el más frecuente.

1.4.2. Métodos de triangulación de activos

Dentro de estos métodos, el más conocido es el denominado *préstamo a sí mismo o autofinanciación*.²⁶ En este caso, el referente principal es una institución financiera internacional, pues a través de ella el lavador buscará garantizar por medio de este depósito una inversión en su propio país.

1.4.3. Métodos bancarios de circulación indirecta

Esta modalidad también utiliza las instituciones bancarias, pero a diferencia de la anterior, en esta el lavador realiza una función secundaria, porque deja en manos de otros la transformación de los activos. El lavador hace entrega de los activos ilícitos a un representante de un banco extranjero para que este a su vez se encargue de hacer la transferencia a una sucursal del mismo banco. La ventaja de este método es el manejo de un doble anonimato, es decir, no será posible identificar al lavador principal, ni al representante de la entidad bancaria extranjera, pues las operaciones son realizadas a nombre del propio banco.

1.4.4. Métodos relacionados con juegos de azar

El poco control y el crecimiento de juegos de azar en nuestro país ha generado que los lavadores de activos generen una modalidad que generalmente se da a través de los *casinos*, en los que el lavador adquiere fichas (monedas de casino) en uno o varios casinos para luego pedir la devolución del dinero, que generalmente se hará efectivo a través de un cheque y a nombre del propio casino.

1.4.5. Métodos electrónicos y cibernéticos

Los avances tecnológicos puestos a disposición de la sociedad no son ajenos a los lavadores de activos. Aunado a ello los pocos controles que se dan en el ciberespacio, facilitan su amplio desempeño impune, como sucede por ejemplo, con las transferencias virtuales de dinero a cuentas bancarias utilizando compras por internet, etc.

1.5. El delito de lavado de activos en la realidad peruana

La lucha contra el delito de lavado de activo en el Perú se ha intensificado en los últimos años debido a su repercusión negativa y al grado de violencia que ha generado, sobre todo, por la existencia de organizaciones criminales. Como lo hemos antes expresado, el lavado de activos en la realidad peruana principalmente tiene como delito precedente al tráfico ilícito de drogas.

Según Carlos Hamman, ex Jefe de la UIF, en el Perú se lavan entre US\$.350 y US\$.400 millones de dólares. Existe un conjunto de entidades bajo riesgo o con posibilidades de lavar dinero o activos en el país desde casinos, bingos, tragamonedas y otros juegos de azar, agencias de viaje, sociedades de transferencia y administración de fondos, el negocio de compra y venta de vehículos, aparte de las

²⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Lavado de activos y financiación del terrorismo*. Lima: Grijley, 2007, p. 20.

empresas financieras en general. Más de 6,000 entidades en 32 sectores²⁷. Lo cierto es que de acuerdo a información oficial en la última década han ido en aumento las operaciones sospechosas de lavados de activos.

Asimismo, el auge de la construcción inmobiliaria que ha crecido a tasas cercanas al 20% hasta antes de la crisis del 2008, particularmente, en distritos limeños de clase media alta como Miraflores, Surco, San Isidro, etc., promoviendo el desarrollo de agencias inmobiliarias, constructoras, servicios, etc., se debe —al menos parcialmente— al lavado de activos. Sin embargo, no aparece en ninguno de los reportes mensuales de la UIF. Por último, un rubro sobre el cual no se ha hecho mucha investigación, es la creación y existencia de empresas *off shore* por parte de capitales de origen peruano, particularmente en Panamá y Ecuador.

Mientras tanto, la carga procesal que registra la Procuraduría por el delito de lavado de activo en el Perú es de solo 200 procesos penales aproximadamente a nivel nacional.²⁸ Así, los procesos de lavado de activos por delitos precedentes del TID son: Lima (87 procesos), Callao (42 procesos), Provincias (71 procesos). Asimismo, existen 98 Investigaciones Preliminares en la DIVILA-DITID-DICIQ DIRANDRO PNP.

Esta información nos permite afirmar que la presión del control oficial sobre el lavado de activos en nuestro país es baja dada la poca cantidad de investigaciones que llegan a las autoridades fiscales y judiciales. Si a esto agregamos la poca frecuencia de procesos judiciales en trámite, resulta más que evidente que está pendiente por parte del Estado una política de mayor presión en el control del lavado de activos y en todo caso, evaluar qué dimensión de control oficial eficaz permite contrarrestar con éxito estas prácticas delictivas.

2. Análisis dogmático del delito de lavado de activos en el Perú (Marco Teórico)

En esta sección analizaremos el marco teórico con el que actúan las autoridades del sistema penal (policías, fiscales y jueces). Es de señalar que no necesariamente estos principios que se describirán son adoptados por los operadores. La carencia de jurisprudencia relevante sobre lavado de activos así lo confirma. Sin embargo, consideramos importante referir estos principios pues son los que le dan el carácter garantista a la actuación del sistema penal, que si bien debe ser firme frente a la criminalidad organizada, también debe contar con límites en la aplicación de la ley y estos son precisamente los aportados por la dogmática penal.

Ante la ausencia de estudios criminológicos que expliquen el tema del lavado de activos, es frecuente observar que los autores peruanos prestan mayor atención a los aspectos dogmáticos. Esto se observa incluso en el accionar del Poder Judicial, como bien se aprecia en el reciente Acuerdo Plenario N° 3-2010 (“Delito de Lavado de Activos”) de la Corte Suprema de Justicia del Perú.

²⁷ CENTRO DE INVESTIGACIÓN DROGAS Y DERECHOS HUMANOS. “El éxito del modelo económico peruano a cambio, el favorecimiento del narcotráfico. Documento sobre política económica liberales y su impacto en la evolución del tráfico ilícito de drogas”. En: CIDDH, N° 2, Lima, agosto de 2010, p.15.

²⁸ MEDINA, Sonia. *El delito de Lavado de Activos*. Diapositiva N° 33. Exposición de la Procuradora Pública Antidrogas del Estado peruano en el seminario CEDRO. Lima 1.10.2010.

Para determinar cuándo una conducta constituye un hecho punible es necesario realizar un estudio analítico de los elementos materiales que lo integran: a nivel del tipo penal de lo injusto (la presencia de la imputación objetiva y subjetiva), la concurrencia o no de una causa de justificación y, por último, la imputación personal del autor. En nuestro país, ninguna figura delictiva se sustrae de las reglas que conforman el sistema de imputación penal.

En efecto, el estudio de cada uno de los elementos estructurales del tipo penal del lavado de activos no solo pasa por reconocer el bien jurídico protegido, el objeto material, los sujetos del delito, la acción típica, el momento de la consumación y el grado de intervención delictiva sino también, por establecer el contenido y alcance de cada uno de estos presupuestos de la imputación penal.

2.1. Bien jurídico protegido

Los bienes jurídicos son los valores fundamentales y predominantes de toda sociedad que proporciona el ordenamiento de protección de derechos humanos y los principios constitucionales, como fuentes inspiradoras, para de esta manera delimitar al poder penal, buscando erradicar la posibilidad de la arbitrariedad.²⁹

La función que cumple el bien jurídico, en el campo de la dogmática penal, es interpretar el contenido del tipo penal concreto. De esta manera, se logra identificar cuál es el alcance de la acción típica y cuál es el ámbito de protección de la norma penal contra el lavado de activos.

Identificar el bien jurídico protegido en la ley penal contra el lavado de activos es un tema muy debatido. Teniendo en cuenta su primera manifestación en los Documentos Internacionales (p.e. Convenio de Viena de 1988), los países miembros adecuaron sus legislaciones penales ubicando sistemáticamente al delito de lavado de activos en los capítulos concernientes a los delitos de tráfico ilícito de drogas, lo que permitió que algunos juristas dedujeran que el bien jurídico protegido era la *Salud Pública*.³⁰ Sin embargo, las críticas a esta postura sostienen que un tema es la ubicación sistemática en los códigos penales que generalmente obedece a cuestiones de técnica o economía legislativa, y otro lo que se quiere proteger con la norma penal (bien jurídico).³¹

Otro sector de la doctrina penal cree que el bien jurídico es la *Administración de Justicia*, en el sentido, que con la ocultación de los bienes se impide el cumplimiento de la función del sistema penal, obstaculizando el descubrimiento y enjuiciamiento de los hechos delictivos previos.³² Además, el delito de lavado de activos tiene un principal parentesco con las figuras penales de encubrimiento real y la receptación. Las críticas a esta postura señalan que el delito de lavado de activos no solo supone

²⁹ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal. Parte General*. Lima: Grijley, 2006, p.97.

³⁰ Asimismo, esto se debe a su tradicional conexión legislativa con el delito de tráfico ilícito de drogas (PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Ob. cit.*, p.133.).

³¹ En este sentido GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de capitales y encubrimiento*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1994, p.15. En el Perú: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.15.

³² El lavado de activo se erige como un sabotaje del comiso de ganancias, comiso de efectos e instrumentos y del aseguramiento de los bienes obtenidos ilícitamente, lo que supondría su impunidad y el fracaso del sistema penal BOTTKE, Wifried. "Mercado, criminalización organizada y blanqueo de dinero en Alemania." En: *Revista penal*, N° 2, 1998, p.12. Contundentemente en España: VIVES ANTÓN, Tomás y Luis GONZALES CUSSAC. *Comentarios al código penal de 1995*. Vol. II. Valencia: Editorial Tirant lo blach, 1996, p.1464.

el encubrimiento de los bienes sino, sobre todo, se sanciona la *circulación* del objeto material del delito;³³ además, el delito de lavado de activos no es afín al encubrimiento porque no se le puede aplicar las excusas absolutorias entre parientes ni el “privilegio del auto-encubrimiento” que sí tienen efectos penales en el caso de este segundo delito.³⁴

Para otros, el *orden socio-económico* es el único bien jurídico protegido, que debe ser entendido como el interés primordial que tiene el Estado social de Derecho en relación a la conservación del sistema económico (producción y distribución de bienes) estructurado bajo parámetros normativos³⁵ o la protección de la circulación de los bienes en el mercado como elemento indispensable para el normal funcionamiento de la economía en general³⁶ o, por último, como la atribución de un perfil meta-individual al objeto de protección de la norma para impedir el comportamiento de los destinos económicos de toda una sociedad y evitar la erosión del sistema democrático de derecho.³⁷

La posición mayoritaria, parte de la idea que son varios los bienes jurídicos protegidos porque la naturaleza jurídica del delito de lavado de activos es compleja. La *pluralidad de bienes jurídicos* sería el orden económico y la administración de justicia.³⁸ En este sentido, el delito de lavado de activos comporta inicialmente un atentado contra la administración de justicia, en la medida que, a través de la conservación y la transferencia de los capitales ilícitamente obtenidos, se dificulta que el delito previo en el que tienen su origen los bienes sea descubierto por el sistema penal. Luego, en cuanto el sujeto pretende darle una apariencia de legalidad a los capitales, generalmente tendrá que recurrir a otros delitos que atentan contra el orden socio-económico como sería la evasión de capitales, la creación de sociedades

³³ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Valencia: Editorial Tirant lo blach, 1997, p.63 y FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Editorial Colex, 1998, p.17.

³⁴ Con mayores referencias: ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *El delito de blanqueo de capitales*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000, p.94.

³⁵ DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. “El blanqueo de Capitales procedentes del tráfico de drogas. La receptación de la legislación internacional en el ordenamiento penal español”. En: *El encubrimiento, la receptación y blanqueo de dinero*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, p.163.

³⁶ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Ob. cit.*, p.81 y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Ob. cit.*, p.98, para quienes el delito de blanqueo afecta la libre competencia.

³⁷ En este último sentido: CALLEGARI, Andrés Luis. *Lavado de activos*. Lima: Ara Editores, 2009, p.85. Quien además agrega: “El fundamento de esta idea es que el sistema económico es en realidad el substrato global de intereses individuales, pero se trata de un bien jurídico independiente y autónomo entre tanto de características colectivas.”

³⁸ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995*. Valencia: Editorial Tirant lo blach, 1997, p.92. En la doctrina nacional BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Alberto. “Algunas precisiones referentes a la Ley Penal contra el lavado de activo”. En: *Libro Homenaje al profesor Luis Alberto Bramont-Arias*. Lima: Editorial San Marcos, 2003, p.521. GÁLVEZ VILLEGAS. *Ob. cit.*, p.29. Sostiene: “[...] los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activo, son la libre competencia y la eficacia de la Administración de justicia, en cuanto estas constituyen objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general “orden o sistema económico”, de tal suerte que la afectación de este último está determinada por la de los primeros” PRADO SALDARRIAGA. *Ob. cit.*, p.139. Expresa: “[...] que en el delito de lavado de activos que se tipifican en la Ley 27765 concurren varios bienes jurídicos, cuya afectación o puesta en peligro sucesiva o paralela, se va generando y haciendo preeminente en cada etapa o estación del proceso que siguen las operaciones delictivas que ejecuta el agente. En este contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transferencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado”.

ficticias, la falsificación de balances o cualquier otra modalidad.³⁹ Sin embargo, esta posición describe el ciclo operativo del blanqueo focalizando los dos momentos de su configuración sin explicar en cuál de ellos se encontraría el *plus* de gravedad penal.

En nuestro medio, el reciente Acuerdo Plenario N° 3-2010 relativo al delito de lavado de activos sostiene que:

La presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta al agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado. Simultáneamente, en todas estas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales.⁴⁰

Personalmente, consideramos que el bien jurídico protegido en este delito es el *régimen jurídico socio-económico y financiero en la función de estabilidad, competencia empresarial leal y de inversiones transparentes*. En el marco de un orden económico de corte liberal-social como lo señala nuestra Constitución, el Estado debe sancionar las prácticas económicas-financieras comerciales que sobrepasan los límites del riesgo permitido, tales como el delito de lavado de activos, el mismo que puede producir la desestabilización del mercado y de la economía nacional.⁴¹

2.2. Elementos estructurales del tipo de lo injusto

La norma penal nacional como sucede también en el derecho penal comparado sanciona a todo el ciclo económico-comercial del blanqueo de activos. De esta manera, se reprimen las conductas de *conversión, transferencia* de los bienes, *ocultamiento* o *encubrimiento* de la procedencia; y por último, la *posesión, tenencia, adquisición, administración y utilización* de activos ilícitos.

La norma penal de lavado de activos no está dirigida a evitar la persecución del *delito previo*, como sucede con la receptación o encubrimiento real. El contenido de ilicitud estriba en el distanciamiento progresivo de las ganancias de su origen para así *dotarla de una apariencia de licitud* y de este modo poderlas reinvertir en el mercado;⁴² siendo la modalidad delictiva generalmente más utilizada el reciclaje de los bienes ilícitos.

Así, en su lucha contra el lavado de activos, el legislador penal nacional ha estructurado los tipos penales que reprimen este delito, colocando el acento en el *desvalor de la conducta* de tal manera que son tipos penales de *mera actividad*. En ningún caso, se puede tratar de un *delito de resultado*, porque siendo el blanqueo un

³⁹ VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Ob. cit.*, pp.92 y ss. En la doctrina alemana principalmente: LAMPE, Ernest-Joachin. “El nuevo tipo penal de blanqueo de dinero”. En: *Revista de estudios penales y criminología*, N° 20, Universidad de Santiago de Compostela, 1997, p.121.

⁴⁰ Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (“El Delito De Lavado de Activo”). De fecha 16 de noviembre de 2010. F.J. 13.

⁴¹ GÓMEZ INIESTA, Diego. *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*. Barcelona: Cedecs, 1996, p.34.

⁴² FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *Ob. cit.*, p.262.

proceso perfectible, no puede exigirse que un bien haya sido completamente blanqueado, sino que basta con la conducta orientada a realizar un proceso económico-financiero destinado a alcanzar la licitud.⁴³

Se trata, dependiendo de la realización de la acción típica, de un delito de naturaleza instantánea, continuada o permanente. Esto dependerá finalmente del proceso de blanqueo que utilice el sujeto activo del delito. Generalmente, la acción típica es una de naturaleza *permanente* (depósitos bancarios a largo plazo, empresa con largo tiempo de funcionamiento, etc.).

2.2.1 Problemas del autolavado

Por otro lado, en la doctrina nacional, existe un fuerte debate en el sentido de saber si el autor del delito previo puede ser a la vez autor del delito de lavado de activo o si solo puede serlo un tercero que no intervino en el delito precedente.⁴⁴ Aquellos que sostienen que la imputación penal de lavado de activos también alcanza al autor del delito previo encuentran fuerte oposición, al advertirse que se estarían sancionando actos de agotamiento del delito previo y de esta manera trasgrediendo el principio del *nen bis in idem*.

Desde una perspectiva dogmática, también existen al menos dos fundamentos que sustentan la exclusión de responsabilidad penal del autor del delito previo que a su vez comete lavado de activos: 1) *la teoría del hecho copenado o impune*, según la cual, son delitos que por sí quedan consumidos por otro delito al cual siguen; es decir, las posteriores conductas realizadas por el sujeto activo del delito previo para aprovecharse de sus efectos quedan consumidos por este y de acuerdo a las reglas de unidad de ley (principio de consunción) solo debe aplicarse la pena del delito previo.⁴⁵ Esta postura carece de validez dado que no se cumple uno de los requisitos para que el hecho posterior resulte copenado, que es la exigencia que el autor *no lesione ningún nuevo bien jurídico*, o sea, que el bien jurídico lesionado por el hecho previo y por el posterior coincidan,⁴⁶ y 2) *la teoría del privilegio de auto-encubrimiento*, postula que los autores, coautores o partícipes del hecho previo que ejecutan posteriormente actos de reciclaje de los bienes no pueden ser sancionados por el delito posterior de blanqueo, en estos casos rige el *auto-encubrimiento*, en la que tales conductas posteriores quedarían impunes; en otros términos, los sujetos que hayan realizado o intervenido en el delito previo no serán punibles por las conductas posteriores de blanqueo pues de acuerdo al principio de la *no exigibilidad* no se le puede pedir al agente otra conducta distinta a la realizada.⁴⁷ A este último aspecto, se le rebate señalando que el delito de blanqueo no es un delito de encubrimiento —en él no se protege la Administración de justicia— sino es un tipo penal autónomo que afecta el sistema socio-económico.⁴⁸ En todo caso, si esa hubiese sido la intención, el legislador lo hubiera establecido expresamente respecto al lavado de activos, como bien lo hace para los delitos de encubrimiento.⁴⁹

⁴³ ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos. *Ob. cit.*, p.251.

⁴⁴ En la doctrina peruana a favor de esta posición se encuentra: CARO JOHN, José Antonio. *Dogmática penal aplicada*. ARA Editores, Lima, 2010, p. 206. Sostiene: “[...] el delito de lavado de activo trae como consecuencia dogmática la impunidad del autolavado, por las mismas razones que el auto-encubrimiento es impune”.

⁴⁵ En este sentido: ZARAGOZA AGUADO, Javier. “Receptación y blanqueo de capitales.” En: *El nuevo Código penal y su aplicación a empresas y profesionales*. Madrid: Recoletos, 1996, p.468.

⁴⁶ GALLEGARI, Andrés Luis. *Ob. cit.*, p.94.

⁴⁷ BLANCO CORDERO, Isidoro. *El delito de blanqueo de capitales*. Pamplona: Aranzadi, 1997, pp.470 y ss.

⁴⁸ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Ob. cit.*, p.240.

⁴⁹ GALLEGARI, Andrés Luis. *Ob. cit.*, p.97.

Desde una perspectiva político criminal, en la que debe superarse toda laguna de impunidad y garantizarse la eficacia del sistema penal, se sostiene que el autor o partícipe de un delito previo pueda ser al mismo tiempo autor o partícipe del delito de lavado de activos, pues esto no afecta de ninguna forma el principio del *nen bis in idem* en tanto se sancionan dos conductas distintas que afectan dos bienes jurídicos de diversa naturaleza. Sin embargo, para que el autor del delito previo sea también sancionado por el ilícito penal de lavado de activos, este al menos tendrá que realizar *actos ejecutivos posteriores de movilización de los activos ilícitos*.⁵⁰ Creemos que los casos de doble autoría deben ser solucionados a través de las reglas del concurso de delitos, dependiendo del supuesto (concurso ideal o real).

Asimismo, a los parientes del autor o partícipe del delito previo que se dedican al blanqueo de activos o se encargan de ocultar el origen delictivo no les alcanza los efectos jurídicos de las excusas absolutorias propias del encubrimiento entre parientes o de personas entre las que media relación estrecha (art. 406 del CP).⁵¹ Finalmente, es indiferente si el delito previo se realizó en el Perú o en otro país extranjero, siempre que sea punible en ambos países.

2.2.2. Sujeto activo y sujeto pasivo. La problemática de la responsabilidad de las personas jurídicas en el lavado de activos

El *Sujeto activo* puede ser cualquier persona, no cualificado, pues se trata de un delito de dominio. Cuando el sujeto activo sea un *agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil* que realice acciones dirigidas a transferir o convertir activos de procedencia ilícita, por su cualidad o posición en el ámbito socio-económico, responderá en la modalidad agravada (art. 3 de la Ley N° 217765). También lo hará el funcionario público que realice los actos ilícitos en el ejercicio de sus atribuciones. En estos casos, estaremos ante un *delito de infracción de deber*.

Sobre este tema el reciente Acuerdo Plenario N° 3-2010 establece lo siguiente:

Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos.⁵²

Es posible que las acciones de lavado de activos se realicen a través de *personas jurídicas* (empresas comerciales creadas para estos fines). En estos casos, en el marco del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre de 2009, las personas jurídicas podrán ser incorporadas al proceso penal conforme a las reglas contenidas en el nuevo Código Procesal Penal de 2004. De esta manera, no es necesaria la incorporación en la Ley penal especial contra lavado de activos de las *consecuencias accesorias* aplicables a las personas jurídicas involucradas (artículos

⁵⁰ En este sentido, PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p.141.

⁵¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.43.

⁵² Acuerdo Plenario N° 3 -2010/CJ-116 (“El Delito De Lavado de Activo”). De fecha 16 de noviembre de 2010. F.J. 14.

104 y 105 del CP) sino estas ya se aplicarán de forma principal.⁵³ Existe muy poca experiencia en esta incorporación de personas jurídicas al proceso penal.

Sin embargo, este es un tema muy debatido y reclamado por los convenios internacionales que el Perú ha suscrito. De acuerdo al artículo 26, incisos 1, 2 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el Artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, se establece la obligación de adoptar medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en estos delitos de lavado de activos, la misma que puede ser penal, civil o administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales.⁵⁴

Aparentemente, no existen limitaciones constitucionales para aceptar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero existen reparos por parte de la dogmática tradicional mayoritaria que siempre se opuso a su reconocimiento.

La tendencia actual es la imputación penal directa a la persona jurídica. En este sentido, por ejemplo, en España⁵⁵ y Chile⁵⁶ se han incorporado recientemente normas

⁵³ PRADO SALDARRIAGA. *Ob. cit.*, p.185: de *lege ferenda* propone incluir en la Ley Penal contra lavado de activos las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas involucradas.

⁵⁴ Además, esta Convención advierte a los Estados, como medida preventiva de la criminalidad organizada, frente a la utilización indebida de personas jurídicas por grupos delictivos organizados. Y, asimismo, recomienda la necesidad de crear “registros públicos de personas jurídicas y naturales involucradas en la Constitución, la gestión y la financiación de personas jurídicas”. JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica”. En: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudio de Derecho Judicial*, N° 61, 2004, p.158.

⁵⁵ Véase La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, que incorpora el artículo 31 bis, que tendrá la siguiente redacción:

“1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso [...]”.

La doctrina penal española al respecto considera: ZUGALDÍA ESPINAR. “La responsabilidad criminal de las personas jurídicas. Problemas generales y su tratamiento en el derecho penal español”. En: PARÍONA ARANA, Raúl (Coordinador). *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas y otros estudios de derecho penal*. Lima: Grijley, 2010, pp. 46 y ss: que los puntos débiles del artículo 31° bis del Código Penal español son: a) un sistema dualista sin consecuencias prácticas, b) defectuoso desarrollo del sistema *numerus clausus*, c) no se prevé la creación del delito de “testaferria” como garantía del funcionamiento del sistema, d) errónea y contraproducente previsión del “*nen bis in idem*”, e) ausencia de circunstancias existentes de la responsabilidad criminal, f) insuficiencia del sistema de penas aplicables, g) complejidad del sistema de determinación de la pena, h) ausencia de substitutivos penales y i) ausencia de un estatuto procesal-penal de la persona jurídica.

⁵⁶ Ley N° 20393 (“establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas en los delitos de lavado de activos, financiamiento del terrorismo y delitos de cohecho”), publicada el 02 de diciembre de 2009. Esta Ley en su artículo 3° señala: “Las personas jurídicas serán responsables de los delitos señalados en el artículo 1° que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de esta, de los deberes de dirección y supervisión.

Bajo los mismos supuestos del inciso anterior, serán también responsables las personas jurídicas por los delitos cometidos por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión directa de alguno de los sujetos mencionados en el inciso anterior.

Se considerará que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos como el cometido, conforme a lo dispuesto en el artículo siguiente.

Las personas jurídicas no serán responsables en los casos que las personas naturales indicadas en los incisos anteriores, hubieren cometido el delito exclusivamente en ventaja propia o a favor de un tercero”.

penales que van en esa dirección pero es necesario evaluar las críticas que surgen a este reconocimiento. Creemos que para reconocer la responsabilidad de la persona jurídica se requiere un nuevo sistema de imputación penal orientado a la “*responsabilidad por defecto de organización*”, reglas procesales y penas de acuerdo a la naturaleza constitutiva de las personas jurídicas.⁵⁷

Sin embargo, deben existir ciertas reglas de imputación penal como es la vinculación o nexo entre el delito cometido por la persona jurídica y la actividad destinada a lavar activos ilícitos. El delito de lavado de activos debe haberse cometido en el ejercicio de la actividad de la persona jurídica, en el *ámbito funcional* al que se dedica la persona jurídica.

El *Sujeto pasivo* en este delito es el Estado como titular del bien jurídico protegido cual es el orden socio-económico y financiero. Al respecto, la jurisprudencia penal viene considerando que la *identidad estatal* afectada por el delito previo no puede ser considerada como sujeto activo del delito contra lavado de activos. Así:

[E]l sujeto pasivo es la comunidad en general pues, los bienes jurídicos tutelados tienen un carácter colectivo, y siendo el Estado el garante de ellos, debe ser considerado como parte agraviada, interviniendo en el proceso en su condición de parte civil de conformidad con el artículo cincuenta y cuatro del Código de Procedimientos Penales. Y si bien la apelante alega la afectación de su patrimonio para fundamentar su petitorio, sin embargo, debe tenerse en cuenta que la penalización de la conducta criminal de lavado de activos, tiene como fin la protección de los bienes jurídicos reseñados y no el patrimonio perteneciente a los Particulares.⁵⁸

2.2.3. Comportamiento típico

2.2.3.1. Actos de conversión y transferencia de activos (art. 1 de la Ley N° 27765)
Según el artículo 1 de la Ley N° 27765 (Ley especial contra el Lavado de activos), son dos las conductas típicamente independientes que permiten la configuración del delito: 1) *convertir* y 2) *transferir activos obtenidos ilícitamente*. No existe impedimento legal para que ambos actos criminalizados puedan ser realizados por el mismo agente o por agentes distintos en momentos sucesivos.⁵⁹

El *acto de conversión* es aquel proceso de transformación o sustitución que sufren los activos de origen ilícito (*delito previo*) cuyo resultado es la obtención de un activo

En la doctrina penal chilena existe una posición crítica al respecto. Para HERNÁNDEZ, Héctor. “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile”. En: *Polít. crim.* Vol. 5, N° 9, julio de 2010. Versión electrónica: URL: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A5.pdf>: Esta Ley obedece solo a fines coyunturales, dado que surge en el mercado por las exigencias para el ingreso de Chile como miembro pleno a la OCDE. Por su parte Alex VAN WEEZEL. “Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Polít. crim.* Vol. 5, N° 9, julio de 2010.

Versión electrónica: URL: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_09/Vol5N9A3.pdf>: considera que el dilema de la responsabilidad penal de las personas jurídicas radica en que no existe una opción de compromiso que permita considerar a la persona jurídica como sujeto penal en sentido estricto, pues ello significa liberar de responsabilidad a la persona natural que encarna el órgano, o bien prescindir del principio de culpabilidad.

⁵⁷ Zúñiga Rodríguez considera que “la responsabilidad directa de la persona jurídica sin que previamente se requiera un hecho de conexión por delito de una persona física requiere una construcción de la culpabilidad a partir de la persona jurídica”. ZUÑIGA RODRIGUEZ “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. En: *Gaceta Penal & Proceso Penal*. Tomo 11. Gaceta Jurídica S.A., Lima, mayo de 2010, p.65. También ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. *Ob. cit.*, pp.25 y ss.

⁵⁸ Exp. N° Inc. 04 – 2006 - “A”-Lima. Primera Sala Penal Especial, de fecha 24 de octubre de 2007.

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 141.

total o parcialmente diferente al originario.⁶⁰ En un sentido amplio, comprende todas las formas posibles de colocación o movilización primaria de dinero líquido, siendo incluso actos de conversión la recolección del dinero sucio ejecutada por el mismo agente de la operación de lavado.⁶¹

La conversión del bien debe recaer necesaria y directamente en el objeto material del delito previo, derivándose la exigencia de establecer la relación entre el objeto material de delito y la acción típica que ha de recaer sobre el mismo, verificándose si el resultado, esto es, el bien encubierto o transformado ha de tener como base el bien originario.⁶² El contenido de lo injusto en esta modalidad delictiva se encuentra en la utilización de un proceso que dará *licitud* al bien procedente de un delito previo.⁶³

Para la conversión se necesita emplear alguno de los giros económico-comerciales o incluir dichos activos en el tráfico mercantil o financiero en cualquier etapa del circuito económico (a nivel de la producción, circulación o consumo de bienes o servicios).⁶⁴ Además, el lavador puede recurrir a distintas técnicas de estructuración o financiamiento para la conversión, sea realizando pequeñas inversiones, adquiriendo bienes distintos, cancelando por el uso de servicios o realizando operaciones financieras.⁶⁵ Esto no significa que el concepto de conversión debe vincularse de modo indispensable a la obtención de una ventaja económica o patrimonial sino que basta con la posibilidad de buscar una apariencia de licitud de los activos ilícitos.⁶⁶

Por último, la transformación o conversión, puede adquirir la forma de *sustitución* por otros bienes de distinta naturaleza o también puede mantener su naturaleza fenomenológica (sea total o parcialmente) aunque logrando crear *la apariencia de licitud del bien*; es decir, la modificación de la *situación jurídica*⁶⁷ del bien, es lo relevante jurídico-penalmente. En realidad, lo que interesa desde la perspectiva penal es la modificación o transformación *jurídica* y no material de los activos obtenidos de forma directa o indirecta de un hecho ilícito precedente.

Mientras que el *acto de transferencia*, entendido desde un punto de vista del derecho civil, es el traspaso o transferencia de un bien de una persona a otra.⁶⁸ Esta definición restringida genera problemas de impunidad, pues solo se refiere a una transferencia física o material. Creemos que los actos de transferencia de activos ilícitos deben entenderse como toda *disposición jurídica*, sea esta una renuncia o cesión a favor de otro, de un derecho o dominio que tiene sobre bienes, sabiendo que su origen se encuentra en un delito previo.⁶⁹ Lo importante con esta última definición es que van a quedar abarcadas las transferencias electrónicas de dinero de una cuenta bancaria a otra, incluidas las de carácter internacional, siendo esta la más utilizada por los lavadores. De esta manera, el término transferir comprende no solo la *transmisión*

⁶⁰ VIDALES RODRÍGUEZ, Caty. *Ob. cit.*, p.100.

⁶¹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p.142.

⁶² BLANCO CORDERO, Isidoro. *Ob. cit.*, p.310.

⁶³ GALLEGARI, Andrés Luis. *Ob. cit.*, p.102.

⁶⁴ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.45.

⁶⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p.142.

⁶⁶ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.45.

⁶⁷ *Ibíd.*, p.46.

⁶⁸ El Código Civil peruano en su artículo 947° señala: “la transferencia de propiedad de una cosa mueble determinada se efectúa con la tradición a su acreedor, salvo disposición legal diferente”.

⁶⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Ob. cit.*, p.184.

material sino también la *transmisión jurídica*, entendiendo por tal aquella en la que se produce un cambio en la titularidad de un determinado derecho, pero no implica un desplazamiento fáctico de la cosa sobre la que recae el derecho.⁷⁰

Asimismo, debe entenderse el término transferencia como traslado de los bienes de una esfera jurídica a otra, al margen de si existe o no el cambio de titularidad o poder dominial, lo mismo que supone que en la actuación intervenga más de un sujeto: el que transfiere y el que recibe.⁷¹ La traslación del bien puede hacerse por cualquier título sea este de dominio o propiedad (compraventa, permuta, donación, etc.) onerosa o gratuita.⁷²

Mediante los actos de transferencia se busca tipificar operaciones de lavado que se encuentran en las etapas de intercalación o estratificación de los activos ilícitos (ocultar el rastro que une los fondos de la actividad ilícita mediante el empleo de una serie de complicadas transacciones).⁷³

2.2.3.2. Actos de ocultamiento y tenencia de activos (art. 2 de la Ley N° 27765)

Por su parte, el artículo 2 de la Ley N° 27765 (Ley especial contra el Lavado de activos) tipifica los actos de ocultamiento y tenencia de activos como figuras penales autónomas. Ambas modalidades pueden presentarse secuencialmente y con un mismo agente.

Los *actos de ocultamiento o tenencia* son aquellos que representan en la legislación penal a la fase final del proceso del lavado de activos (*etapa de la integración*).⁷⁴ Estos actos son figuras delictivas que se encuentran atravesando el proceso de apariencia de la licitud, pero que ya pasaron los actos de *conversión y transferencia*. En estos casos, los actos posteriores consumen a los actos anteriores (principio de consunción).

En cuanto a los verbos rectores que utiliza la norma penal son variados y de diferentes connotaciones prácticas, entre los que se encuentran: adquirir, utilizar, guardar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder.

Es la práctica judicial, la que delimita y otorga contenido normativo a cada uno de estos verbos típicos; no obstante, puede entenderse de la siguiente manera: 1) *adquirir*, no solo debe entenderse como comprar u obtener la propiedad sobre un bien a título oneroso, sino que es equiparable a la “toma de posesión de un cierto objeto”, resultando indiferente el interés que tenga el sujeto activo al adquirir los bienes, pues podrá hacerlo para que estos pasen a formar parte de su patrimonio, para realizar posteriormente una transferencia o incluso para cambiarlos de naturaleza, lo importante es la posibilidad de que esos bienes sean incorporados posteriormente al tráfico económico. En definitiva, la “*toma de posesión de los bienes*” de origen delictivo o la incorporación al patrimonio de los mismos, que se lleven o no a cabo mediante un título y un modo, será suficiente a efectos de configurar la acción típica

⁷⁰ GALLEGARI, Andrés Luis. *Ob. cit.*, p.105.

⁷¹ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.47.

⁷² *Ídem*.

⁷³ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p.144.

⁷⁴ *Ibid.*, p.146.

de adquirir, sea a título oneroso o gratuito,⁷⁵ 2) *utilizar*, es usar, servirse de una cosa o usufructuar directa o indirectamente los bienes, no siendo necesario ser propietario del bien o tener el derecho sobre los mismos, 3) *guardar*, comprende actos externos de protección física de los bienes, en condiciones materiales adecuadas para la conservación de la calidad y cantidad de los bienes,⁷⁶ 4) *custodiar*, es vigilar o guardar con cuidado y sobre seguro los activos obtenidos ilícitamente que se encuentran ocultos, 5) *recibir*, es admitir, aceptar u obtener los activos ilícitos que fueron previamente transmitidos por otra persona, existiendo una relación entre transmitir-recibir, 6) *ocultar*, es todo acto de esconder o camuflar los activos mediante el empleo de distintos artilugios para impedir su descubrimiento y, 7) *mantener en su poder*, es una expresión legal amplia que alcanza toda forma de tenencia o posesión de los bienes reciclados y que se ejecuta de manera abierta en contraposición al verbo típico ocultar, pues el agente mantiene de manera visible y registrada los bienes ilícitos.⁷⁷

2.2.3.3. Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (art. 2 de la Ley N° 27765)

Esta figura típica de lavado de activos implica un *delito de infracción de deber*. La imputación está dirigida a funcionarios o profesionales que por su función tienen el deber de comunicar operaciones o transacciones sospechosas a la autoridad correspondiente. En este sentido, se penaliza la conducta de los empleados o directivos de instituciones financieras o cooperativas que ejerzan actividades de ahorro y crédito, que participen en el control de las actividades de lavado de activos.

Estos deberes funcionales o profesionales derivan de la exigencia concreta e indispensable colaboración que el sistema de intermediación financiera debe ofrecer a las autoridades que tienen a su cargo la persecución y sanción penal de los delitos de lavado de activos. La entidad bancaria está sujeta a un *deber especial* que le impone una actitud vigilante frente a sus clientes y a las operaciones que estos realizan reportar las operaciones sobre las cuales existe una fundada sospecha de que guardan conexión con dinero ilegal, abstenerse de participar en ellas o ejecutarlas.⁷⁸

Entonces, el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, se configura a partir del momento en que el *gerente designado como oficial de cumplimiento* de una empresa del sistema financiero omite reportar a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) la transacción detectada como sospechosa.⁷⁹ Sin embargo, existen autores nacionales que consideran que es posible que un funcionario de una institución financiera distinto al oficial de cumplimiento pueda ser

⁷⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Ob. cit.*, pp.172-173. Para GALLEGARI. *Ob. cit.*, p.101: “es aquella en que el sujeto adquiere los bienes procedentes de un delito grave y tiene la plena disposición sobre estos bienes, aunque sea a título gratuito”. Posición diferente es la de PRADO SALDARRIAGA. *Ob. cit.*, p.147: quien señala que debe siempre la adquisición debe ser a título oneroso.

⁷⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p.147. Además agrega: se trata más bien de actos de tenencia y no de ocultamiento.

⁷⁷ *Ibid.*, p.149.

⁷⁸ HINOSTROZA PARIACHI, César. “Consideraciones sobre la importancia del delito fuente en la estructura típica del lavado de activos”. En: *JUS Jurisprudencia. Comentarios la Jurisprudencia y Práxis Jurídica*, N° 8, agosto de 2010, Grijley p.163.

⁷⁹ REAÑO PESCHIERA, José Leandro. “Breves apuntes sobre la legislación penal en materia de represión del lavado de activos a propósito de las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo N° 986. Especial referencia al delito de omisión de comunicación de transacciones financieras sospechosas”. En: *JUS Legislación*, N° 7, julio de 2007, Grijley, p.358.

sujeto activo del delito de acuerdo a las funciones y responsabilidades que le correspondan.⁸⁰

Las obligaciones de control impuestas a dichos funcionarios tienen origen en fuentes normativas extrapenales.⁸¹ Se trata de un tipo penal en blanco que debe llenarse con otras normas del ordenamiento jurídico en las que se adoptan varias medidas tendientes a ejercer un control efectivo que permita detectar operaciones sospechosas. Por tal razón, la expresión normativa “*transacciones u operaciones sospechosas*” debe entenderse en el marco de lo señalado en el artículo 20 del Reglamento de la Ley N° 28306:

[...] constituye transacción sospechosa aquella transacción detectada como inusual y que en base a la información con que cuenta el sujeto obligado de su cliente, lo lleva a presumir que los fondos utilizados en esta transacción proceden de alguna actividad ilícita por carecer de fundamento económico o legal aparente [...].

Serán operaciones inusuales o sospechosas aquellas en la que la actividad del cliente no sea congruente con sus negocios habituales, entendiéndose por ello a los aumentos de depósitos en efectivo, ya sea, de persona natural o jurídica sin justificación aparente, sobre todo si los depósitos son transferidos en un breve espacio de tiempo a un destino no relacionado con el cliente. O aquella operación en la que se aprecien características anormales en las actividades realizadas, como por ejemplo: cuando los clientes depositan grandes sumas de dinero en efectivo envueltas en bandas de papel de otros bancos o las cancelaciones repentinas de préstamos considerables sin justificación aparente.⁸²

En nuestra legislación no se sanciona el cumplimiento tardío de la obligación de comunicar una operación detectada como sospechosa. En este sentido, en tanto la omisión del reporte no haya sido advertida por la UIF o la Superintendencia de Banca y Seguros y AFP's, la comunicación posterior a los 30 días de que la transacción inusual haya sido calificada de sospechosa no configuraría el delito descrito en el artículo 4 de la Ley N° 27765.⁸³

Por último, si bien la relación de sujeción especial que existe entre el Estado y el funcionario o directivo de la entidad del sistema financiero que presta el servicio público bancario, exige una posición de garantía; lo cierto es que la norma exige que el incumplimiento de las normas de control se realice “*con el fin de ocultar o encubrir el origen ilícito del dinero*”.⁸⁴

2.2.4. Imputación objetiva

La imputación objetiva es uno de los elementos del tipo penal que permite delimitar y establecer los alcances de las conductas típicas del delito de lavado de activos

⁸⁰ UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego. “Regulación del delito de lavado de activos en el derecho penal peruano”, en: *Gaceta Penal & Proceso Penal*, N° 18, Lima, diciembre de 2010, p.170. LAMAS PUCCIO, Luis. *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas. Lavado de Activos*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p.174.

⁸¹ BAZZANI MONTOYA, Darío. *Del delito de lavado de activo. Lecciones de derecho penal. Parte Especial*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p.49.

⁸² JULCA VARGAS, Anita. “El delito de lavado de activos. Apuntes preliminares a propósito del Decreto Legislativo N° 986”. En: *JUS Jurisprudencia. Comentarios la jurisprudencia y Práxis Jurídica*, N° 5, mayo de 2008, Grijley, pp.226-227.

⁸³ REAÑO PESCHIERA, José Leandro. *Ob. cit.*, p.359.

⁸⁴ BAZZANI MONTOYA, Darío. *Ob. cit.*, p.50.

(*actos de conversión o actos de transferencia de dineros, bienes, efectos o ganancias*). La importancia de la imputación objetiva para solucionar problemas dogmáticos penales es reconocida tanto por la doctrina como por la jurisprudencia nacional. De nuestra investigación, se aprecia sin embargo que en los procesos por delito de lavado de activos es poco frecuente utilizar estas categorías que son parte del actual debate del derecho penal.

Mediante el criterio normativo de la imputación objetiva una conducta puede ser irrelevante jurídico-penalmente si esta se encuentra en el marco del *riesgo permitido*, *el principio de confianza*, *la prohibición de regreso o acción a propio riesgo*,⁸⁵ entre otros. En realidad, la imputación objetiva afecta al mismo tipo penal, cuya ausencia producirá una causa de atipicidad penal. Como lo ha señalado la jurisprudencia nacional:

La imputación objetiva es aquella que desarrolla actualmente la teoría del tipo desde una imputación objetiva a la conducta y al resultado. Desde la perspectiva de la imputación de la conducta manifestamos que esta teoría contempla conceptos que funcionan como filtros para determinar si una conducta es susceptible de ser considerada típica o no: 1.- el riesgo permitido; 2.- el principio de confianza; 3.- la prohibición de regreso y 4.- competencia de la víctima.⁸⁶

2.2.4.1. Relación de causalidad

Asimismo, debe presentarse una *relación causal* entre la acción típica y el resultado lesivo. Esta relación de causalidad debe ser verificada a través de la teoría de la *conditio sine qua non* (equivalencia de las condiciones). Constatada la relación de causalidad, el segundo paso consistirá en comprobar la imputación del resultado; es decir, el vínculo jurídico entre la acción y el resultado a través de un juicio normativo (imputación objetiva). La relación de causalidad en el delito de lavado de activos consiste en la verificación de si los activos que son objeto material del delito de lavado provienen de un delito previo o precedente.

Para efectos probatorios, el Acuerdo plenario N° 03-2010 señala que será suficiente la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con los mismos “lo que comporta la evidencia de una *relación causal* entre el delito fuente y el delito de lavado de activos. Esta vinculación o conexión con actividades delictivas o con personas o grupos relacionados con las mismas, podrá ir acompañada por ejemplo de aumento de patrimonio durante el periodo de tiempo de dicha vinculación y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento del patrimonio”.⁸⁷

2.2.4.2. Creación de un riesgo prohibido

a) Riesgo permitido

La institución jurídica penal del riesgo permitido tiene en cuenta de modo genérico que nadie está exento de crear condiciones que puedan devenir en resultados prohibidos. En las sociedades actuales, el riesgo permitido, debe estar relacionado (a efectos de su determinación) al delito materia de imputación. Tratándose de actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de activos provenientes de

⁸⁵ Ampliamente: JAKOBS, Günther. *Imputación objetiva en el derecho penal*. Lima: Grijley, 1997, pp.25 y ss.

⁸⁶ Ejecutoria Superior. Exp. N° 1219-04-Lima, de fecha 1 de septiembre del 2006.

⁸⁷ F.J. 34, literal E (la cursiva es nuestra).

orígenes delictivos, deben ser vistos en el contexto de una concreta actuación social (conformación de una empresa comercial, incremento de capital empresarial, depósitos financieros, actividades comerciales, etc.) la misma que varía en razón de las condiciones de la realidad socioeconómica de un país. El riesgo permitido debe estar delimitado, en un primer momento, por la normatividad del sector extrapenal (normas legales de carácter económico, empresarial, financiero, etc.). Ejemplo: no existe en nuestra normatividad societaria vigente disposiciones que permitan disminuir o neutralizar la posibilidad que se infiltren activos provenientes de fuentes ilícitas, a través del incremento de capitales en empresas comerciales constituidas lícitamente.

Este riesgo es latente porque en el mundo empresarial el crecimiento de la empresa comercial es la finalidad de todo gestor de negocios, siendo el incremento de capitales una práctica usual que conlleva a un mayor rendimiento y utilidad de la actividad social. Por tal razón, no se puede impedir o controlar drásticamente la actividad comercial.

Asimismo, el riesgo permitido supone casos de mínima lesividad social, señalándose que no se deben sancionar penalmente aquellas operaciones de *escasa trascendencia* (insignificancia de afectación al bien jurídico). Ejemplo: la instalación de un puesto de venta de comida al paso o la compra de una motocicleta destinada al servicio público, bienes que se obtienen con la comisión de delitos previos.

Creemos que el criterio antes señalado es importante si tenemos en cuenta que el delito de lavado de activos no precisa valores mínimos de los activos involucrados para el lavado. Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 3-2010 recuerda que el inc. 4 del art. 46 del Código penal de 1991 señala que el juez penal debe apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado. En otro delito, como lo es el de defraudación tributaria, cuando el valor del tributo omitido no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, se aplica una atenuación de la pena (art. 3 Decreto Legislativo N°813 Ley penal tributaria). El Acuerdo agrega que “tal valor dinerario en todo caso, puede servir de referencia al operador de justicia para poder diferenciar el significado material de la operación de lavado de activos realizada por el agente, y decidir razonadamente la aplicación de una pena proporcional en cada caso”.⁸⁸

b) Principio de confianza

El principio de confianza señala que todos debemos confiar normativamente en que el actuar de los demás va a mantenerse dentro de los límites permitidos por el derecho, de suerte que no haber previsto medidas contra desviaciones delictivas no implica *per se* responsabilidad penal. Además, este criterio de imputación objetiva obliga a reconsiderar las atribuciones de responsabilidad “globales” o “unitarias”. *Ejemplo:* El gerente general y accionista de una sociedad anónima que en el contexto de un aumento de capital recibe las aportación proveniente de un reconocido inversionista (que es un narcotraficante), no responderá penalmente por encontrarse amparado por el principio de confianza, pues el gerente general o accionista de una empresa comercial es un gestor de negocios, un inversionista. Su rol social se desenvuelve en el universo de la adquisición, inversión y explotación de capitales, respetando las normas extrapenales que la regulan (Ley General de Sociedades).

⁸⁸ Acuerdo Plenario 3-2010 /CJ-116, F.J. N° 29.

El principio de confianza informa que el gerente general o accionista de una empresa debe confiar normativamente en que la actuación de otro accionista o socio va a desarrollarse sin incidir en el ámbito de tipicidad penal. Se trata de una confianza normativa y no de una confianza fáctica. Esto significa que el gerente general debe confiar en el derecho, y que no le son imputables resultados dañosos por no haber adoptado medidas de precaución extremas para evitarlas.

En este sentido, todo “contacto profesional” realizado por los gestores de negocios —como bien puede ser una operación de incremento de capitales— gira sobre la base de la rentabilidad económica-financiera y no se tiene que exigir conocimientos acerca del origen o fuente del capital. Por lo tanto, aun cuando el gerente general o accionista de una empresa facilite causalmente actos de conversión o transferencias de capitales que provengan de un ilícito penal, su conducta no constituirá delito de lavado de activos, si aquellos gestores se mantuvieron en el ámbito de su rol social.

En efecto, no basta aplicar aisladamente la conocida teoría de la *conditio sine qua nom*, que pretende elevar la imputación penal a meras relaciones causales. Según esta teoría podría deducirse, equivocadamente, una responsabilidad penal para el gerente general o accionista actuante, pues basada en la fórmula de eliminación mental de la causa, el gerente general o accionista al momento de aceptar o facilitar el incremento del capital que fue obtenido ilícitamente realizaría la acción típica del tipo penal de lavado de activo. La simple aportación en cuanto dispone el incremento de capital es *causa* indispensable para la configuración del delito.

c) Prohibición de regreso

En una sociedad estructurada sobre la idea de contactos anónimos, no se puede reprimir la creación de cualquier riesgo; si fuera así, se produciría un gran obstáculo para el desarrollo normal de las actividades cotidianas.⁸⁹ Según la teoría de la prohibición de regreso, quien colabora a la realización del tipo no responde penalmente si en todo momento se mantuvo en el marco de su rol social. Tratándose de delitos de lavado de activos, no responderá aquel abogado que asesore en la constitución de una empresa comercial a un empresario que obtuvo el capital gracias a las prácticas del narcotráfico. Tampoco el notario que realiza los trámites propios de su función notarial.

En este sentido, los abogados que en el ámbito de su función intervienen en el delito de lavado de activos responderán penalmente en los casos en el que abusa del vínculo del mandato para ocultar, transferir, convertir o tener activos de naturaleza ilícita; es decir, solo serán punibles las conductas de aquellos abogados que actúan a modo de una “actuación colusiva conjunta”⁹⁰ con los otros autores del delito.⁹¹

⁸⁹ HURTADO POZO, José. *Manual del Derecho penal*. Lima: Editorial jurídica Grijley, 2005, p.437.

⁹⁰ AMBOS, Kai. *La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”*: ¿Lavado de dinero? Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p.19. Para MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ. “La dimensión internacional del blanqueo de dinero”. En: *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudio de Derecho Judicial*, N° 61, 2004, p.250: “[N]o hay duda de la tipicidad penal de las conductas de los letrados que guardan el dinero “negro” o simulan contratos de defensa para encubrir la procedencia de los capitales, así como de las conductas de los abogados que asesoran sobre el modo de ocultar los bienes delictivos o que se involucran en actividades de blanqueo o conocen que el cliente buscan asesoramientos para tales fines”.

⁹¹ También hay opiniones en el sentido de resolver este tema recurriendo a las causas de justificación o inculpabilidad. Así, la Resolución del 01 de febrero del 2010 del Tercer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima dictada en el incidente de excepción de naturaleza de acción N°579-2010-121, fijó posición señalando que la

Asimismo, tampoco responderá aquel contador que cobra sus honorarios por asesorar a una empresa conformada con dinero o bienes de procedencia ilícita, siempre que este se mantenga en el ámbito de su rol social.

También debe negarse la relevancia típica de aquellos *negocios estándar* que objetivamente carecen de aptitud para incrementar o consolidar las ganancias obtenidas con el delito previo, como suele suceder con la venta de productos de consumo cotidiano o con determinados productos de lujo cuya adquisición no resulta idónea para ocultar el origen de contraprestación. Tal es el caso, por ejemplo, de quien vende automóviles, pues la simple transacción de dinero en un automóvil no ayuda a ocultar el origen de la riqueza.⁹²

En la jurisprudencia peruana encontramos un caso en el que se aplica la prohibición de regreso para absolver la imputación del delito de lavado de activo.

“[Q]ue por criterio de imputación objetiva, de la mejor doctrina, que recoge el principio de prohibición de regreso, en virtud del cual la participación en un hecho estandarizado y socialmente inocuo —la titularidad sobre los vehículos intervenidos— no constituyen participación en una configuración delictiva [...] declararon NO HABER NULIDAD [...] de la acusación fiscal por los delitos contra la salud pública —tráfico ilícito de drogas y lavado de dinero— [...]”.⁹³

Sobre estos aspectos el Acuerdo Plenario N° 3-2010 con un matiz subjetivo considera:

La función de un lavador de activos es asegurar la ganancia o mejora patrimonial obtenida por quien requiere de sus servicios. Su ánimo delictivo está indisolublemente enlazado en la búsqueda de una consolidación aparente o fáctica de su patrimonio de origen o componentes ilegales. De allí que el abogado, el médico, los familiares dependientes, los empleados domésticos, los proveedores cotidianos, etc., que se relacionan con el titular de activos ilícitos originales o reciclados, en ese espacio específico y neutral, propio de sus negocios estándar, no actúan premunidos de esa finalidad, ni proveen a aquel de esa consolidación lucrativa. Por tanto los servicios que ellos prestan carecen de tipicidad porque no son actos de colocación, transformación u ocultamiento en los términos y alcances que corresponden al ciclo de lavado de activos. Pero, además, no existe, frente a tales conductas, una necesidad de pena, ni hay riesgos de debilitamiento de la prevención general, ni mucho menos el agente expresa en su conducta requerimientos de prevención especial”.⁹⁴

2.2.5. Origen ilícito del objeto material de la imputación de lavado de activos

acción es típica y que no existen causas de justificación que anulen o restrinjan la antijuridicidad sino que en el caso concreto existían posibles causas de inexigibilidad de otra conducta, específicamente estados de necesidad exculpante donde el bien jurídico amenazado sería la libertad personal y el riesgo concurrente sería la imputación por un nuevo acto de lavado de activos. Otro criterio válido para la falta de reproche penal podría ser la actuación por disposición de la ley, teniendo como base el derecho constitucional de defensa irrestricta.

⁹² RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. “Lavado de activos y negocios *standard*”. En: *Nuevas Formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje al profesor Claus Roxin*. Buenos Aires: Editorial Lerner, 2001, p.650.

⁹³ Exp. N° 1221-2002. Sala Penal Transitoria, del 12 de mayo de 2004.

⁹⁴ Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (“El Delito De Lavado de Activo”). De fecha 16 de noviembre de 2010. F.J. 26.

Respecto al elemento normativo de la “ilicitud” (origen ilícito) de los activos contamos con una regla que delimita su alcance y contenido (art. 6 de la ley N° 27765). Sin embargo, en la práctica del sistema penal se siguen generando problemas.

Según este dispositivo penal, el delito previo que genera los activos ilícitos puede ser: tráfico ilícito de drogas (art 296 del CP), terrorismo (art. 2 y ss. de la Ley N° 25475), delitos contra la administración pública (del art. 382 y ss. del CP), secuestro (art. 152 del CP), extorsión (art. 200 del CP), proxenetismo (art. 179 del CP), Trata de personas (art. 153 del CP), tráfico ilícito de migrante (art. 303 A y B del CP), defraudación tributaria (art. 1 y ss. del Dec. Leg. N° 813) y contra el patrimonio en su modalidad agravada, delito aduanero (art. 1 de la Ley N° 28008). El problema se origina con la expresión “u otros similares que generen ganancias ilegales” que señala la norma penal.

Para limitar el alcance de la norma sobre este último aspecto, en la doctrina nacional se afirma que debe tenerse en cuenta lo siguiente: 1) debe tratarse de un delito grave y b) este debe generar ganancia económica.⁹⁵

En este mismo sentido, el Acuerdo Plenario N° 3-2010 sostiene:

Los denominados “delitos fuente” han sido precisados relativamente, en una suerte de catalogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será el caso acotar, se agreguen delitos similares-obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada —que generan ganancias ilegales— su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso-, con excepción del delito de receptación.⁹⁶

2.2.6. Objeto material de la acción típica de lavado de activos

El objeto material del delito es aquello a lo que se dirige la acción típica. Tratándose del delito de lavado de activos los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencias pueden recaer sobre: dinero, bienes, efectos y ganancias. Estos objetos materiales tienen una connotación económica o patrimonial.

La norma penal se refiere con el término *dinero*, a la moneda de curso legal sea esta nacional o extranjera; siempre debe tratarse de efectivo.⁹⁷ Respecto a los *bienes*, de difícil delimitación normativa, debe entenderse a todo derecho y valor patrimonial que pueda ser incorporado a un derecho transmisible y que tenga un valor económico en el mercado.⁹⁸ Los *efectos* de los activos ilícitos son todos los productos o consecuencia patrimonial directa del delito. Mientras que la *ganancias* son los

⁹⁵ CARO JOHN, José Antonio. *Ob. cit.*, p.159.

⁹⁶ Acuerdo Plenario N° 3 -2010/CJ-116 (“El Delito de Lavado de Activo”). De fecha 16 de noviembre de 2010. F.J. 30.

⁹⁷ Se otorga esta condición a los bienes muebles o inmuebles que fueron adquiridos con él, a sus sucesivas transformaciones, así como a los diferentes títulos y valores que reconocen derechos sobre tales activos. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p.150.

⁹⁸ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.49. Asimismo el art. 2, literal “d” de la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional señala: “Por bienes se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles e inmuebles, tangibles e intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otro derecho sobre dichos activos”.

activos que constituyen una utilidad económica que se deduce de los gastos o bienes que han sido invertidos por el autor del delito o en la producción o transformación del efecto directo.

2.2.7. Ampliación de la imputación

2.2.7.1. Tentativa y consumación

En el derecho penal peruano, los tipos penales de lavado de activos constituyen delitos de realización instantánea, por lo tanto, se consuman con la mera comisión de cualquiera de las acciones típicas antes mencionadas.⁹⁹

La tentativa en este delito depende de la modalidad delictiva que se analice: 1) en los actos de conversión existirá cuando no se haya alcanzado al menos simular la licitud; 2) en casos de transformación existirá cuando este se interrumpa por cuestiones ajenas a la voluntad del autor y no se llegara a materializar la sustitución del bien por la intervención de un tercero; y, 3) resulta difícil en los casos de ocultación y tenencia la existencia de tentativa, porque la simple acción típica ya consuma el delito, pero teóricamente se puede presentar.¹⁰⁰ Basta simplemente con que se acredite en el autor la intención de lograr los resultados de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes o el de ayudar a la persona que haya intervenido en el delito precedente a eludir las consecuencias legales de sus actos.¹⁰¹ Así lo señala nuestra jurisprudencia:

[D]e la revisión de autos se advierte que, el denunciado, encontrándose internado en el Hospital Militar Central con sede en Lima, con fecha siete de setiembre del Dos mil cuatro, contando con el apoyo de un tercero aún no identificado, envió un fax al Banco BNP PARIBAS – Miami Florida, autorizando la transferencia de la totalidad de su cuenta setentiséis millones trescientos siete mil cuatrocientos treintinueve a las dos siguientes cuentas: Uno) Stanford International Bank Ltd. [...] The Toronto Dominion Bank –International Banking Center, Toronto – Canada y Dos) Stanford International Bank Ltd. [...] siendo el beneficiario final de ambas transferencias Athenas Trust [...] operaciones bancarias que el denunciado intentó realizar desde la cuenta número setentiséis millones trescientos siete mil cuatrocientos treintinueve del Banco BNP PARIBAS, Miami – Florida, no obstante tener perfecto conocimiento de la sentencia judicial de fecha veintiuno de junio del año próximo pasado [...] en la que en cuanto a la Reparación Civil se dispone el decomiso del dinero que M.A.R.H tiene depositado en una cuenta a su nombre en el Banco Nacional de París – Sucursal Miami, no logrando sin embargo el denunciado su cometido, debido a la oportuna comunicación de la Fiscalía Federal del Distrito Sur de la Florida a la Procuraduría Pública de nuestro país; por lo que se le abre instrucción como presunto autor del delito de lavado de activos en la modalidad de actos de conversión y transferencia en grado de tentativa en agravio del Estado.¹⁰²

2.2.7.2. Autoría y participación

a) Autoría directa

⁹⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p. 162.

¹⁰⁰ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p. 67. Para PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Ob. cit.*, p.163: “la naturaleza permanente de estas modalidades delictivas determinan que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado con el hecho se mantenga en el tiempo por la voluntad del agente”.

¹⁰¹ MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Ob. cit.*, p. 245.

¹⁰² Exp. N° Inc. 04 – 2006 - “A”-Lima. Primera Sala Penal Especial, de fecha 24 de octubre de 2007.

Dentro de las modalidades de autoría que en nuestra práctica judicial se reconocen, la autoría inmediata o directa es aquella donde se desarrolla de manera más clara la teoría del dominio del hecho —entendida como dominio de la acción—, siendo autor aquél que ejecuta el tipo penal de propia mano, es decir, de manera libre y directa, dominando en todo momento el acontecer típico, en tanto señor del evento criminal. En este sentido, tiene razón el profesor alemán Roxin cuando afirma que “no puede dominarse un hecho de manera más clara que cuando lo realiza uno mismo, no se puede mantener en las propias manos de modo más firme que cuando se actúa de propia mano”.¹⁰³

A pesar que el artículo 23° del Código Penal no adopta un concepto de autor, la describe con el término “el que realiza por sí el hecho punible”.

En el delito de lavado de activos, autor será aquel que ejecuta de propia mano los supuestos descritos en el artículo 1° y también en el artículo 2° de la Ley N° 27765, ejecutando actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia de activos de procedencia ilícita. Por ejemplo, el que utiliza cincuenta mil dólares americanos obtenidos del tráfico de menores en la compra de inmuebles.

b) Autoría mediata

El autor mediato, en el mismo sentido que el autor directo, también parte del criterio del dominio del hecho, pero en este caso, entendido como dominio de la voluntad. Así, es autor mediato quien ejecuta de manera indirecta el tipo penal utilizando un intermediario, quien actúa bajo influencia de un error o coacción. La característica de este criterio es el traslado de responsabilidad penal del ejecutor material del delito al hombre de atrás y esta es la modalidad clásica de la autoría mediata.

La recoge el artículo 23° del Código Penal, a través de la terminología “por medio de otro”. Por ejemplo: el que se dedica al lavado de activos coacciona con matar a la madre de un funcionario bancario si este se niega a introducir el dinero ilícito en la institución financiera, lo que realiza.

c) Autoría mediata por dominio de organización

Esta es una institución penal reconocida en la jurisprudencia peruana,¹⁰⁴ especialmente para los supuestos de crímenes de Estado, pero no es utilizada con la misma intensidad en materia de lavado de activos que se constituye como otra modalidad del crimen organizado. La autoría mediata -a entender de Roxin- no solo se reduciría a casos en que el hombre de atrás domine la voluntad del intermediario a través del error o coacción, sino, que este último, también tendría el dominio del hecho en casos de la existencia de una organización criminal.

Esta nueva formulación a diferencia de los dos clásicos planteamientos (error y coacción) se caracteriza por la responsabilidad no solo del hombre de atrás sino también del instrumento u hombre de adelante, pues ambos actúan de manera libre. El hombre de atrás posee el dominio del hecho, entendido como dominio de organización, y operará ya no sobre el intermediario sino sobre el aparato criminal mismo. Con ello, lo que se busca es establecer nuevos parámetros dogmáticos para

¹⁰³ ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2000, p.151.

¹⁰⁴ Véase: Caso Fujimori, Exp. N° A.V. 19 – 2001, del 7 abril de 2009. Siendo confirmada, posteriormente, en todos sus extremos, por la Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

imputar penalmente nuevas formas de delincuencia, como la criminalidad organizada.

Pero para establecer tal dominio sobre la organización se requiere la existencia de un aparato de poder que opere de manera jerárquica a través de órdenes, donde el hombre de atrás o autor de escritorio detente el *poder de mando*, sobre ejecutores que si bien actúan de manera libre son *fungibles*, es decir, tienen como característica el ser sustituibles, por ejemplo, si un ejecutor se desiste a cumplir con la orden delictiva otro lo reemplazará, no afectando el cumplimiento de la orden criminal, pues esta de todas maneras será cumplida. Asimismo, el aparato criminal debe operar al margen de la legalidad, es decir, debe formar un Estado dentro de un Estado. También se requiere que el ejecutor fungible de la orden criminal esté bajo una clara *disposición al hecho*.

A pesar de la aplicación de este criterio por parte de nuestra jurisprudencia (Caso Abimael Guzmán¹⁰⁵ y Caso Fujimori), sus presupuestos no han sido ajenos a críticas por parte de la doctrina. En este sentido Schroeder,¹⁰⁶ sostiene que el criterio de la “fungibilidad” que sirve de fundamento a la construcción de Roxin, no es más que un medio para la obtención del dominio del hecho, no pudiendo ser considerado como fundamento para imputar penalmente al autor de atrás –autor mediato en aparato de poder–, sino como una característica. También Herzberg se manifiesta en una línea crítica de estos presupuestos –principalmente la fungibilidad y el apartamiento del derecho–, siendo a su parecer la “instigación” una mejor solución para estos casos.¹⁰⁷ En la doctrina nacional, para Meini¹⁰⁸ —quien sigue la teoría de la disposición al hecho planteado por Schroeder— la fungibilidad al basarse en un juicio de probabilidad, hace difícil determinar el momento de la comisión del delito, basándose solamente en presunciones que hacen que pierda legitimidad como criterio fundamentador en el planteamiento de Roxin.

d) Coautoría

Esta tercera modalidad de autoría, tiene como fundamento, de la misma forma que las anteriores, el dominio del hecho, entendido en estos casos como dominio funcional del hecho, por el cual, no es solo un sujeto el que ejecuta el tipo penal, sino una pluralidad. En ese sentido, la doctrina hace referencia a un dominio compartido o co-dominio del hecho, donde por lo menos dos sujetos ejecutan, la conducta típica a través de un reparto de roles.

Para configurar la coautoría no basta con la intervención de varios sujetos y el reparto de roles, sino principalmente la concatenación de dos criterios: un aspecto subjetivo, que exige el acuerdo o decisión común hacia el hecho, y otro objetivo, que es la ejecución conjunta.

Creemos que en materia de crimen organizado la utilización del criterio de la coautoría resulta de mayor utilidad, por ser de más fácil aplicación, debido a la complejidad de los presupuestos exigidos para determinar la autoría mediata. Esta

¹⁰⁵ Caso Abimael Guzmán. Exp. Acumulado N° 560-03, del 13 octubre de 2006.

¹⁰⁶ SCHROEDER, Friedrich-Christian. “Disposición al hecho vs fungibilidad”. En: AMBOS, Kai/MEINI, Iván (Editores). *La autoría mediata*. Lima: Ara Editores, 2010, p. 118.

¹⁰⁷ HERZBERG, Rolf. “Disposición al hecho vs fungibilidad”. En: AMBOS, Kai/MEINI, Iván (Editores). *La autoría mediata*, Lima: Ara Editores, 2010, pp. 130-131.

¹⁰⁸ MEINI, Iván. *Ob. cit.*, p.38.

posición en nuestra jurisprudencia ha sido adoptada en el voto singular del Magistrado Villa Stein,¹⁰⁹ quien si bien comparte las consecuencias jurídicas y merecimiento de pena establecidas al imputado Abimael Guzmán, no comparte la posición dogmática adoptada —autoría mediata—, porque a su parecer es dudosa la aplicación del criterio de fungibilidad en este caso. Existe a su parecer un grado de coautoría, pues entre Abimael Guzmán y los demás imputados hubo tanto una división de trabajo como de roles, por tanto, existe un dominio del hecho colectivo.

2.2.8. Imputación subjetiva

Si bien, el delito de lavado de activos exige para la configuración de la imputación subjetiva, que el agente deba tener conocimiento previo o al menos “presumir” o “sospechar” que los activos que tiene en posesión provienen de un delito previo, en la práctica no se logra establecer por parte de los jueces penales cuáles son esos niveles de presunción o sospecha para imputar a título de dolo y no de imprudencia.

La presunción de conocimiento o notoriedad dolosa se adquiere por el conjunto de las diversas circunstancias que median el hecho siempre que sea evidente o posible de conocer. Además del *dolo específico* se requiere que el autor obre con el fin inmediato de evitar la identificación, origen o incautación de los bienes o ganancias provenientes del delito previo.

El delito de lavado de activos se configura solo por accionar doloso (conocimiento y voluntad de realización de los elementos que integran el tipo penal). Entonces, *no se admite la forma imprudente* por la cual el sujeto activo convierte o transfiere los bienes de origen ilícito. En definitiva, la doctrina mayoritaria señala que si de forma imprudente, por más grave que esta sea, se concierta o transfiere los bienes provenientes de fuentes ilícitas aquella conducta resultaría atípica.¹¹⁰ Si el sujeto solo facilita sin quererlo una aportación de conversión o transferencia, infringiendo el deber objetivo de cuidado propio de su ámbito de organización de la vida social al que pertenece, pero no actúa con intención o plena conciencia de ello, no podrá ser castigado por este delito.

Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 3-2010 sostiene:

Sin embargo, no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió este, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. Tampoco el dolo del agente tiene necesariamente que abarcar la situación procesal del delito precedente o de sus autores o partícipes. Igualmente, tratándose de los actos de ocultamiento y tenencia, no es parte de la tipicidad subjetiva que el autor conozca o esté informado sobre las acciones anteriores de conversión o transferencia, ni mucho menos que sepa quiénes estuvieron involucradas en ella.¹¹¹

También puede presentarse la figura del *error*. En caso que el sujeto activo desconociera de forma inevitable que los activos provienen de un delito previo se

¹⁰⁹ Ejecutoria Suprema de la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema de Justicia. R.N. N° 5385-2006 LIMA

¹¹⁰ Así por ejemplo: “la imprudencia por más grave que sea o por más que cumpla con el merecimiento y necesidad de pena no es punible”. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.57.

¹¹¹ Acuerdo Plenario N° 3 -2010/CJ-116 (“El Delito De Lavado de Activo”). De fecha 16 de noviembre de 2010. F.J. 18.

aplicará la regla del *error de tipo* (artículo 14 del CP). Asimismo, el término “delito” previo debe ser entendido no en sentido estricto sino solo como una “valoración paralela en la esfera del profano”.¹¹²

¿Cómo debe interpretarse la expresión normativa “puede presumir”?

Nuestra legislación penal no sanciona el delito de lavado de activos en su modalidad de conversión y transferencia de bienes de origen ilícito en su forma imprudente. Claro que puede sostenerse que cuando la ley hace referencia al supuesto “puede presumir” el origen ilícito del dinero, no descarta la posibilidad de un supuesto imprudente, pues en tal caso el agente, aun pudiendo presumir, no lo hace, precisamente por su actuar imprudente, y a consecuencia de ello se realiza la conducta propia del lavado, configurando así el delito imprudente de este delito.

Sin embargo, se advierte que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido que no se puede presentar un supuesto impudente en el delito de lavado de activos. En este sentido, a partir de la fórmula asumida por el artículo 12° del Código Penal, sostienen que cuando el legislador quiere considerar el supuesto imprudente lo hará expresamente. Por lo tanto, la expresión “puede presumir” solo hace referencia al supuesto de *dolo eventual*,¹¹³ que es como se viene interpretando hasta ahora, no siendo asimilable a la imprudencia. Así:

El delito de lavado de activos es una figura penal autónoma de carácter pluriofensivo y dirigida a tutelar el orden socioeconómico. Este delito exige el conocimiento del origen ilícito de los activos, pero no es necesario que este sea preciso o exacto, pues basta con la conciencia de la anormalidad de la operación y la razonable inferencia de que procede de un delito. El dolo exigido, por lo tanto, puede ser directo o eventual (cuando el agente considere seriamente y acepte como probable que el dinero o bien procedía de un delito).¹¹⁴

2.2.9. Causas de justificación aplicables

Para atribuir responsabilidad penal a una persona no basta con el establecimiento de la imputación al tipo objetivo y subjetivo, sino que además se requiere que dicha conducta típica sea antijurídica. Al respecto, la antijuridicidad requiere que la conducta no se encuentre amparada por una causa de justificación.

Debido a la complejidad y funcionamiento del delito de lavado de activos no creemos posible la presencia de causas de justificación (legítima defensa, estado de necesidad justificante). En la doctrina nacional, Gálvez Villegas¹¹⁵ tampoco entiende que estamos ante una causa de justificación —*por estado de necesidad justificante*— cuando por ejemplo, un agente policial interviene como *agente encubierto* (también en entrega vigilada) en el proceso de lavado de activos o en casos de cumplimiento del deber del secreto bancario, sino ante la ausencia del elemento subjetivo distinto del dolo —*ánimo de ocultamiento*—. Sin embargo, a nuestro parecer estos supuestos pueden ser resueltos de mejor manera en el marco de la imputación objetiva.

Nuestra jurisprudencia establece diferencias entre el agente encubierto y el especial:

¹¹² MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Ob. cit.*, p.239.

¹¹³ GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás. *Ob. cit.*, p.60.

¹¹⁴ R.N. N° 3953-2007-LIMA. Sala Penal Permanente. De fecha 17 de junio de 2008.

¹¹⁵ *Ibid.*, pp.62-63.

Agente encubierto es un miembro de la policía autorizado por el fiscal para infiltrarse en una organización criminal y obtener información que permita el enjuiciamiento de quienes la componen, cuyo nombre se reserva, asignándosele una identidad supuesta; mientras que un *agente especial* es un ciudadano particular que, valiéndose de la confianza de la organización criminal es habilitado por el fiscal y además no se le asigna apelativos ni identidades supuestas.¹¹⁶

2.2.10. Culpabilidad

Siguiendo los cánones normativos de la teoría del delito, no basta para imputar responsabilidad penal solo con establecer el grado de injusto¹¹⁷ —*tipicidad y antijuridicidad*—, sino que además, en función del agente delictivo habrá que determinar su culpabilidad. Mientras que el injusto se dirige a la conducta típica, la culpabilidad engloba los aspectos personales del sujeto, por eso, algunos autores denominan este último criterio como imputación personal.

Error de prohibición

Uno de los elementos que conforma la culpabilidad es la denominada “conciencia de antijuridicidad”, criterio que exige la posibilidad del sujeto de conocer la punibilidad,¹¹⁸ es decir, que el sujeto sepa que la conducta que realiza está sancionada con una pena, —*contrario sensu*— si el sujeto presenta una falta de conocimiento de la ilicitud de su conducta, estaremos ante un *error de prohibición*.

El error de prohibición puede ser entendido desde dos perspectivas, *vencible e invencible*. El primero se caracteriza porque el sujeto tuvo la posibilidad de evitar el resultado, mientras que en el segundo, el sujeto no ha contado con dicha posibilidad. Por ello, mientras el error vencible atenúa la pena, el error invencible excluye la imputación personal (art. 14 segundo párrafo CP).

2.2.11. Reglas del Derecho Penal Internacional aplicables al delito de lavado de activos

El Decreto Legislativo N° 982 del 22 de julio de 2007, que modificó el artículo 2, inciso 2 del Código Penal, introdujo la posibilidad que la ley penal peruana se aplique a conductas tipificadas como lavado de activos, siempre que produzcan sus *efectos* en el territorio de la República (*principio real o de defensa*). Esto significa que la ley penal contra el lavado de activos peruana se puede aplicar extraterritorialmente. La necesidad de esta norma radica en sancionar todo el ciclo económico del lavado de activos, entendido como todo proceso que involucra fases y metodologías para su perpetración.

En la legislación española opera el principio de justicia universal para la sanción de los delitos de lavado de activos (artículo 301.4 del Código Penal Español de 1995). El fundamento radica en que la comunidad internacional no puede permanecer ajena al reforzamiento de la represión penal ante delitos de carácter transnacional que gozan de los paraísos fiscales donde rige la más absoluta impunidad y que se realizan a través de procedimientos sumamente complejos. La persecución de dichos delitos bajo el principio de justicia universal sería fundamental para limitar el crecimiento y

¹¹⁶ Sentencia recaída en el Exp N° 04649-2009-PHC/TC-LIMA, de fecha 30 de noviembre de 2009. Las cursivas son nuestras.

¹¹⁷ Siendo viable para establecer medidas de seguridad, porque estas figuras preventivas no se rigen por la culpabilidad del sujeto sino por su peligrosidad.

¹¹⁸ ROXIN, Claus. *Ob. cit.*, p.867.

la potenciación de los mismos, sobre todo, cuando los mecanismos de cooperación internacional son tan lentos y sobre todo escasamente satisfactorios.¹¹⁹

Respecto al alcance del *principio real o de defensa* en los delitos de lavado de activos se aprecian dos requisitos: 1) el delito de lavado de activos debe cometerse en el extranjero y, 2) sus efectos deben producirse en el Perú. Para entender este último requisito debemos relacionarlo con el bien jurídico protegido que, en el delito de lavado de activos es el régimen jurídico socio-económico y financiero, concretamente la función de estabilidad económica, competencia empresarial leal e inversiones transparentes.

De esta manera, por *efectos* debe entenderse todo aquello que afecta o perjudica el orden económico, comercial o financiero del Perú mediante actos que pretendan buscar la licitud del delito de lavado de activos cometido en el extranjero. Creemos que restringir el término a lo que se entiende por *efectos* de acuerdo al artículo 2 de la Ley penal contra lavado de activos; es decir, como todo aquel producto o consecuencia patrimonial directa del delito, es político-criminalmente inconveniente.

Asimismo, debe tenerse en cuenta lo señalado por el *principio de ubicuidad* de la comisión del delito (art. 5 del CP), según el cual el lugar de la comisión del delito de lavado de activos es aquel en el cual el autor o partícipe ha actuado u omitido la obligación de actuar o en el que se produce sus *efectos*.

El *principio de ubicuidad* permite sancionar eficazmente a los *delitos de tránsito* y a los *delitos de distancia*. Ambas formas pueden ser asumidas por el delito de lavado de activos; por lo tanto, basta con verificar que bien se haya dado su actividad inicial, alguna fracción de la ejecución o se haya producido el resultado delictivo en el territorio del Perú, para que sea aplicable la ley penal peruana. Dado que esta modalidad delictiva tiene frecuentemente ejecución internacional, este cambio legislativo resulta muy adecuado para asegurar la competencia de la justicia peruana en casos cometidos en el exterior.

3. Problemas a nivel de la investigación preliminar

3.1. Aplicación del criterio del “delito precedente” en el delito contra el lavado de activos

Como hemos visto, de acuerdo a la estructura típica del delito contra el lavado de activos, se requiere para su configuración que los activos procedan de un delito previo o precedente que esté a su vez señalado en la misma ley penal especial. La estructura típica de lavado de activos es idéntica al delito contra el patrimonio en la modalidad de receptación (artículo 194 del CP). En este sentido, se exige por una parte de la doctrina que la determinación del delito previo generador de ganancias y de los posteriores actos de lavado, se encuentre precisada en sus coordenadas espaciales y temporales. Por tanto, por lo menos debe delimitarse: i) El contexto temporal de cuándo se cometió el supuesto delito previo: día, mes y año; y, ii) El contexto espacial: dónde se realizó el hecho delictivo.¹²⁰

¹¹⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. *Ob. cit.*, p.156.

¹²⁰ CASTILLO ALVA, José Luis. “La necesidad de determinación del “delito previo” en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 4, Octubre, 2009, p. 341. De acuerdo al principio de imputación adecuada, el delito de lavados de activos requiere, entre otros aspectos, que se indique y precise el delito previo, que se explique de manera puntual las circunstancias de tiempo, modo o lugar en el que el hecho presuntamente se cometió. (*Ibid.*, p.349).

Ha sido constatare en nuestras entrevistas con autoridades policiales, del Ministerio Público y del Poder Judicial constatar que uno de los problemas más saltantes para la imputación penal es precisamente la determinación de la existencia del delito previo, que consideramos no está resuelta y origina diferentes criterios en su aplicación.

Los problemas que se originan de la forma como está diseñado típicamente el delito contra el lavado de activos son diversos y de distinta naturaleza. La primera cuestión, radica en determinar si el delito previo debe estar plenamente probado o solo se necesita contar con indicios razonables de su comisión; la segunda, consiste en establecer cuál sería el plazo máximo que debe verificarse para que el delito previo no sea relevante penalmente a efectos de la configuración del delito de lavado de activos¹²¹; la tercera, está relacionada a conocer si el auto-lavado es o no punible.

La legislación, la jurisprudencia y la doctrina penal nacionales especializadas se han pronunciado solo parcialmente sobre uno de estos problemas, concretamente, se ha logrado determinar que el delito previo no necesariamente debe estar probado en un proceso penal o en un proceso que se encuentre en etapa de investigación preliminar, sino que es suficiente que existan *indicios razonables* de su comisión.

El término *indicio* se refiere a todo rastro, vestigio, huella o circunstancia y, en general, todo hecho conocido o mejor dicho de conocimiento comprobado; susceptible de llevarnos, por vía del razonamiento, al conocimiento de otro hecho desconocido. De este modo el indicio es una señal, indicación o dato factico objetivo, que se tiene como un hecho conocido, contrastado y aceptado en su existencia hacia otro desconocido. Son indicios las armas, instrumentos o cualquier otro medio utilizado para perpetrar el delito, el dinero, bienes u otros efectos provenientes de la actividad delictiva, los elementos materiales recogidos en la escena del crimen o los obtenidos mediante grabación, filmación, fotografía, vídeo, etc. El indicio es objetivo porque la información que proporciona es accesible a las partes y, por lo tanto, susceptible de contradicción, pero también se dice que es objetivo porque su credibilidad se sustenta en que la información proporcionada para tener credibilidad requiere que sea corroborada con otro dato distinto del indicio.

En el mismo sentido, el tercer párrafo del artículo 6 de la Ley N° 27765 (Ley Penal Contra el Lavado de Activos) señala: “En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigaciones, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria”.¹²² Lo establecido por la Ley penal especial traduce el carácter autónomo del delito de lavado de activos en relación al delito previo o subyacente. Sin embargo, este criterio no es lo suficientemente convincente dado que en cierto modo afectaría el principio de culpabilidad pues esta debe ser

¹²¹ El problema de la temporalidad de los indicios del hecho previo es considerado por las autoridades policiales como uno de los más importantes originado por la fórmula típica utilizada para el delito de lavado de activos, es decir, la posibilidad de investigar hechos previos con fecha anterior a la tipificación del delito de lavado de activos (informe para la Reunión del proyecto de 17 febrero 2011).

¹²² Para HINOSTROSA PARIACHI, César. “Consideraciones sobre la importancia del delito fuente en la estructura típica del lavado de activos”. En: *JUS Jurisprudencia. Comentarios la jurisprudencia y Práxis Jurídica*, N° 8, agosto de 2008, Grijley, p.164: esta previsión legal le parece desafortunada puesto que la forma de establecer la procedencia ilícita en términos más o menos confiables, es justamente a través de la realización, al menos, de una investigación fiscal, aunque no se trate de un proceso judicial.

demostrada en el marco de un procedimiento penal y no mediante presunciones o indicios.¹²³

Consideramos que una alternativa que debe estudiarse para evitar los problemas antes mencionados es que se reestructure la composición típica del delito de enriquecimiento ilícito (artículo 401 del CP) así, solo bastaría acreditar en el sujeto activo (cualquier persona) un incremento de su patrimonio respecto de sus ingresos legítimos y que no pueda justificarlo razonablemente. Esto implica extender la naturaleza del enriquecimiento ilícito a la categoría de delito de dominio (es decir, cometido no solo por funcionarios públicos).¹²⁴ Esta sería una alternativa al delito de lavado de activos.

Otra posibilidad sería subrayar el *origen mediato* del hecho delictivo previo. En la legislación comparada, este modelo de lavado de activos se puede encontrar en Latinoamérica en la legislación colombiana. En este sentido, el Código Penal Colombiano¹²⁵ en su artículo 323 tipifica al delito contra el lavado de activos de la siguiente manera:

El que adquiera, resguarde, invierta, transporte, transforme, custodie o administre bienes que tengan su *origen mediato*¹²⁶ o inmediato en actividades de extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, rebelión, tráfico de armas, delitos contra el sistema financiero, la administración pública, o vinculados con el producto de los delitos objeto de un concierto para delinquir, relacionadas con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, o les de a los bienes provenientes de dichas actividades apariencia de legalidad o los legalice, oculte o encubra la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre tales bienes, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de seis (6) a quince (15) años y multa de quinientos (500) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes [...].

El delito de lavado de activos proveniente del delito de contrabando

La Fiscalía de la Nación del Perú mediante Resolución N° 1364 – 2004 del 08 de octubre de 2001, establece en su artículo 1 que las investigaciones preliminares y en su caso las investigaciones judiciales por el Delito de Lavado de Activos previsto en la Ley N° 27765, serán de conocimiento de las Fiscalías Especializadas competentes para conocer el delito que genera la ganancia ilegal, las mismas que podrán realizarse de manera independiente, por ser este último un delito autónomo. Es así como se

¹²³ TOHOHAMA ARAAKAKI, Miguel. “El delito de lavado de activo. Referencia sobre el origen ilícito de los activos”. En: *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 17, noviembre de 2010, p.21. Posición diferente: JIMÉNEZ BERNALES, Juan Carlos. *Ob. cit.*, p.36.

¹²⁴ En la legislación penal colombiana se tipifica el enriquecimiento ilícito de particulares (artículo 347 del CP Colombiano del 2000) como delito: “El que de manera directa o por interpuesta persona obtenga, para sí o para otro, incremento patrimonial no justificado, derivado en una u otra forma de actividades delictivas incurrirá, por esa sola conducta, en prisión de noventa y seis (96) a ciento ochenta (180) meses y multa correspondiente al doble del valor del incremento ilícito logrado, sin que supere el equivalente a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes”. Sin embargo, constituye un delito distinto al de lavado de activos. La Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C-319 de 1996) ha establecido lo siguiente: “El ingrediente normativo que contiene el enriquecimiento ilícito de particulares, según el cual el incremento patrimonial debe ser derivado, en una u otra forma, de actividades delictivas, de manera alguna debe interpretarse en el sentido que deba provenir de un sujeto condenado previamente por el delito de narcotráfico o cualquier otro delito”. Citado por BAZZANI MONTOYA, Darío. *Ob. cit.*, p.53.

¹²⁵ Promulgado mediante Ley N° 599 publicada el 24 de julio de 2000.

¹²⁶ Las cursivas son nuestras.

determina el ámbito de investigación del delito de Lavado de Activos proveniente del Contrabando, encomendándose su conocimiento a las Fiscalías Especializadas en Delitos Aduaneros.

De acuerdo a la Ley de Delitos Aduaneros —Ley N° 28008¹²⁷—, constituyen delitos aduaneros: el delito de contrabando y sus modalidades. El contrabando es un acto ilícito que se configura con la evasión que realiza el agente al control aduanero. El ingreso de las mercancías producto del contrabando será destinado al comercio nacional lo cual va a generar ingresos económicos y a su vez serán destinados al circuito económico financiero. Es en este momento —cuando se trata de legitimar el dinero circulante obtenido de fuentes ilícitas (contrabando)— que se configura el delito de lavado de activos.¹²⁸

3.2. Direcciones de la Policía Nacional del Perú encargadas de la investigación de los delitos de lavado de activos y sus manuales operativos

Son varias las Direcciones de la Policía Nacional del Perú que se encargan de investigar los delitos de Lavado de activos. Entre ellas tenemos: La Dirección Antidrogas (DIRANDRO), Dirección Contra el Terrorismo (DIRCOTE), Dirección de Investigación Criminal (DIRINCRI), Dirección de la Policía Fiscal (DIRPOFIS) y la Dirección contra la Corrupción (DIRCORCOR).

Si bien recientemente el Ministerio del Interior ha creado la Dirección contra el Lavado de Activos dirigida a cumplir esta función y buscar uniformizar los procedimientos, en la práctica esta aún no terminado de implementarse, siguiendo cada dirección con un actuar autónomo.

Asimismo, de nuestras entrevistas con autoridades policiales se puede señalar que cada una de estas direcciones contaría con un manual operativo de investigación para el caso de lavado de activos, el mismo que se actualizaría cada año. Es de destacar que para la elaboración de estos manuales no interviene el Ministerio Público pues ellos consideran que su labor está referida a los temas jurídicos.¹²⁹

Debido a que no fue posible obtener un manual actualizado, citamos a continuación el Manual de Técnicas y Procedimientos de Investigación de Tráfico Ilícito de Drogas de la DINADRO-PNP de 1998,¹³⁰ en el que se establecen las *Investigaciones Financieras Contables*, que son un procedimiento policial especializado, utilizado para poner en evidencia la comisión del delito contra la salud pública, en relación al

¹²⁷ Esta ley fue publicada en el año 2003. Sus antecedentes normativos son: la Ley de delito aduanero N° 26461 y su Reglamento el Decreto Supremo N° 121-95 y la Ley General de Aduanas, aprobado por Decreto Legislativo N° 809 (19 de abril de 1996) y su reglamento, Decreto Supremo N° 112-96-EF.

¹²⁸ En el V Informe de Avance de la Evaluación Mutua de Perú presentado a la GAFISUD (Seguimiento Intensificado - Informe de la Secretaría Ejecutiva) a fines del 2010, se indica que se encuentran “en plena coordinación a nivel operativo para la realización de otra investigación conjunta con la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, en relación a un caso vinculado al delito de contrabando, como delito precedente del delito de lavado de activos”.

¹²⁹ Los peritos policiales entienden que los informes contables no establecen ningún tipo de responsabilidad penal y la labor del perito es determinar la existencia de desbalances patrimoniales en las personas naturales y desbalances financieros en las personas jurídicas y esta información es remitida a los “pesquisas” quienes realizan las tareas de precisar las presuntas responsabilidades penales (Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011).

¹³⁰ Resolución Directoral N° 4245-98-DGPNP/EMG. Del 03 de diciembre de 1998. Todo indica que no se habría actualizado (información obtenida en el Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011).

lavado de dinero producto del tráfico ilícito de drogas. En este documento se señala, lo siguiente:

3.2.1. Requisitos

- a. Inteligencia financiera.
- b. Presencia del representante del Ministerio Público para que garantice las operaciones de incautación de bienes muebles e inmuebles.
- c. Formulación del Plan de Trabajo en donde se detalle la misión, funciones, tareas y/o actividades por cumplir por parte del personal policial que interviene.
- d. Autorización judicial para la apertura de la investigación financiera.

3.2.2. Competencia

- a. Fiscalía de turno
- b. Juzgado Penal de turno

3.2.3. Etapas del procedimiento

- a. *Investigaciones propias*
 - 1) Obtención de la información sobre lavado de dinero o testaferrato provenientes del TID:
 - (a) Obtención de información.
 - (b) Uso de informantes o confidentes.
 - (c) Verificación de la empresa, análisis y evaluación de los reportes de las propias empresas.
 - 2) Confección del plan de trabajo para la investigación de la comisión del delito de lavado de dinero, blanqueo de fondos y/o enriquecimiento ilícito provenientes del TID.
 - 3) Comunicar con el oficio correspondiente al Fiscal Especial en delitos de TID, sobre la apertura de la investigación financiera.
 - 4) Efectuar las diligencias de inteligencia financiera, para establecer la continuidad del delito de lavado de dinero, blanqueo de fondos y/o enriquecimiento ilícito provenientes del TID.
 - 5) Investigación financiera propiamente dicha, a través del análisis y evaluación de las informaciones obtenidas, a fin de establecer la comisión del delito de lavado de dinero.
 - 6) Solicitar al Fiscal de la Nación por conducto del FETID con los indicios razonables establecidos, el levantamiento del secreto bancario, bursátil y reserva tributaria.
 - 7) Recepción de manifestaciones de los implicados, comprendidos en la comisión del delito investigado, con participación del Representante del Ministerio Público.
 - 8) Auditoría contable efectuada por la Unidad Técnico Financiera, que evacuará el Informe Contable correspondiente.
 - 9) Detención de las personas involucradas en la comisión del delito de lavado de dinero, blanqueo de fondos y/o enriquecimiento ilícito provenientes del TID.
 - 10) Notificación de detención al intervenido, con la papeleta de detención respectiva.

- 11) Comunicación sobre la detención al Juez Penal Especializado en delito de TID, así como a la Fiscalía Especializada que tiene conocimiento de la investigación.
- 12) Registro domiciliario para determinar la presencia de documentación, moneda nacional y/o extranjera, droga, armas, municiones y explosivos, etc., con presencia y participación del Representante del Ministerio Público, formulando las actas a que hubiere lugar.
- 13) Si se encontrara dinero, se levantará el acta correspondiente (indicando si es moneda nacional o extranjera y número de los billetes), posteriormente será empozado al Banco de la Nación a la cuenta madre N° 00-000-246433 y 06-000-026415 respectivamente.
- 14) Solicitar el examen toxicológico, ectoscópico, reconocimiento médico legal y otros, para los detenidos.
- 15) Incautación de los bienes patrimoniales, vehículos, naves, aeronaves y otros afines, producto de la comisión del testaferrato y/o lavado de dinero provenientes del TID, formulándose el Acta de Inventario e Incautación, firmando todos los intervinientes.
- 16) Entrega a la OFECOD de todos los bienes patrimoniales incautados con el acta respectiva, firmando los participantes la conformidad.
- 17) Formulación del Atestado Policial respectivo consignando todos los actuados y su remisión a la Fiscalía con el oficio correspondiente; significando que en los casos que hubiera detenidos, estos serán previamente sometidos al reconocimiento médico legal, dosaje etílico, examen toxicológico, ectoscópico; de presentarse incautaciones de moneda nacional y/o extranjera, serán sometidos a los exámenes físico químico y grafotécnico, respectivamente. El Atestado Policial formulado irá ilustrado con un paneaux fotográfico.

b. Entidades Públicas a las que se solicita información

- 1) Antecedentes:
 - a) DIRIPO (Mediante cuaderno y Oficio según el caso).
 - b) DIVRQ (Mediante oficio).
 - c) OINT-DINANDRO (Mediante cuaderno).
 - d) DINCOTE, DIRIN (Mediante oficio y cuaderno según el caso).
 - e) INTERPOL-LIMA, DISCAMEC (Mediante oficio).
 - f) Otras que se estime por conveniente.
- 2) Otras informaciones
 - a) Municipalidades a nivel nacional.
 - b) Licencia de funcionamiento.
 - c) Propiedades que puedan tener con el número Municipal.
 - d) Declaración de autovalúo (copia).
 - e) Declaración jurada de terreno sin construir (copia).
- 3) Registros Públicos
 - a) Bienes inmuebles, terrenos y otros de las personas investigadas (certificados positivos y negativos).
 - b) Ficha de registro de propiedad de inmueble.
 - c) Ficha de registro de propiedad de personas jurídicas o empresas (certificado de gravamen de ficha mercantil, certificado de gravamen de tomo-mercantil).

- d) Otorgamiento de poderes y mandatos.
- e) Constitución de empresas y/o sociedades.
- f) Registro mercantil, registro de propiedades mercantiles.
- 4) SUNAT (Superintendencia Nacional de Administración Tributaria):
 - a) Declaraciones juradas.
 - b) Pago Anual de impuesto a la renta y patrimonio de las personas y/o empresas investigadas.
- 5) SUNARP (Superintendencia Nacional de Registros Públicos):
 - Registro de Inscripción de propiedades, de Constitución de Empresas y Sociedades, de Poderes y Mandatos de las personas y/o empresas investigadas.
- 6) SUNAD (Superintendencia Nacional de Administración de Aduanas):
 - Pólizas de importación de bienes, vehículos y otros, de las personas naturales y jurídicas investigadas.
- 7) RENIEC (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil del Perú) (Ex-Registro Electoral):
 - Generales de ley de personas y copia de la ficha de inscripción.
- 8) Ministerio de Agricultura (Oficina de Registro Rural):
 - Registro de inscripción de fundos y adjudicaciones de terrenos.
- 9) Ministerio de Transporte y Comunicaciones:
 - a) Dirección General de Transporte Terrestre. Registro de vehículos, proporcionando las correspondientes fichas.
 - b) Dirección General de Transporte Aéreo:
 - Registro de compañías, aeronaves, proporcionando la razón social de la empresa, los accionistas, material aeronáutico, pilotos, si cuenta con radio T/R para sus operaciones, permiso de aeronavegación, zonas de operación, ubicación de sus oficinas tanto en Lima como en provincias y si se encuentra asegurada, en cuál Compañía de Seguros, etc.
 - c) Dirección General de Transporte marítimo.
 - Registro de compañías, embarcaciones, proporcionando datos de la misma o quienes son los accionistas, nombre o razón social de la compañía, número de embarcaciones, capacidad y otros.
 - d) Dirección del Parque Automotor y Circulación Vial:
 - Registro de vehículos, proporcionando el respectivo Certificado de Gravámenes.
- 10) Capitanía del Puerto del Callao y otros a Nivel Nacional:
 - Registro y movimiento de las naves y de las personas naturales y/o jurídicas investigadas.
- 11) DIROVE:
 - Registro de vehículos, proporcionando las correspondientes fichas.
- 12) INTEPROL, DEA-USA, SIN, OINT-DINANDRO, DINCOTE, DIEX-DINSE, DISCAMENC:
 - Antecedentes referenciales.
- 13) DIRMIN:
 - Movimiento migratorio de las personas.
- 14) DIVRQ:

Posibles requisitorias de las personas.

- 15) Compañía Telefónica del Perú, Celular 2000, SEDAPAL, ELECTROSUR, ELECTRONORTE, ELECTROCENTRO:
Registro de teléfono o celular, medidor de agua, luz, en donde figuren las generales de ley.

c. *Diligencia por efectuarse durante las investigaciones financieras*

- 1) Relacionadas con las personas naturales:
 - a) Información sobre sus generales de ley en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil a fin de identificarlas plenamente.
 - b) Analizar las declaraciones juradas de rentas correspondientes a los ejercicios materia de investigación; información obtenida a través de la autoridad judicial.
 - c) Analizar las fichas de inscripción proporcionadas por los Registros Públicos, sobre propiedad de inmuebles que pudiera poseer la persona investigada, así como sus familiares o personas allegadas (testaferros).
 - d) Información a la Dirección de Circulación Terrestre, Aérea y Marítima del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; y Capitanía de Puertos, sobre la inscripción de vehículos, aeronaves y naves, a nombre de las personas investigadas.
 - e) Analizar el movimiento de las cuentas bancarias que pudiera tener la persona investigada en bancos y entidades financieras tanto en MN como ME; gestionando ante la SBS los estados mensuales, por intermedio de la Fiscalía de la Nación.
 - f) Analizar los autovalúos proporcionados por las Municipalidades, de las personas investigadas y posibles testaferros.
 - g) Solicitar informaciones referenciales por TID de las personas investigadas a la DEA, INTERPOL, SIN, DIRIN, OINT-DINANDRO, DIRIPO, RQDIVAJ, DIEX-DINSE, etc.
 - h) Analizar los movimientos migratorios de los investigadores DIRMIG.
 - i) Solicitar al MITINCI sobre la existencia de empresas a nombre de los investigados.
 - j) Si la persona natural es propietaria de negocios formalmente establecidos, se debe efectuar el estudio contable correspondiente en los libros de contabilidad y documentación sustentatoria de la empresa, a efectos de determinar el volumen de participación en dinero, títulos y valores que posee.
 - k) Analizar cualquier otra documentación de ingresos y egresos de dinero, que haya sido objeto de incautación durante el registro domiciliario.
- 2) Relacionadas con las personas jurídicas:
 - a) Analizar las escrituras públicas (testimonios) de constitución, aumento de capitales, y modificación de estatutos de las empresas investigadas.
 - b) Tratándose de sociedades anónimas se debe analizar el libro de acciones y transferencias.

- c) Analizar las fichas de inscripción de circulación aérea, marítima y terrestre del MTC y Capitanías de Puertos.
 - d) Analizar los libros de actas tanto de la junta General de Accionista como de Directorio, a efectos de tomar conocimiento de acuerdos que pudieran tener relación con los hechos que se investigan.
 - e) Estudio de las declaraciones juradas de impuesto a la renta y al patrimonio empresarial de los años que son materia de investigación; documentación obtenida a través de la autoridad judicial.
 - f) Análisis y verificación de los libros de contabilidad y documentación sustentatoria de la empresa investigada, por el período materia de investigación incidiendo en aquellas operaciones más significativas, por su monto.
 - g) Análisis de los movimientos de cuentas bancarias de la empresa en bancos y entidades financieras, en MN y ME, por el período que se investiga; información obtenida de la SBS a través de la Fiscalía de la Nación.
 - h) Establecer la comisión de delito de lavado de dinero, blanqueo de fondos o enriquecimiento ilícito, a través de transacciones económicas en la banca privada, contrabando de bienes, especulaciones financieras, compra de bienes raíces, adquisición de empresas legalmente constituidas con fines de blanqueo de fondos y montaje de empresas de servicios (agencias de viajes, casa de cambios, etc.).
 - i) Formulación del Atestado Policial respectivo, ilustrado con un paneaux fotográfico.
- 3) Diligencias Contables:
- a) Análisis y evaluación de los libros y documentos varios de carácter contable que signifiquen inversiones, compras de bienes raíces, adquisición de empresas legalmente constituidas, montaje de empresas de servicios (agencias de viajes, casas de cambio, etc.) y toda transacción económica financiera en la banca, que se presuma provenga del TID.
 - b) Estudiar y analizar el movimiento contable económico y financiero de las empresas u organizaciones que se presuma estén vinculadas al TID.
 - c) Análisis y evaluación de las declaraciones juradas del impuesto a la renta de personas naturales y jurídicas.
 - d) Análisis y evaluación de la documentación proporcionada por las diferentes fuentes de información y comparación con las anteriores.
 - e) Formular los informes contables como resultado de las investigaciones contables efectuadas tanto a personas naturales como jurídicas.

3.3. El SPLAFT y los informes de la UIF-Perú

La Ley N° 27693 creó la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) debido a exigencias de las convenciones y acuerdos internacionales ratificados por el Perú. La UIF está encargada de sistematizar, procesar y transmitir a las autoridades

competentes sobre posibles actos de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo. Esto lo hace a partir de la información que recibe por parte de los obligados a informar. La Ley N° 29038, señala expresamente las personas naturales o jurídicas que están obligadas a informar a la UIF-Perú.

Por otro lado, el artículo primero de la Resolución SBS N°6561-2009- norma que modificó el artículo 12 de la Resolución SBS N° 838-2008-, publicado el 26 de junio de 2009, estableció el deber de toda empresa financiera a realizar un análisis de riesgo asociado a su perfil de operaciones o segmento del mercado; limitó el alcance de dicha evaluación a determinar la necesidad de establecer un umbral menor para el registro de operaciones, disponiendo la facultad de las empresas del sistema financiero para fijar internamente umbrales menores a los establecidos por la ley.

El artículo 4 de la Resolución SBS 838-2008 establece que la finalidad del SPLAFT (*Sistema de prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo*) es otorgar a las empresas del sector financiero la capacidad de detectar las operaciones inusuales y prevenir o detectar operaciones sospechosas de forma oportuna a fin de comunicarlas a la UIF-Perú.

Deeste modo, las empresas del sistema financiero se convierten en una de las principales fuentes de noticia criminal de operaciones vinculadas al Lavado de Activos y al Financiamiento del Terrorismo, al encontrarse sujetas a la función de comunicación de operaciones ilegales. Asumen, por lo tanto, una posición garantista frente al SPLAFT, el cual las somete al cumplimiento de deberes positivos concretos frente a la concurrencia de estas actividades delictivas.¹³¹

Estas políticas de conocimiento del cliente impuestas por la regulación administrativa de prevención del Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, englobarán medidas de reconocimiento del cliente y de validación de la información, que no solo contribuirán a la proyección del comportamiento transaccional, sino también a la clasificación del cliente en categorías específicas de riesgo.¹³²

3.4. La figura del oficial de cumplimiento en el marco del SPLAFT

En este contexto de planificación del Proyecto de Prevención para el Lavado de Activos y Financiamiento al Terrorismo e implementación interna del SPLAFT por parte de cada institución financiera, se ha advertido la necesidad de la designación de una persona calificada que se dedique a vigilar e impulsar el cumplimiento de las políticas y procedimientos del SPLAFT.

De esta manera, el numeral 1 del artículo 19 del Decreto Supremo N° 018-2006-JUS y el artículo 21 de la Resolución SBS N° 838-2008 disponen el nombramiento de un Oficial de Cumplimiento (OC). Le asigna tareas de vigilancia, comunicación y verificación del cumplimiento del SPLAFT: revisión de las *listas negras* publicadas por los organismos internacionales, control de las operaciones comunicadas por el personal como inusuales, calificación de las operaciones inusuales como

¹³¹ SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. “El deber de compliance en la prevención del lavado de activo y financiamiento del terrorismo en el ámbito financiero peruano”. En: *Gaceta penal & procesal penal*. Tomo 17, noviembre de 2010, p.43.

¹³² SALCEDO MACHADO, Rocío del Pilar. *Ob. cit.*, p.45.

sospechosas, emisión del Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS) en representación de la empresa, interlocución con UIF en representación de la empresa y emisión de informes respecto a la situación del SPLA ante el Directorio (informes trimestrales) y la UIF-Perú (informes semestrales), entre otras.¹³³

Asimismo, el Acuerdo Plenario N° 3-2010 en relación al valor probatorio de los anexos de los informes de la UIF-Perú considera que:

La información que sustenta el informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional como medio probatorio, salvo que la UIF-Perú autorice expresamente sus anexos, que es el sustento de la información proporcionada. El emplazamiento judicial de un funcionario de la UIF-Perú solo procede respecto de los documentos que obren en autos y que han sido autorizados por esa institución para constar en ellos.¹³⁴

Para algunas investigaciones, el Área Técnico-contable del Departamento de Lavado de Activos de la DIRANDRO PNP ha recibido a través del Ministerio Público informes de la Unidad de Inteligencia Financiera, los cuales consideran operaciones bancarias de los últimos años; por ejemplo si la investigación comprende el periodo 2000-2010, el Informe de la UIF reporta sólo las operaciones de los años 2009 y 2010, pese a existir años atrás movimientos significativos de dinero como transferencias del y al exterior, depósitos considerables en efectivo, entre otras. En opinión de las autoridades policiales, sería de mucha utilidad para las investigaciones preliminares que en los Informes de la UIF se incluyan las operaciones inusuales y sospechosas de periodos más amplios, lo que permitiría agilizar la labor del perito, teniendo en consideración que los reportes recibidos como producto del levantamiento del secreto bancario registran un alto número de transacciones en el periodo que se investiga.¹³⁵

3.5. El plazo razonable de la investigación preliminar en el delito contra el lavado de activos

También producto de nuestras entrevistas, tanto las autoridades policiales¹³⁶ como las del Ministerio Público coinciden en que otro de los problemas más saltantes para la investigación preliminar del delito de lavado de activos está representado por los términos procesales señalados para la investigación.

¹³³ *Ibíd.*, p.47.

¹³⁴ Acuerdo Plenario N° 3 -2010/CJ-116 (“El Delito De Lavado de Activo”). De fecha 16 de noviembre de 2010. F.J. 38

¹³⁵ Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011.

¹³⁶ De acuerdo a las autoridades policiales, por lo general los plazos señalados por los fiscales no se ajustan a la realidad, ya que no se toma en cuenta la cantidad de las personas naturales investigadas, ni la envergadura de las operaciones comerciales de las personas jurídicas, además de la demora en la entrega de los documentos por parte de los investigados, por las entidades obligadas, tales como: SUNAT, SUNARP, SBS, entre otras, agregándose el hecho de no tomar en cuenta el número de profesionales con lo que se cuenta para las investigaciones contables. Recientemente, debido al déficit de profesionales que tienen a su cargo las investigaciones contables en la DIRANDRO PNP, la Fiscalía dispuso que los Peritos del Ministerio Público conjuntamente con los del Departamento de Lavado de Activos-DIVINESP-DIRANDRO PNP, formulen las pericias contables; disposición que por primera vez se ha puesto en práctica, generándose ciertos inconvenientes, principalmente en lo concerniente al “factor confianza”, toda vez que estuvo en discusión en qué instalación se desarrollarían estas y por consiguiente bajo custodia de quién se encontrarían los documentos remitidos por los investigados. Finalmente, el trabajo se llevó a cabo en la DIRANDRO PNP. Además de este problema, surgieron discrepancias en la metodología y criterios a aplicarse en el trabajo pericial (Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011).

El concepto de plazo razonable no resulta de sencilla definición. Pero es una exigencia del Estado de Derecho que la justicia se administre sin dilaciones indebidas.¹³⁷ Son conocidos los casos contra el lavado de activos de muy larga duración (el caso Hayduk duró aprox. hasta 13 años). Desde esa perspectiva se pueden invocar los tres elementos que ha señalado la Corte Europea de Derechos Humanos en varios fallos, para determinar la razonabilidad del plazo: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de autoridades judiciales.¹³⁸

El derecho al plazo razonable en nuestro ordenamiento jurídico es un derecho innominado¹³⁹ —lo cual no impide su aplicación— cuya introducción en nuestra legislación nacional es consecuencia de la suscripción de diversos tratados de Derechos Humanos que obligan al Estado a su inclusión como derecho fundamental. Los instrumentos internacionales que incorporan el plazo razonable como derecho son:

- a) La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en sus artículos 18 y 24.
- b) La Convención Americana de Derechos Humanos, en sus artículos 7 numeral 5 y 8 numeral 1.
- c) La Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 5 numeral 3.

Asimismo, se ha incorporado en el artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Penal, siendo también consagrado por nuestra jurisprudencia.¹⁴⁰

El plazo razonable puede ser entendido desde dos ámbitos, uno dirigido a la fase de investigación —comprende la determinación de la razonabilidad de la duración del procedimiento de investigación— y otro al proceso penal —comprende la determinación del plazo del proceso penal, expandiendo su campo de actuación a los plazos de la prisión preventiva—.

3.5.1. Criterios para la determinación del plazo razonable en la investigación fiscal respecto al delito de lavado de activos

¹³⁷ SALADO OSUNA, Ana. “El plazo razonable en la administración de justicia: una exigencia del Convenio (Art. 6.1. CEDH)”. En: GARCÍA ROCA, Javier y Pablo SANTOLAYA (Coordinadores). *La Europa de los Derechos: El Convenio Europeo de Derechos Humanos*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.265.

¹³⁸ MALJAR, Daniel. *El proceso penal y las garantías constitucionales Ad-Hoc*. Buenos Aires, 2006, p.72; SANTA PARRA, Judas. *Libertad inmediata por vencimiento de términos*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez, 2009, p.15; FILIPPINI, Leonardo y Marcela MARTÍNEZ. “El plazo razonable de las investigaciones”. En: PLAZAS, Florencia y Luciano HAZAN (Compiladores). *Garantías constitucionales en la investigación penal*. Buenos Aires: Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, pp.265-266.

¹³⁹ De manera contraria se pronuncia PASTOR, Daniel. *El plazo razonable en el proceso del estado de derecho Ad-Hoc*. Buenos Aires, 2002, p.375: quien sostiene que en estos casos: “se debe llegar inexorablemente a la conclusión de que ya para satisfacer en general el principio de sujeción a normas, que gobierna la estructura de los Estados de derecho avanzados, es preciso que el significado concreto del derecho del plazo razonable esté determinado por la ley, tanto en cuanto a la fijación de su duración como en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de traspassarlo”.

¹⁴⁰ Nuestra jurisprudencia ha sostenido que: “el plazo razonable de juzgamiento, el cual constituye un derecho fundamental de todo individuo conforme lo establecen los artículos 18 y 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y el artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, cuyo antecedente se encuentra en el Tratado de Roma de 1950, por tanto, el órgano de administración de justicia debe concluir con el procesamiento penal de una persona dentro de los plazos establecidos por la ley procesal penal vigente”. Ejecutoria Superior, del 6 de junio de 2007. Exp. N° 42-2003-F3.

En el Perú, la labor del fiscal ha estado siempre rodeada de inconvenientes, como por ejemplo: falta de personal, recursos, infraestructura, complejidad de los ámbitos de investigación, pluralidad de investigados, entre otros, que son elementos comunes al sistema de justicia peruano¹⁴¹. Esta realidad coincide con el hecho que ni nuestro Código de Procedimientos Penales de 1940 ni la Ley Orgánica del Ministerio Público hayan definido un plazo máximo legal taxativo para la investigación.

En este sentido, se ha considerado al plazo razonable como un criterio flexible cuyo establecimiento corresponde a los mismos encargados de cumplirlo. Lo antes señalado no implica que en nuestro país no hayan existido esfuerzos para establecer parámetros que determinen el plazo razonable, así, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias sentencias (Exp. N° 06079-2008-PHC/TC. Lima, Exp. N° 2798-04-HC/TC. Lima, Exp. N.° 3771-2004-HC/TC. Piura, 6167-2006-PHC/TC. Lima, N° 6390-2006-PA/TC. Lima Exp. N° 7624-2005-HC/TC. Lima, Exp. N° 594-2004-HC/TC. Lima, Exp. N° 05228-2006-HC/TC), determinando los criterios para evaluar la razonabilidad del plazo de investigación, los que se precisan a continuación.

3.5.1.1. Criterio objetivo¹⁴²

Este criterio se encuentra vinculado a la complejidad del asunto investigado. Este punto constituye un motivo absolutamente razonable y objetivo para introducir una pauta de diferenciación. La regla de la complejidad sería: a más complejidad, mayor será el tiempo que se invierta en la investigación y enjuiciamiento de un caso.¹⁴³

Del párrafo anterior se desprende que a través de la “complejidad” se va a determinar la gravedad de los delitos, de ahí su relación principal con la criminalidad organizada. Pero, ¿qué debe entenderse por complejidad? Al respecto, el fundamento del voto del Magistrado Mesía Ramírez en el caso Antauro Humala Tasso, es particularmente ilustrativo:

[...] viene determinada por las circunstancias de jure y de facto del caso, que a su vez, alternativamente, pueden estar compuestas por: a) el establecimiento de los hechos, los cuales pueden ser complejos; b) el análisis jurídico de los hechos acerca de los cuales se ha producido el proceso penal; c) la prueba de los hechos, la cual puede ser difícil, necesariamente prolongada o complicada; d) la pluralidad de agraviados o inculpados, con sus respectivas posiciones y razonamientos; e) la gravedad de los hechos; f) la jurisprudencia cambiante y contradictoria; y g) la legislación ambigua o incierta.¹⁴⁴

Corresponde pues analizar los principales factores enunciados:

a) La naturaleza y cantidad de hechos investigados

¹⁴¹ Las fiscalías especializadas en criminalidad organizada tienen un promedio de trescientas investigaciones por lavado de activos (Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011).

¹⁴² CÁCERES JULCA, Roberto. “El plazo razonable en la investigación fiscal. Especial referencia a las investigaciones por delito de corrupción de funcionarios”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*. Tomo 12, junio de 2010, pp.264 y ss.

¹⁴³ SAN MARTÍN CASTRO, César. E. “Plazos, causas complejas y derecho transitorio en el proceso penal”. En: *Actualidad Jurídica*. Tomo 151. Lima: Editorial Gaceta Jurídica, 2002, p.20.

¹⁴⁴ Exp. N° 01680-2009-PHC/TC Lima. Asunto Antauro Humala Tasso y Otros. Fundamento del voto del Magistrado Mesía Ramírez.

La naturaleza y la cantidad de hechos que se investigan son factores de gran relevancia al momento de determinar el tiempo de duración de las investigaciones, debido a que se trata de investigaciones de delitos complejos –como es el caso del delito de lavado de activos– en las que se requiere una estrecha colaboración con otros órganos del Estado (como la SBS, SUNAT, SAT) y entidades particulares (Bancos, etc.) a efectos de poder recopilar la información necesaria (como la que deriva del levantamiento del secreto bancario, de la reserva tributaria o de la reserva bursátil). Así, el principal problema es la ubicación y recopilación de los elementos de prueba y el tiempo que ello acarrea.

La naturaleza del delito de lavado de activos implica un alto grado de complejidad, pues la investigación del origen ilícito de bienes o recursos es por lo general la consecuencia de actividades delictivas previas realizadas en marcos temporales diversos o afines, como por ejemplo, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, la trata de personas, etc., que en la praxis suelen estar vinculados. Esto significa que además de la imputación primigenia por lavado de activos existan otras imputaciones derivadas de la forma en que se adquirió el patrimonio, cada una de ellas requiere ser abordada de manera individual como de manera conjunta, esto con la finalidad que los actos de investigación tiendan a determinar cada una de las hipótesis de trabajo propuestas, así como las variables independientes que surjan de estas y que ameritan un desarrollo cuidadoso de todas las premisas.

b) La pluralidad de personas investigadas

Cuanto mayor sea la cantidad de personas investigadas o agraviadas –según sea el caso– mayor será el tiempo a establecer por el órgano de investigación para llevar a cabo las diligencias necesarias. A estos factores de concurrencia de personas, se le puede sumar también factores de tiempo, porque a mayor tiempo de la comisión del delito —lavado de activos— más difícil será la tarea de investigación por parte del fiscal, lo que de manera segura repercutirá en el tiempo de duración de dicha investigación.

c) Los recursos con que se cuenta

De la misma forma, para la adopción del plazo razonable deberá tomarse en cuenta no solo la intervención de un solo organismo —como el Ministerio Público— sino también la cooperación entre los organismos encargados de actuar contra el delito de lavado de activos, tales como la SBS, a quien el fiscal acude para el levantamiento del secreto bancario, el que tiene que darse dentro del marco temporal que permita el desarrollo más eficiente de la investigación; la UIF que tiene el deber de poner en conocimiento del Ministerio Público las transacciones sospechosas; entre otras. Además, cada organismo deberá contar con la infraestructura y el personal especializado para estos casos, cuestiones que no están suficientemente desarrolladas en nuestro país.

A nuestro entender, la solución más viable para estos casos de delitos complejos — como el lavado de activos— es la realización de *investigaciones conjuntas*, entre el Ministerio Público y la UIF. En todo caso, la manera como entrega la información la UIF al Ministerio Público es determinante para el éxito de la investigación preliminar. Para las autoridades del Ministerio Público, existe en la UIF una “mentalidad estadística” en la remisión de los supuestos de operaciones sospechosas (es decir se remiten casos individuales que suman, pero que en realidad son parte de

un solo caso complejo). Los Fiscales insisten que esa mentalidad debe cambiar, de manera que la UIF les envíe *casos* y no solo informaciones independientes que solo responden a ese criterio estadístico. Esto hace muy necesario el trabajo conjunto, dado que se requiere la autorización de la UIF para realizar estas investigaciones conjuntas (Ley que crea la UIF N° 27693 de 12 abril 2002, art. 3 inc. 7). En todo caso, debe promoverse que estas investigaciones conjuntas sean más frecuentes; la necesidad de estructurar de manera adecuada la teoría del caso por parte de los fiscales, hace necesaria esta forma de actuar en materia de investigaciones por lavado de activos.

3.5.1.2. Criterio subjetivo

Este criterio implica tener en cuenta un conjunto de factores:

a) La incomparecencia no justificada a las citaciones efectuadas

Los actos de incomparecencia no justificados del investigado o de su abogado a las diligencias a las que son convocados son un factor importante a ser tomado en cuenta, porque ello trae como consecuencia la pérdida de tiempo, que en algunos casos es imposible de recuperar, acarreando retraso en la investigación.

b) El ocultamiento o negativa injustificada a entregar información que sea relevante para el desarrollo de la investigación

No es ajeno que en el proceso penal la parte investigada oculte elementos de prueba necesarios para la investigación o manifieste su negativa a la entrega de información, buscando que el fiscal se desvíe de los elementos de prueba principales, obstruyendo y ampliando el tiempo de investigación.

Dichas actuaciones hacen complicada la labor de investigación por parte del fiscal, quien requerirá generalmente más tiempo para la identificación de las fuentes y elementos de prueba. No en pocos casos el imputado o su abogado podrían ocultar documentación que ayude a determinar la existencia de un desbalance patrimonial o su vinculación con el delito fuente.

c) Todas aquellas conductas destinadas a desviar o evitar que los actos de investigación conduzcan a la formalización de la denuncia penal

Este punto se identifica con las frustraciones provocadas por la parte investigada, sea por medio de afectación a las diligencias dispuestas por el fiscal, o a los elementos de prueba. En este caso el investigado busca evitar el esclarecimiento de los hechos. Por ejemplo –en relación al delito de lavado de activos– el investigado que crea elementos de justificación del desbalance de su patrimonio, pero en caso que no pueda, busca distraer la atención del órgano de investigación dándole falsas pistas (indicios de otras empresas en el extranjero, etc.), con la finalidad de provocar retraso en la investigación. Generalmente también se da en casos donde el imputado brinda información falsa sobre el origen del patrimonio.

d) La recurrencia a la mala fe en la actividad procesal del investigado

Son actos pre-procesales tendientes a dilatar injustificadamente la continuación o la finalización de la investigación. Por ejemplo, cuando la parte investigada plantea un habeas corpus por plazo razonable para ganar tiempo, o cuando se opone a las actuaciones de medios de prueba, o cuando solicita actuaciones de medios de prueba inoficiosas.

Se trata de un elemento que se aprecia a partir de los actos del investigado o de su defensa tendientes a dilatar o retrasar la investigación. Esto se denomina defensa obstruccionista.¹⁴⁵ Todo esto tiene que ver con la frecuente actuación maliciosa de defensores cuyo control está regulado en normas administrativas.¹⁴⁶

3.5.2. El plazo razonable en la investigación fiscal en el nuevo Código Procesal Penal

La investigación en el Código Procesal Penal, a diferencia del Código de Procedimientos Penales de 1940, si cuenta con plazos definidos; así el artículo 342 del Código Procesal Penal señala que el plazo de la Investigación Preparatoria es de *120 días naturales*. Solo por causas justificadas, dictando la disposición correspondiente, el Fiscal podrá prorrogarla por única vez hasta por un máximo de sesenta días naturales. Este plazo corresponde a los procesos comunes.

Para las investigaciones complejas —señala el artículo en mención— el plazo de la Investigación Preparatoria es de *ocho meses*, que puede ser prorrogado por otros ocho meses previo requerimiento fiscal debidamente motivado, siendo el Juez de la Investigación Preparatoria quien mediante auto determinará su procedencia.

A este plazo se le suma los 20 días asignados a la investigación preliminar conforme lo establece el artículo 334.2 del CPP, término que puede extenderse por un plazo no *mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria*¹⁴⁷ tal y como lo ha interpretado la Corte Suprema en la Casación N° 02-2008-La Libertad, de fecha 3 de junio de 2008.

Merece precisarse que el artículo 344 prevé dos tipos de plazos: uno ordinario cuyo máximo es de 120 días o 4 meses conforme lo establece el artículo 334.1 del CPP. Mientras que el artículo 334.2 del CPP establece un plazo máximo de 8 meses para casos complejos.

Un análisis extensivo de la Ejecutoria Suprema acorde con el tipo delictivo objeto de estudio nos permite concluir que el plazo que debe aplicarse es el que corresponde a

¹⁴⁵ El Tribunal Constitucional ha sostenido que “resulta importante distinguir entre el uso regular de los medios procesales que la ley prevé y la llamada defensa obstruccionista caracterizada por todas aquellas conductas intencionalmente dirigidas a obstaculizar la celeridad del proceso, sea la interposición de recursos que, desde su origen y de manera manifiesta, se encontraban condenados a la desestimación, sea las constantes y premeditadas faltas a la verdad que desvíen el adecuado curso de las investigaciones, entre otros. En todo caso, corresponde al juez penal demostrar la conducta obstruccionista del procesado”. Exp. N° 4124-2004-HC/TC. Lima, 29 de diciembre de 2004.

¹⁴⁶ El artículo 112 del Código Procesal Civil; Artículo 1 y 5 del Código de Ética de los Colegios de Abogados del Perú; Artículo 184 y 292 de la LOPJ.

¹⁴⁷ Fundamento Décimo Segundo: “Que, finalmente es necesario precisar que si bien los plazos referidos son distintos, es fundamental establecer que el plazo de las denominadas diligencias preliminares y fundamentalmente el plazo adicional al de los veinte días que el artículo trescientos treinta y cuatro le autoriza al Fiscal en casos que por sus características revistan complejidad, no debe ser uno ilimitado y, si bien es cierto, en este extremo de la norma no se precisa de manera cuantitativa cual es su límite temporal, también es verdad que ello no puede afectar el derecho al plazo razonable que constituye una garantía fundamental integrante del debido proceso; que por lo demás, deben entenderse como excepcionales, ponderándose el plazo máximo de duración atendiendo a criterios de orden cualitativos conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse siempre presente que las diligencias preliminares tienen como finalidad inmediata realizar los actos urgentes o inaplazables conforme dispone el artículo trescientos treinta de la ley procesal penal y que por estas consideraciones, la fase de diligencias preliminares *no podría*, en la hipótesis más extrema, *ser mayor que el plazo máximo de la Investigación Preparatoria* regulado en el artículo trescientos cuarenta y dos de la ley procesal penal”. Casación N° 20-2008-La Libertad, Lima 3 de julio de 2008.

los procesos complejos, conforme lo hemos sustentado al analizar el criterio objetivo, por tanto, la investigación preliminar no debe durar más de 8 meses.

En buena cuenta, en casos de delitos complejos el plazo máximo de investigación — concepto que integra la investigación preliminar y preparatoria— es no mayor de 24 meses. Precisamos que este plazo es el máximo disponible para investigar un delito, sin embargo, el derecho al plazo razonable no se refiere a plazos máximos, sino a los términos temporales necesarios para cumplir en su integridad con la investigación, por tanto, la regla es que se culmine las investigaciones en términos temporales menores.

Respecto de los términos de inicio y finalización de la investigación preparatoria el Tribunal Constitucional en el asunto Gutiérrez Díaz:

[...] ha precisado que el *término inicial* del cómputo del plazo razonable del proceso opera a partir del inicio de la investigación preliminar que comprende la investigación policial y/o la investigación fiscal, mientras que el *término final* opera en el momento en que la persona es notificada de la decisión definitiva que supone el agotamiento de los recursos. Sobre esta base, resulta obvio que la evaluación de cada uno de los criterios antes señalados deben ser analizados de manera especial y pormenorizada en el lapso de tiempo existente entre el término inicial y el término final, lo que debe ser exteriorizado en una decisión debidamente motivada, debiendo para ello el juez de la causa recabar información documentada si fuera el caso. Por último, cabe recordar que este Tribunal en el Exp. N° 5350-2009-PHC FJ 40 ha precisado que si se constata la violación del derecho al plazo razonable del proceso, además de estimarse la demanda: **i)** se ordenará al órgano jurisdiccional que conoce el proceso penal que, en un plazo máximo, según sea el caso, emita y notifique la correspondiente sentencia que defina la situación jurídica, bajo apercibimiento de tenerse por sobreesido el proceso, y **ii)** se deberá poner en conocimiento del Consejo Nacional de la Magistratura y de la Oficina de Control de la Magistratura para que inicien las investigaciones pertinentes a los jueces que vulneraron el derecho al plazo razonable del proceso.¹⁴⁸

Si bien actualmente en Lima no rige el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, el Tribunal Constitucional ha adoptado la aplicación del plazo razonable de este nuevo cuerpo normativo.¹⁴⁹ De las entrevistas sostenidas se pudo apreciar que para los fiscales este plazo de investigación es insuficiente, debiéndose proponer un *plazo especial* para los casos de lavado de activos. Por su parte, los jueces consideran más bien que se trata de un tema de *metodología de la investigación* de los fiscales, que incide mucho en excesivas formalidades sin seleccionar las más importantes actuaciones y pericias para formular su *teoría del caso*.

Como ya expresamos, respecto al plazo de investigación preliminar de los delitos de lavado de activos en el nuevo sistema procesal penal, la Corte Suprema de Justicia ha definido que el plazo de investigación preliminar no podrá ser mayor al plazo de la preparatoria, es decir 120 días. Claro que este plazo puede ser efectivo frente a delitos comunes, pero frente a la investigación de delitos contra el lavado de activos

¹⁴⁸ Exp. N.º 00739-2010-PHC/TC, La Libertad. Lima, 6 de enero de 2011.

¹⁴⁹ Exp. N.º 06079-2008-PHC/TC, Lima, 6 de noviembre de 2009 (FJ.7). En la misma sentencia, hace referencia que “si bien el nuevo Código Procesal Penal no se encuentra vigente en el Distrito Judicial de Lima, ello no impide para que sea tomado en cuenta al momento de evaluar la arbitrariedad de la investigación preliminar iniciada contra el demandante, pues su función de parámetro de razonabilidad es pertinente” (FJ.8).

resulta totalmente ineficaz. En este sentido, el Tribunal Constitucional¹⁵⁰ ha sostenido que el plazo de la “investigación preparatoria” del nuevo Código Procesal Penal es muy corto, por lo que “vaticinando” fracaso e impunidad exhorta al Congreso a proceder con su modificación teniendo en cuenta la realidad nacional y los compromisos internacionales de lucha contra el narcotráfico y el lavado de activos.

Una solución alterna expresada por un juez penal, partiendo de una concepción principista del nuevo sistema procesal penal,¹⁵¹ señala que bajo los principios del mismo sistema procesal se encuentra la solución no en el plazo de la investigación preparatoria que incluso puede llegar hasta 16 meses en caso de complejidad, sino en la investigación preliminar. En efecto, considera, que no es posible limitar la investigación preliminar con parámetros reflejo de la preparatoria sino en el cumplimiento de sus propios fines.¹⁵²

Pues si bien el Ministerio Público no puede ejercitar acción penal y abrir proceso (formalizar investigación preparatoria) en delitos de lavado sin determinar desbalance patrimonial, incremento injustificado de bienes, actos de conversión, transferencia, etc. —lo cual se logra mínimamente con el levantamiento de secretos bancarios y tributarios así como con pericias contables o financieras, siendo que tales actos de investigación podrán lograrse en 120 días—, el plazo de la investigación preliminar debe quedar limitado por el cumplimiento de sus propios objetivos, siendo que el imputado tiene el derecho de requerir controles al Juez de garantías en caso estime abuso o prolongación injustificada. En definitiva, lo que argumenta el magistrado es que el plazo de investigación preliminar, en los delitos de lavado de activo, no tiene un plazo fijo sino este dependerá de la finalidad misma de la investigación, susceptible de control por el juez de garantías.

3.5.3. Dificultades en la elaboración de los informes preliminares en los delitos contra el lavado de activos

De las entrevistas sostenidas se aprecia que tanto las autoridades policiales como las del Ministerio Público tienen dificultades para la elaboración de los informes preliminares en los delitos contra el lavado de activos, especialmente, en lo que toca a la obtención de los medios probatorios necesarios para la imputación penal.

3.5.3.1. El secreto bancario y la reserva tributaria como derecho fundamental

¹⁵⁰ Exp. N° 2748-2010-PHC/TC, fundamento 10: “[...] se advierte que el plazo de investigación preparatoria previsto en el artículo 342.2 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004, no se condice con la realidad social, ni con la capacidad de actuación del Ministerio Público, pues es de conocimiento público que existen investigaciones preliminares o preparatorias sobre tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos que por la complejidad del asunto exceden los ocho meses, que pueden ser prorrogados por igual plazo. [...] Por esta razón, este Tribunal estima que el plazo previsto en el artículo referido debe ser modificado con la finalidad de que no queden impunes los delitos de tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos, pues vencido el plazo (8 o 16 meses) se puede ordenar la conclusión de la investigación preparatoria. De ahí que, se le exhorta al Congreso de la República a que modifique el plazo del artículo mencionado (investigación preparatoria en casos complejos) de acuerdo a la capacidad de actuación del Ministerio Público, sin que ello suponga la afectación del derecho al plazo razonable”. En el mismo sentido, véase el Exp. N° 03987-2010-PHC/TC.

¹⁵¹ Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011.

¹⁵² El Art. 330 del CPP de 2004 sanciona que las diligencias preliminares tienen por finalidad inmediata: (i) realizar actos urgentes e inaplazables destinados a determinar si han ocurrido los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad; (ii) asegurar los elementos materiales de su comisión; (iii) individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo agraviados.

El secreto bancario y la reserva tributaria son derechos constitucionales, expresamente contemplados en el artículo 2, inciso 5 de la Constitución. El *secreto bancario* consiste en una obligación omisiva a cargo del banco y con él de todos los funcionarios o empleados referidas al impedimento de revelar cierta información económica derivada de las operaciones que realizan los particulares con los bancos; en tanto que la *reserva tributaria*, también consiste en una obligación omisiva, pero esta vez por parte del Estado a través del órgano de Administración Tributaria, respecto a la información económica del contribuyente, obtenida directa o indirectamente de este. Se trata de una obligación legal impuesta al ente encargado de los tributos, de no revelar a terceros sin causa justificada, los datos que lleguen a su conocimiento como consecuencia del cumplimiento del deber de información de los contribuyentes en el marco de las normas tributarias establecidas.¹⁵³

La Constitución establece que el levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria proceden a pedido del juez, del Fiscal de la Nación o de una comisión investigadora del Congreso, con arreglo a la Ley y con la finalidad de investigar un delito o indicio de delito. Sin embargo, no ha delimitado de manera expresa el contenido de la institución, por lo que corresponde ahora analizarlo para lograr su cabal comprensión.

En este orden de ideas, el derecho constitucional y fundamental de la intimidad, como manifestación del derecho a la vida privada sin interferencia ilegítima, tiene su concreción de carácter económico en el secreto bancario y en la reserva tributaria. La protección constitucional que se dispensa en el secreto bancario y la reserva tributaria busca asegurar la reserva o confidencialidad de una esfera de la vida privada de los individuos o de las personas jurídicas de derecho privado. En concreto, la necesaria confidencialidad de las operaciones bancarias de cualquiera de los sujetos descritos que pudieran realizar con cualquier ente público o privado, perteneciente al sistema bancario o financiero. Por lo tanto, el secreto bancario forma parte del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la intimidad y su titular es siempre el individuo o la persona jurídica de derecho privado que realiza tales operaciones bancarias o financieras.¹⁵⁴

Mediante el secreto bancario y la reserva tributaria, se busca preservar un aspecto de la vida privada de los ciudadanos, en sociedades en que las cifras pueden configurar, de algún modo, una especie de “biografía económica” del individuo, perfilándolo y poniendo en riesgo no solo su derecho a la intimidad en si misma configurada, sino también otros bienes de igual trascendencia como su seguridad o su tranquilidad.¹⁵⁵ El artículo 2 inciso 5 de la Constitución establece en definitiva, que el acceso a las bases de datos del sistema bancario o tributario constituye una excepción del derecho a la intimidad.

Las afectaciones del secreto bancario que están proscritas constitucionalmente serán solo aquellas que conlleven, en si mismas, el propósito de quebrar la esfera íntima

¹⁵³ GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. “Secreto bancario y reserva tributaria: derecho a la privacidad económica”. En: GUTIÉRREZ CAMACHO, Walter. *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. Tomo I. Lima: Gaceta jurídica, 2005, p.97.

¹⁵⁴ Exp. N° 1219-2003-HD/TC. Fundamento jurídico 9. Publicada en: SAR, Omar. *Constitución Política del Perú con la jurisprudencia, artículo por artículo, del Tribunal Constitucional*. Segunda Edición. Lima: Editorial NOMOS & THESIS, 2005, p.41.

¹⁵⁵ Exp. N° 001 -2004-AI/TC Fundamento Jurídico 33.

del individuo, más no aquella que, manteniendo el margen funcional del elemento de reserva que le es consustancial, sirva a fines constitucionalmente legítimos tales como: el seguimiento de la actividad impositiva por parte de la administración tributaria, en aras de fiscalizar y garantizar el principio de solidaridad contributiva que le es inherente a todo ciudadano.¹⁵⁶

En todo caso cuando sea posible levantar la reserva bancaria o tributaria, deberá de observar las siguientes reglas:¹⁵⁷ 1) se deberá guardar secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva el examen (artículo 2, inciso 10 de la Constitución), 2) Solo se podrá tomar la información referente al caso investigado (artículo 2 inciso 5 de la Constitución) y; 3) No se deberá tomar la información que afecte la intimidad personal (artículo 97 de la Constitución).

La Ley N° 26702 del 06 de diciembre de 1996, denominada *Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros*, contiene las normas del desarrollo constitucional del secreto bancario. Por su importancia las transcribimos:

Ley 26702, artículo 140: Es prohibido a las empresas del sistema financiero, así como a sus directores y trabajadores, suministrar cualquier información sobre las operaciones pasivas con sus clientes, a menos que medie autorización escrita de estos o se trate de los supuestos consignados en los artículos 142 y 143.

No rige esta norma tratándose de los movimientos sospechosos de lavado de dinero o de activos a que se refiere la Sección Quinta de esta Ley, en cuyo caso la empresa está obligada a comunicar acerca de tales movimientos al Fiscal de la Nación. A tal efecto, las empresas deben aplicar la exigencia internacional de “conocer a su cliente”.

No incurrir en responsabilidad legal, la empresa y/o sus trabajadores que, en cumplimiento de la obligación contenida en el presente artículo, hagan de conocimiento del Fiscal de la Nación, *movimientos o transacciones sospechosas* que, por su naturaleza, puedan ocultar operaciones de lavado de dinero. La autoridad correspondiente inicia las investigaciones necesarias y en ningún caso, dicha comunicación puede ser fundamento para la interposición de acciones civiles, penales e indemnizatorias contra la empresa y/o sus funcionarios. En estos casos, entendemos que los funcionarios estarían cubiertos por el cumplimiento de su deber funcional (art. 20 inc.8 del CP).

Tampoco incurrir en responsabilidad quienes se abstengan de proporcionar información sujeta al secreto bancario a personas distintas a las referidas en el artículo 143 del CP. Las autoridades que persistan en requerirla pueden quedar incurso en el delito de *abuso de autoridad* tipificado en el artículo 376 del Código Penal.

En lo que se refiere a la *reserva tributaria*, la norma vigente para lo que ahora comentamos está en el artículo 85 del Código Tributario:

¹⁵⁶ En este sentido: Exp N° 0004-2004 AI, Fundamento JURIDICO 39, en: *La Constitución en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Diálogo con la Jurisprudencia*. Lima, Gaceta jurídica, 2006, p.92.

¹⁵⁷ RUBIO CORREA, Marcial. *Estudio de la Constitución Política de 1993*. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, p.221.

Código Tributario (Decreto Legislativo 816), artículo 85: reserva tributaria. Tendrá carácter de información reservada, y únicamente podrá ser utilizada por la Administración Tributaria, para sus fines propios, la cuantía y la fuente de las rentas, los gastos, la base imponible o, cualesquiera otros datos relativos a ellos, cuando estén contenidos en las declaraciones e informaciones que obtengan por cualquier medio de los contribuyentes, responsables o terceros.

Los órganos de la Administración Tributaria podrán intercambiar, entre sí, la información reservada que requieran para el cumplimiento de sus fines propios, previa solicitud del jefe del órgano solicitante, y bajo su responsabilidad.

Están exceptuados de la reserva tributaria:

- a) Las exhibiciones de documentos y declaraciones que ordene el Poder Judicial en los procedimientos sobre tributos, alimentos, disolución de la sociedad conyugal o en los procesos penales; el Fiscal de la Nación en los casos de presunción de delito; y la Comisión de Fiscalización o las Comisiones Investigadoras del Congreso, con acuerdo de la comisión respectiva, con arreglo a la ley y siempre que se refieran al caso investigado.
[...].

3.5.3.2. La recolección de los medios probatorios

La recolección de los actos de investigación o de los medios probatorios están orientados a reunir los elementos de convicción, de cargo y de descargo, que permitan al Fiscal decidir si formula o no acusación y, en su caso, al imputado preparar su defensa. Tiene por finalidad determinar si la conducta incriminada es delictiva, las circunstancias o móviles de la perpetración, la identidad del autor o partícipe, así como la existencia del daño causado (artículo 221 del CPP de 2004). Asimismo, realizar todas aquellas operaciones o diligencias preliminares que tengan por finalidad inmediata desarrollar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión y dentro de los límites que la ley establece (artículo 330 del CPP 2004). La complejidad de la obtención de los actos de investigación o de prueba depende de la naturaleza jurídica del delito imputado y del modo y la forma como se realizó su comisión.

La naturaleza comisiva del delito de lavado de activo resulta ser complicada, sofisticada y altamente tecnificada. Los lavadores operan bajo ciertas reglas: 1) alejar las ganancias ilícitas de cualquier relación con el delito, 2) borrar el rastro ilícito para evitar cualquier intento de seguimiento, y 3) poner de nuevo a disposición del mercado las ganancias ilícitas.

Los lavadores de activos se valen de todo tipo de tráfico comercial o financiero que exista en el mundo contemporáneo; por ejemplo: 1) El sistema de colocación de los activos (instalaciones de casas de cambio de moneda extranjera y salones de juego de azar o montan negocios ficticios, empresas hoteleras, restaurantes, discotecas, empresas destinadas a la compra y venta de bienes o a la compra de productos de seguro. 2) El sistema de conversión o transformación (emplean la banca *off shore*, invierten en la bolsa de valores, Trusts o fiducias, realizan ciberpagos, o contratan productos bancarios —préstamos—). 3) El sistema de integración o inversión

(invierten en empresas inmobiliarias, financieras, capitalizaciones o elevan su nivel de vida).

Para desarticular y acreditar legalmente los vínculos o relaciones financieras o comerciales de los sujetos activos del delito de lavado, se requiere una gran capacidad organizativa por parte de las autoridades correspondientes y la existencia de un *compromiso conjunto* de todos los organismos públicos nacionales (SUNARP, SUNAT, SBS, etc.) y también de la *colaboración internacional* (respuesta inmediata a las cartas rogatorias de los fiscales o jueces nacionales o una eficaz cooperación internacional en materia penal, etc.). Sobre esto último, para algunos jueces y fiscales, la demora que se origina para la obtención de las respuestas es un *problema de gestión* que debe ser enfrentado lo más pronto posible si se quieren lograr resultados en la lucha contra el lavado de activos.

3.5.3.3. El deber de informar

La SUNAT y la SUNARP tienen el deber de informar de forma eficaz y oportuna acerca de ciertos datos relacionados con investigaciones preliminares o judiciales correspondientes a los delitos contra el lavado de activos. El deber de información es de naturaleza técnico-científica y la misma se obtiene de la búsqueda en la base de datos de estas instituciones de los puntos requeridos, previa verificación de las formalidades, como es que la orden provenga de una autoridad competente.

Estas dependencias estatales tienen el deber de exhibir o remitir la información, documentos y declaraciones de carácter tributario o las partidas registrales acerca de los bienes muebles o inmuebles requeridos.

En lo que respecta a la SBS, este es un órgano central de las empresas o instituciones financieras y son los bancos y demás entidades del sistema las que tienen el deber de informar. Las instituciones financieras en el Perú comprenden las empresas del sistema financiero y del sistema de seguros, los almacenes generales de depósito, las empresas de transferencias de fondos, las empresas administradoras privadas de fondos de pensiones, las sociedades agentes de bolsa, las sociedades intermediarias de valores, la Bolsa de Valores, la Bolsa de Productos, entre otras personas naturales y jurídicas señaladas, y cualquier otra entidad que por la naturaleza de sus operaciones actúe como tal, según la legislación vigente.

Las informaciones que se requieren a estas instituciones pueden ser: 1) Información sobre transacciones o de registros que lleva una institución financiera, así como los informes que esta elabore sobre transacciones de fondos en efectivo que excedan la cantidad establecida por la autoridad competente. 2) Información financiera sobre transacciones financieras, comerciales, bursátiles y demás transacciones de personas naturales o jurídicas o grupos de personas y empresas, que pudieran considerarse relacionadas con el lavado de activos, conforme a la legislación vigente. Asimismo, estas instituciones requieren información a los actores del mercado público como son: los corredores de valores o de la bolsa de valores, comisionistas de bolsa/comisionistas independientes de valores, administradores de fondos de inversión, administradoras de depósitos centralizados de valores, calificadoras de valores, las casas de intermediación en la venta de divisas o casas de cambio, las cooperativas de ahorro y crédito, casinos, casas de juego y azar, personas que se

dedican a actividades de comercio exterior, entidades aseguradoras e intermediarios de seguros y reaseguros, se les aplica deberes especiales de informar.

Sin embargo, los funcionarios de la SUNARP, SBS o SUNAT no son muy expeditivos y oportunos para entregar a tiempo las informaciones requeridas por la autoridad (especialmente para las investigaciones desarrolladas por los fiscales), y en la práctica se constata que la demora para la entrega de la información se encuentra en el orden de los seis meses a un año (para evacuarla) lo que dificulta en gran medida las indagaciones preliminares.

Para superar estas dilataciones de tiempo en la entrega de la información se debería estudiar la posibilidad de crear en cada una de ellas *Gerencias Especializadas* u oficinas específicas¹⁵⁸ destinadas solo para atender estos requerimientos.¹⁵⁹

3.5.3.4. El levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria en el nuevo Código Procesal Penal del 2004

Para el levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria el Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud del Fiscal, la ordenará de forma reservada y sin trámite alguno, cuando esta sea necesaria y pertinente para el esclarecimiento del caso investigado.

Recibido el informe ordenado, el Juez previo pedido del Fiscal, podrá proceder a la incautación del documento, títulos-valores, sumas depositadas y cualquier otro bien o al bloqueo e inmovilización de las cuentas, siempre que exista fundada razón para considerar que tiene relación con el hecho punible investigado y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso, aunque no pertenezcan al imputado o no se encuentren registrados a su nombre (artículo 235 del CPP 2004).

El Juez de la Investigación Preparatoria, a solicitud de Fiscal, siempre que existan fundadas razones para ello, podrá autorizar la pesquisa o registro de una entidad del sistema bancario o financiero, así como la incautación de todo aquello vinculado al delito.

Dispuesta la incautación, el Fiscal observará lo señalado en la norma procesal. Las empresas o entidades requeridas con la orden judicial deberán proporcionar

¹⁵⁸ Para algunos fiscales debería existir un funcionario de enlace a fin de realizar las coordinaciones para agilizar la entrega de la información. Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011.

¹⁵⁹ En opinión de Alejandro Medina de la Superintendencia Adjunta de Riesgos de la SBS (Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011) “se menciona que existen demoras importantes para entregar a tiempo las informaciones requeridas por la autoridad fiscal, y se recomienda la creación de gerencias especializadas en la provisión de esta información. Al menos en lo que se refiere al sistema financiero, estimo que ello sería innecesario, ya que existen funciones dedicadas y a veces exclusivas para las funciones de cumplimiento LA/FT. Sin embargo, en cuanto al origen del problema, cabe resaltar que soy de opinión que más bien pueden surgir en la forma del pedido efectuado a las empresas del sistema financiero, que cuando son de naturaleza muy amplia, requiere de las empresas no solo acceder a la información electrónica, sino obtener copias de transacciones físicas detalladas y completas por períodos prolongados, lo que conlleva procesos manuales. Ello puede no solo requerir de procesos especiales de levantamiento de respaldos electrónicos, sino la búsqueda detallada de respaldos físicos, independientemente de su importancia o utilidad para fines de la investigación fiscal. En ese sentido, una mayor coordinación entre las autoridades de investigación y las empresas podría ser útil a fin de precisar lo que verdaderamente necesitan y a medida que lo requieran, según se desarrolle la investigación. Ello podría reducir los tiempos de respuesta de manera drástica”.

inmediatamente la información correspondiente y, en su momento, las actas y documentos, incluso su original, si así se ordena, y todo otro instrumento vinculado al proceso.

Las operaciones no comprendidas por el secreto bancario serán proporcionadas directamente al Fiscal a su requerimiento, cuando resulte necesario para los fines de la investigación del hecho punible.

Por su parte, en el levantamiento de la reserva tributaria, el Juez, a pedido del Fiscal, la hará y de esta forma requerirá a la Administración Tributaria la exhibición o remisión de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder, cuando resulte necesario y sea pertinente para el esclarecimiento del caso investigado. La Administración Tributaria deberá exhibir o remitir en su caso la información, documentos o declaraciones ordenados por el Juez (artículo 236 del CPP 2004). Sin embargo, la norma procesal tampoco señala plazo para la evacuación de la información por parte de las instituciones antes señaladas.

De acuerdo a la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional de 2000, los Estados partes no deben invocar el secreto bancario para negar la asistencia judicial recíproca. Si embargo, el secreto bancario, pese a estar ya privado de valor como instrumento de protección de los clientes frente a la administración, continúa representando una importante barrera en la investigación de delitos transnacionales.¹⁶⁰

3.5.3.5. Las cartas rogatorias

Otra cuestión vinculada al retraso temporal de las investigaciones preliminares está vinculada a la demora de la respuesta a las cartas rogatorias que son mecanismos o instrumentos de comunicación procesales entre autoridades que se encuentran en distintos países.¹⁶¹ Este medio de asistencia mutua en materia de lavado de activos tiene por finalidad brindar información acerca de aspectos patrimoniales o personales de determinados sujetos o personas jurídicas involucradas en un proceso o investigación. Específicamente, sobre intercambio de pruebas o elementos materiales probatorios y la realización de actuaciones judiciales que puedan utilizarse en las respectivas investigaciones, indagaciones preliminares, procesos o enjuiciamientos por el delito de lavado de activos.

Estas asistencias comprenden, generalmente, las siguientes figuras: localización e identificación de personas y bienes o sus equivalentes, y elementos que puedan servir de prueba; notificación de actos judiciales; remisión de documentos e informaciones; ejecución de registros domiciliarios e inspecciones judiciales; recepción de testimonios y ejecución de peritajes; citación y traslado voluntario de personas en calidad de testigos o peritos; embargo, incautación, decomiso de bienes o extinción de dominio y otras medidas cautelares o definitivas sobre bienes o cualquier otra forma de asistencia, siempre que la legislación del Estado requerido lo permita.

Dada la envergadura comisiva del delito de lavado de activos, la que frecuentemente involucra su desarrollo a nivel internacional, es necesaria la utilización o empleo de

¹⁶⁰ JIMÉNEZ VILLAREJO, Carlos. *Ob. cit.*, p.164.

¹⁶¹ Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, adoptada en Panamá el 30 de enero de 1997.

las ayudas o asistencia mutuas. No obstante, el trámite que se debe seguir es complejo y dificultoso.

La solicitud de asistencia judicial deberá formularse por escrito y deberá contener, principalmente, los siguientes requisitos: nombre de la autoridad competente que tiene a su cargo la investigación o el procedimiento judicial; propósito de la solicitud y descripción de la asistencia solicitada; un breve resumen del asunto que se investiga o enjuicia, adjuntándose el texto de las disposiciones legales pertinentes; detalle y fundamento de cualquier procedimiento especial que la Parte requirente desee que se practique; *término dentro del cual la Parte Requirente desea que la solicitud sea cumplida*; si fuere del caso, la identidad, nacionalidad, residencia o domicilio de la persona que deberá ser citada o notificada si se conoce y la relación que dicha persona guarda con la investigación o proceso; si fuere del caso, la identidad, nacionalidad, residencia o domicilio de la persona que sea citada para la ejecución de pruebas, si se conoce; la información disponible relativa a las transacciones que instituyen el objeto de la solicitud de asistencia, entre ellas, si se conoce, el número de la cuenta, monto, movimiento y balance promedio de la misma, el nombre del titular, el nombre y la ubicación de la institución financiera participante en la transacción y la fecha en la cual esta tuvo lugar; la comparecencia de personas en calidad de testigos o peritos se registrará por lo dispuesto; en caso de urgencia y si la legislación de la Parte Requerida lo permite, la solicitud de asistencia podrá hacerse vía facsímil, télex u otro medio equivalente, debiendo remitirse el original.

Las autoridades deben dirigir las solicitudes de asistencia en los siguientes casos: a) existencia de Tratados de Asistencia Jurídica Mutua (MLAT), b) existencia de acuerdos bilaterales de cooperación y c) otros. En estos casos, priman los convenios. Estas solicitudes, en el caso de Colombia y Chile se dirigen a través del Ministerio Público; en el caso de los Estados Unidos de América y Europa, a través del Ministerio de Relaciones Exteriores; en algunos casos se aplica el principio de reciprocidad basado en convenios internacionales o bilaterales. En caso de no existir dichos acuerdos, se solicita a la autoridad judicial correspondiente del país requerido que puede ser el Presidente de la Corte Suprema o el Fiscal de la Nación.

Los requisitos formales y de procedimiento resultan indispensables para proveer asistencia. Estos requisitos dependen de lo establecido en los convenios específicos suscritos en materia de cooperación con los Estados solicitantes y del tipo de cooperación que se solicita. Es necesario aportar cualquier otra indicación que pueda ser de utilidad a la autoridad a la cual se formula la solicitud.

En las entrevistas sostenidas, los fiscales señalan que la Cancillería Peruana, institución encargada de hacer prosperar estas asistencias o cooperaciones internacionales, es lenta en la tramitación de las mismas; pero aún más dilatada es la respuesta por parte de la Cancillería del país requirente, pues en la práctica estos demoran aproximadamente entre uno y dos años para absolverlo. Por su parte, los funcionarios de la Cancillería señalan que el nuevo reglamento de Organización y Funciones del Ministerio del Relaciones Exteriores (D.S. N° 135-2010-RE publicado en el diario oficial el 18 de diciembre 2010) ha creado la Oficina de Cooperación Judicial Internacional adscrita a la de Asesoría Jurídica, pero los problemas son diversos: cartas rogatorias con contenido ininteligible, traducciones defectuosas,

pedidos muy extensos , lo que muestra lo poco estandarizadas que están, debido a la inexistencia de modelos de cartas rogatorias. En todo caso, de acuerdo las funciones de Cancillería, esta se limita a realizar el trámite sin influir en el contenido de las cartas rogatorias. El número de cartas rogatorias que atienden anualmente es de aproximadamente ocho mil a nivel nacional (en todas las materias). El Ministerio Público cuenta con una unidad centralizada con la que coordinan. Del Poder Judicial reciben diferentes pedidos. Es frecuente que en sus oficinas en Lima el tiempo de permanencia de los pedidos sea breve (máximo quince días) y que el problema se encuentra en las respuestas del exterior. Normalmente despachan tres a cuatro valijas por mes pero ello depende de los destinos. Como tarea adicional (que no está dentro de las funciones de la Cancillería) tratan en la medida de lo posible de acercar a las partes (autoridades nacionales y extranjeras) pero no es posible un control total del tiempo de las respuestas debido a las dificultades que encuentran en las autoridades extranjeras. A esto debe añadirse las dificultades que originan los criterios de doble incriminación y las diferencias de los sistemas jurídicos con los que tienen que trabajar (incluso eso se aprecia a nivel peruano con la existencia paralela de un antiguo y nuevo régimen procesal penal con características distintas). Tampoco cuentan con personal especializado y dedicado específicamente a estas labores en las representaciones en el extranjero que faciliten esta tarea.

Dado que aproximadamente el 75% de las investigaciones preliminares por lavado de activos dirigidas por la fiscalía implican indagaciones en el extranjero, es importante buscar formulas que eviten estos retrasos, de manera que se debe seguir fomentando la celebración de convenios bilaterales o multilaterales entre países con el objetivo de proporcionar información eficaz y rápida sobre datos de personas o de empresas relacionadas al lavado de activos. La experiencia es muy buena en relación con Chile y Colombia.¹⁶² En estos casos, las respuestas a la información requerida por las autoridades peruanas se dan en un plazo aproximado de 30 días porque se coordinan directamente. Además, porque las reglas de cooperación son muchos más versátiles y dinámicas. Por ejemplo: el Convenio entre Perú y Colombia sobre este tema señala:

Artículo VI.- Autoridades centrales

[...]

2. Las Autoridades Centrales se comunicarán directamente entre ellas y remitirán las solicitudes a las autoridades competentes.

[...]

Artículo VII.- Intercambio de información

1. De conformidad con los términos del presente Acuerdo, las Partes a través de las Autoridades Centrales se facilitarán asistencia para el intercambio ágil y seguro, de información financiera, cambiaria, comercial y de otros sectores de la economía, a fin de detectar y realizar el seguimiento de presuntas operaciones de lavado.

2. Para tal efecto, se establecerá comunicación directa entre las Autoridades Centrales de cada Estado Parte, a fin de obtener y suministrar dicha información de conformidad con su legislación interna.

3. Las Partes cooperarán para obtener, ampliar y analizar información financiera que esté en su poder referente a las transacciones financieras sospechosas de estar relacionadas con el lavado de activos.

¹⁶² Acuerdo de Cooperación para la Prevención, Control y Represión del Lavado de Activos derivados de cualquier actividad ilícita entre el Gobierno de la Republica de Perú y el Gobierno de la República de Colombia, celebrado en Bogotá, D.C., de fecha 20 de febrero de 2004.

En lo que corresponde a la actuación de la Cancillería sería recomendable que se instaure en ella una dependencia especializada que agilice el trámite de las cartas rogatorias.

Incluso, este efecto de demora de las respuestas a las cartas rogatorias ha originado que importantes procesos se dilaten y generen, debido a la falta de información, pedidos de no ha lugar a pasar a Juicio Oral, que han motivado decisiones de ampliación de investigación vía queja ante la Fiscalía Suprema.¹⁶³

4. Problemas a nivel judicial

Para identificar la problemática judicial se procedió a entrevistar a algunos jueces penales y jueces superiores dedicados a la investigación y juzgamiento de delitos de lavado de activos. La actividad judicial en la Sala Penal nacional se inició en el año 2007.

4.1. Flagrancia en el delito de lavado de activos

La flagrancia se presenta cuando el autor de un delito es sorprendido en el momento de su realización o en etapas muy cercanas a su realización. Es una herramienta jurídica destinada a la Policía para que pueda detener inmediatamente al autor del delito por su evidente responsabilidad.

En nuestro ordenamiento jurídico la Ley N° 29372,¹⁶⁴ señala que:

Existe flagrancia cuando la realización de un hecho punible es actual y en esa circunstancia, el autor es descubierto o cuando es perseguido y capturado inmediatamente después de haber realizado el acto punible o cuando es sorprendido con objetos o huellas que revelan que acaba de ejecutarlo.

Según esta normatividad vigente, para que exista flagrancia, la Policía debe alcanzar el conocimiento de la realización del delito, no por utilizar su procedimiento normal de investigación, sino porque se percibe directa, personal y con toda certeza su realización.¹⁶⁵

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido los requisitos de la flagrancia: 1) La inmediatez temporal, es decir, que el delito se esté cometiendo o que se haya cometido instantes antes. 2) La inmediatez personal, que el presunto delincuente se encuentre en el lugar, en ese momento, en dicha situación; y, con relación al objeto o

¹⁶³ Exp. N° 384-08 del Cuarto Juzgado Supraprovincial de Lima.

¹⁶⁴ La Ley N° 29372, fue promulgada el 9 junio del 2009 la misma que modificó el artículo 259.2 del Nuevo Código Procesal Penal de 2004 y que adelantó la entrada en vigencia de este artículo a nivel nacional. Asimismo, esta ley modificó al Decreto Legislativo N° 989 que fue publicado el 22 de Julio de 2007, la que definió la flagrancia en su artículo 4 de la siguiente manera: “A los efectos de la presente Ley, se considera que existe flagrancia cuando el sujeto agente es descubierto en la realización del hecho punible o acaba de cometerlo o cuando: a) Ha huido y ha sido identificado inmediatamente después de la perpetración del hecho punible, sea por el agraviado, o por otra persona que haya presenciado el hecho, o por medio audiovisual o análogo que haya registrado imágenes de este y, es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas de producido el hecho punible; b) Es encontrado dentro de las veinticuatro (24) horas, después de la perpetración del hecho punible con efectos o instrumentos procedentes de aquel, o que hubieran sido empleados para cometerlo, o con señales en sí mismo o en su vestido que indiquen su probable autoría o participación en ese hecho delictuoso”.

¹⁶⁵ MARTÍN M., Ricardo. “Entrada en domicilio por causa de delito flagrante: A propósito de las SSTC 341/1993 y 94/1996”. En: *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología (RECP 01-02 (1999))*. Tomado el 09 de diciembre de 2010.

a los instrumentos del delito, que ello ofrezca una prueba evidente de su participación en el hecho delictivo.¹⁶⁶

La doctrina procesal penal considera que en el caso de los delitos de comisión de naturaleza permanente —como bien sería el delito de lavado de activos—, por no suponer este un riesgo inminente para el bien jurídico y —peor aun cuando se tratan de bienes jurídicos colectivos—, como si ocurre en sentido contrario, por ejemplo, con los delitos de robo, incendio, lesiones, etc.; es difícil que se configure un delito flagrante, pues *la continuidad temporal elimina la necesidad de intervención inmediata*,¹⁶⁷ en estos casos la Policía debe buscar el mandato judicial correspondiente.

4.2. La prueba judicial en el delito de lavado de activos: inversión de la carga de la prueba

El fundamento de probar los hechos o las circunstancias jurídico-penalmente relevantes es una consecuencia del debido proceso. Si bien existe en el delito de lavado de activos una inversión de la carga de la prueba; es decir, el imputado debe probar el origen lícito de los activos que se encuentran en su poder, esto se debe a la posibilidad fáctica que tiene el imputado para hacerlo.¹⁶⁸

La carga de la prueba es aquella conducta que los sujetos procesales realizan para incorporar al proceso medios de prueba con el fin de producir, en el ánimo del juzgador, una certeza sobre la existencia o no de los hechos afirmados. La inversión de la carga de la prueba¹⁶⁹ es una exigencia normativa por lo cual se atribuye al imputado que este pruebe ciertas circunstancias. Tratándose del delito de lavado de activos, si el imputado sostiene que los bienes que se encuentran en su poder provienen de una fuente lícita, implica que este deberá probar esta afirmación.

Asimismo, el delito de lavado de activos exige que la acusación tenga que demostrar que el acusado tiene una cantidad de activos que no pueden ser justificados lícitamente, por lo que el imputado no solo debe presentar una explicación sino que debe probar que su patrimonio ha sido adquirido lícitamente. La no probanza de los hechos que se tienen que probar trae como consecuencia el riesgo que no sean amparados los actos de contradicción del imputado, lo que no puede ser suplido por un juego de presunciones respecto de la licitud patrimonial.

Esta inversión de la carga de la prueba se da para el lavado de activos por exigencia del legislador, incorporada como regla de carácter procesal. No creemos en la existencia de un conflicto entre la doctrina de la carga de la prueba y el derecho a la presunción de inocencia¹⁷⁰ en su regla de tratamiento, pues no se exige al imputado prueba de su propia responsabilidad, sino que acredite aquellos actos de

¹⁶⁶ Exp. N° 2096-2004-PHC/TC y Exp. N° 4557-2005-PHC/TC.

¹⁶⁷ Por todos: MARTÍN M., Ricardo. *Ob. cit.*

¹⁶⁸ PÉREZ VARGAS, Julio César. “La discusión acerca de la carga procesal a la luz de sus implicancias jurídicas”. *Themis Revista de Derecho*. Segunda Época, 1995, N° 32, Lima, noviembre de 1995, p.112.

¹⁶⁹ Para Echandía, la carga de la prueba “determina lo que cada parte tiene interés en probar para obtener éxito en el proceso, es decir, cuáles hechos, entre los que forman el tema de la prueba en el proceso, necesita cada una que aparezcan probados para que sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones (sin que se trate de una obligación o deber) y le dice al Juez cómo debe fallar en caso de que esas pruebas falten”. ECHANDIA, Devis. *Teoría general de la prueba judicial*. Buenos Aires: Editorial Víctor P de Zavalla, 1970, p.132.

¹⁷⁰ DEL MOLINO, María Soledad. “La Presunción de Inocencia como Derecho Constitucional”. *Revista de Derecho Procesal*. Madrid, 1993, p.595.

contradicción conforme a la estructura de su defensa, esto es, la negación de la ilicitud patrimonial. Asimismo, cabe resaltar que el derecho a la presunción de inocencia no es un derecho absoluto, como no lo es ningún otro derecho, por tanto, de existir alguna limitación o restricción (que no se da en el presente caso), puede ser admisible desde una perspectiva constitucional, como sucede por ejemplo con la prisión preventiva.

4.3. Prueba del delito de lavado de activos a través de indicios

El Código de Procedimientos Penales de 1940 –todavía vigente en gran parte del país– en su artículo 77,¹⁷¹ referente a los requisitos de procedibilidad, señala que:

Recibida la denuncia y sus recaudos, el Juez Especializado en lo Penal solo abrirá instrucción si considera que de tales instrumentos aparecen *indicios suficientes o elementos de juicio reveladores de la existencia de un delito*, que se ha individualizado a su presunto autor o partícipe, que la acción penal no ha prescrito o no concurra otra causa de extinción de la acción penal [...].¹⁷²

Por su parte, el nuevo Código Procesal Penal de 2004, en su artículo 158, inciso 3, señala que:

La prueba por indicios requiere: a) Que el indicio esté plenamente probado; b) Que la inferencia esté basada en las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia; c) Que cuando se trate de indicios contingentes, estos sean plurales, concordantes y convergentes, así como que no se presenten conindicios consistentes.

De estas regulaciones normativas se observa que el legislador nacional no ha adoptado un concepto de indicios, sino que, solo se ha ocupado de regular su ámbito de actuación.

El criterio determinante que permite probar el delito de lavado de activos es la prueba indirecta o por indicios –considerada la más idónea en estos casos–, debido a la imposibilidad que existe de conseguir alguna prueba directa, por la misma estructura compleja de este delito, en el que el agente busca borrar toda huella que lo relacione con la obtención ilícita de los activos.

El indicio puede ser entendido como aquella circunstancia, hecho o acto, que sirve de antecedente o base para presumir la existencia de otro hecho.¹⁷³ Se presenta así, como un dato fáctico relacionado razonablemente con el hecho delictivo que se pretende probar.¹⁷⁴ Se caracteriza por ser una prueba indirecta o de segundo grado en el sentido que se apoya en datos de otras pruebas, los cuales le permiten determinar el hecho indiciario y, además porque el resultado se obtiene por razonamiento, a diferencia de las otras pruebas, que requieren necesariamente ser comprobadas o ser declaradas verbalmente o por escrito.¹⁷⁵

¹⁷¹ Del mismo modo, pueden ser inferidos de los artículos 170, 171 y 194 del Código de Procedimientos Penales.

¹⁷² La cursiva es nuestra.

¹⁷³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. “La prueba indiciaria”. En: QUICENO ALVAREZ, Fernando (Compilador). *Indicios y presunciones*. Editorial Jurídica Bolivariana, Reimpresión, 2002, p.9.

¹⁷⁴ ASECIO MELLADO. José María. *Derecho Procesal Penal*. Valencia, 1998, p.258.

¹⁷⁵ GORPHE, François. *Apreciación judicial de las pruebas*. Bogotá: Temis, 1998, p.204.

De su estructura normativa se derivan tres elementos conformadores: *el indicio, la inferencia lógica y el hecho inferido*.¹⁷⁶

El artículo 6 de la Ley 27765 señala que “el origen ilícito que conoce o pueda presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso”.

De nuestras constataciones de algunos expedientes en trámite, se observa el predominio del uso de los dictámenes contables relacionados con otros indicios como por ejemplo: los antecedentes judiciales por tráfico ilícito de drogas del imputado, que durante el proceso el acusado no logró acreditar la fuente lícita de procedencia de los activos o el que mantenga ciertas relaciones comerciales o empresariales con alguna persona sentenciada por el delito de tráfico ilícito de drogas,¹⁷⁷ etc. Todo esto permite a los funcionarios judiciales realizar la imputación penal inicial por lavado de activos.

Sin embargo, de nuestras entrevistas se observa que estos peritajes son también defectuosos, con datos incompletos de información, debido a que algunos de estos no son proporcionados por los involucrados. En algunos casos, la inexistencia de apercibimientos eficaces para lograr la información, aunada al hecho de una falta de dirección fiscal orientada a la fundamentación de la teoría del caso respectiva, hacen que esta búsqueda de indicios tenga los defectos que los magistrados superiores observan en los juicios orales y que originarán diferentes consecuencias a partir del respeto de las reglas del debido proceso (defensa, presunción de inocencia).

Por su parte el Acuerdo Plenario N° 3-2010 considera que para la prueba del delito fuente no es posible establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios pero propone tener en cuenta algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que puedan ser calificados de irregulares o atípicos desde una óptica financiera y comercial que indiquen la clara intención de ocultar o encubrir los objetos del delito, criterios como los siguientes:

- A. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado.
- B. Se han de examinar aquellos indicios relativos al manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones, utilización de testafierros, depósitos o apertura de cuentas en países distintos del de residencia de su titular, o por tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias.
- C. La concurrencia, como indicio añadido, de inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias.
- D. La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas.

¹⁷⁶ TALAVERA ELGUERA. *La prueba en el nuevo proceso penal* en Manual del derecho probatorio y de la valorización de las prueba en el proceso penal común. GTZ Cooperación Técnica Alemana, Lima 2009, p.137; GARCIA CAVERO, Percy. *La prueba por indicios en el proceso penal*. Lima: Editorial Reforma, 2010, p.45.

¹⁷⁷ R N N° 552-2007. Segunda Sala Penal Transitoria, de fecha 06 de marzo de 2008. En: REÁTEGUI SÁNCHEZ, James. *El precedente judicial en materia penal*. Lima: Editorial Reforma 2010, pp.565-567.

- E. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas.¹⁷⁸

4.4. *Excursus*: aplicación de la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos. Caso Valdez

La complejidad del delito de lavado de activos hace que el tema probatorio gire en relación a informes contables e indicios. Así, por ejemplo, tenemos el Caso Valdez, en el que se apertura instrucción por la presunta comisión del delito de lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, sobre la base de los mismos fundamentos esgrimidos por el Fiscal Penal en su respectiva denuncia. Asimismo, a manera solo descriptiva se señala que existen evidencias de la comisión del delito de lo establecido por los informes contables¹⁷⁹ y otros documentos.¹⁸⁰ Pues, se señala, que de estos informes recabados se habría determinado el desbalance patrimonial del imputado Valdez por más de dieciocho millones de nuevos soles.

Sin embargo, el Juez no establece expresamente cuáles serían los indicios que acreditarían el delito de lavado de activos por los que el procesado sería autor del mismo. Creemos, que los indicios con que operó el Juez serían los siguientes: que el procesado tiene un desbalance patrimonial de más de dieciocho millones de nuevos soles; este no ha podido determinar el origen de la suma de dinero en una Cuenta Corriente MN del Banco de Crédito; su vínculo financiero con paraísos fiscales como Bahamas y Panamá; su vinculación a acciones de tráfico ilícito de drogas, en el sentido que existe ya una investigación en una Fiscalía Provincial Especializada en Tráfico Ilícito de Drogas del Callao; y se encuentra investigado por Lavado de Activos, por el Fiscal Especializado en Delitos Relacionados con Drogas de la Procuraduría General de la Nación en Panamá.

¹⁷⁸ Acuerdo Plenario N° 3 -2010/CJ-116 (“El Delito De Lavado de Activo”). De fecha 16 de noviembre de 2010. F.J. 34.

¹⁷⁹ Dictamen Pericial Contable N° 28-04-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-ICFLA-E4, corroborados con el Dictamen Pericial Contable N° 32-05-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 44-07-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 40-07-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 41-07-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 42-07-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 43-07-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 47-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 48-08-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 49-08-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 50-08-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Informe N° 34-04-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Informe N° 35-08-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4, Informe N° 77-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA-E4. Dictamen Pericial Contable N° 78-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-DTF, del 17 septiembre de 2008, Dictamen Pericial Contable N° 79-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 80-10-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 81-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 82-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 83-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, del 19 septiembre de 2008, Dictamen Pericial Contable N° 84-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 85-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 86-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 87-09-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, Dictamen Pericial Contable N° 88-10-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UTF, del 10 septiembre de 2008, Dictamen Pericial Contable N° 89-10-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN/AICFLA-E4, Dictamen Pericial Contable N° 90-10-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN/AICFLA, Oficio N° 498-20008-1-FECOR-MP-FN, formulado por la División de Investigación de Lavado de Activos de la DIRANDRO-PNP.

¹⁸⁰ Dictamen Pericial Contable N° 90-10-2008-DIRANDRO-PNP/OFICRI-UNITEFIN-AICFLA, del 20 octubre de 2008; así también, el Examen Técnico Contable, correspondiente a los años 2000 a 2007. Además, según el Balance General, al 31 diciembre de 2007.

En definitiva, se puede observar que la investigación realizada incide en el uso de prueba documental contable (la que es tomada directamente sin realizar un análisis de la misma) relacionándola a otros indicios (que el imputado esté relacionado con investigaciones de algún delito previo y especialmente su desbalance patrimonial). Así es como consideran la presunta existencia del delito.

4.5. Las medidas cautelares aplicables al delito de lavado de activos

Las medidas cautelares cumplen una finalidad aseguradora de la decisión final que ha de adoptarse en el curso del proceso penal de modo que lo resuelto en el curso en la sentencia no se vea frustrado por actos que tornen en ilusorio lo resuelto.

4.5.1. Las medidas cautelares personales

Las medidas cautelares de naturaleza personal restringen o limitan el libre tránsito del procesado a efectos de asegurar la consecución de los fines del proceso. Están encaminadas a garantizar la presencia del inculcado a efectos de su enjuiciamiento y a hacer posible la realización de otros derechos fundamentales rectores del proceso penal.

Las medidas cautelares personales que se pueden imponer en el marco de un proceso penal por el delito de lavado de activos frente al imputado son las siguientes: 1) la detención provisional, y 2) el mandato de comparecencia.

4.5.1.1. El mandato de comparecencia

El mandato de comparecencia constituye la medida cautelar personal de menor afectación a la libertad individual del imputado. Es por ello que se presenta como una regla general, que debe tener en cuenta el Juez al momento de establecer algunas de estas medidas coercitivas. De esta manera, la medida de detención tiene carácter excepcional.¹⁸¹ La comparecencia es un estado procesal de sujeción al proceso y no simplemente un emplazamiento a concurrir a la instructiva.¹⁸²

El artículo 143 del Código Procesal Penal de 1991 —todavía vigente— señala que: “Se dictará mandato de comparecencia cuando no corresponda la medida de detención [...]”.

El mandato de comparecencia puede adoptar dos formas:

a) Comparecencia sin restricciones

También denominada comparecencia simple. Esta medida se caracteriza porque el imputado solamente se encuentra obligado por el Juez a asistir a las citaciones que este disponga. La procedencia de esta medida se encuentra prevista en el artículo 143, último extremo del párrafo final del CPP de 1991: “si el hecho punible denunciado está penado con una sanción leve¹⁸³ o las pruebas aportadas no la

¹⁸¹ Exp. N° 8004-97, del 25 de octubre de 2002.

¹⁸² Exp. N° 43-98-A, del 24 noviembre de 1998.

¹⁸³ “El hecho punible leve, es el hecho típico que no reúne todos los requisitos del mandato de detención, esto es: suficientes elementos de prueba, sanción a imponerse o la suma conminada de ellas en abstracto no supere un año de pena privativa de libertad o que existan elementos probatorios sobre la habitualidad y el peligro de fuga, por lo que ante la inconcurrencia copulativa de estos tres requisitos, es necesario dictar mandato de comparecencia, ello no implica que esta medida coercitiva, no puede ser variada, si el procesado realiza acciones para perturbar o entorpecer la actividad probatoria”. CÁCERES JULCA, Roberto. *Las medidas de coerción procesal. Sus exigencias constitucionales procesales y formales*. Editorial Idemsa, 2006, p.180.

justifiquen”. Esta medida procede en casos que no exista peligro procesal, entendido este último como peligro de fuga y peligro de entorpecimiento de la prueba.

b) **Comparecencia restrictiva o con restricciones**

Consiste en aquella medida cautelar *necesaria* —su justificación radica en la necesidad de la presencia del imputado en el proceso— impuesta por el órgano jurisdiccional, que si bien establece afectaciones a los derechos individuales del imputado esta no puede ser equiparada con una detención preventiva, pues queda claro que implica una menor afectación de los derechos del imputado. Por eso, podemos entender esta medida como aquel goce de libertad con ciertas restricciones que serán planteadas por un Juez.

Las medidas limitativas de derecho que se pueden dictar por medio de la comparecencia con restricción, de acuerdo al artículo 143 del Código Procesal Penal de 1991, son:

- La obligación de someterse al cuidado y vigilancia de una persona o institución determinada, quien informará periódicamente en los plazos designados.
- La obligación de no ausentarse de la localidad en que reside, no concurrir a determinados lugares o de presentarse ante la autoridad en los días que se le fije.
- La prohibición de comunicarse con personas determinadas o con la víctima, siempre que ello no afecte el derecho de defensa.
- La prohibición de aproximarse a la víctima o a aquella persona que determina el juez.
- La prestación de una caución económica, si las posibilidades del imputado lo permiten.

Su aplicación gira en relación al *peligro procesal* existente. Así, por ejemplo, en casos de peligro de fuga el Juez podría establecer la medida restrictiva de impedimento de salida del país, o en caso de presentarse peligro de entorpecimiento de la prueba podrá aplicarse la medida de detención domiciliaria.

En el caso de lavado de activos esta última es la medida más frecuentemente aplicada. Por ejemplo, en el caso Valdez¹⁸⁴ el juez penal dictó detención a 10 procesados y comparecencia con restricciones a 14 procesados y comparecencia simple a 8 procesados. Aplicó las siguientes reglas de conducta en relación a la comparecencia con restricción: a) no ausentarse del lugar de su residencia ni variar de domicilio sin previa autorización del Juzgado; b) concurrir mensualmente al local del juzgado a fin de informar sus actividades y firmar el libro de comparecencia, c) concurrir obligatoriamente a toda las citaciones y notificaciones que realiza el Juzgado y, d) pagar una caución. Además, ordenó el impedimento de salida del país de aquellos que están sometidos a esta medida.

Posteriormente, la Corte Superior de Justicia de Lima,¹⁸⁵ declaró procedente la solicitud de variación de mandato de detención por la de comparecencia con arresto domiciliario obligatorio, en la instrucción que se sigue por el delito de lavado de

¹⁸⁴ Auto Apertorio recaído en el Expediente N° 732-2008, de fecha 29 de octubre de 2008.

¹⁸⁵ Exp N° 00732-2008-955-5001-JR-PE-02, de fecha 27 de julio de 2010.

activos provenientes del tráfico ilícito de drogas. Los fundamentos de la Sala Penal son: que a la fecha el procesado cuenta con 71 años de edad, su estado de salud es delicado, su arraigo familiar y ha acreditado un domicilio conocido.

4.5.1.2. La detención preventiva

La detención preventiva es una medida cautelar ordenada por un órgano jurisdiccional que tiene por finalidad limitar temporalmente la libertad del imputado de la forma más grave, a efectos de obtener la efectiva aplicación de la ley penal — siempre que sea necesaria—. Se trata de una medida no punitiva, por lo que, mediante ella, no se adelanta opinión respecto a la responsabilidad del imputado en el ilícito que es materia de acusación, por cuanto ello implicaría quebrantar el principio constitucional de presunción de inocencia.¹⁸⁶

La detención es una medida cautelar coercitiva que solo debe ser aplicada en casos de que sea indispensable para los fines del proceso, puesto que se trata de la restricción de la libertad personal que es un bien jurídico susceptible de ser afectado siempre que se den los presupuestos legales del artículo 135 del Código Procesal Penal.¹⁸⁷

El artículo 135 del Código Procesal Penal de 1991 señala que el juez podrá dictar mandato de detención cuando existan suficientes elementos probatorios de la comisión de un delito que permita vinculación con el imputado, sea como autor o partícipe; que la prognosis de la pena sea superior a un año de pena privativa de libertad; y que exista peligro procesal —peligro de fuga y entorpecimiento de la prueba—. En el caso de Lima, esta es la regla actualmente aplicada.

Por su parte, el Código Procesal Penal de 2004 dispone en su artículo 243, inciso 3 que la prisión provisional se aplicará cuando fuera absolutamente indispensable para prevenir, según los casos, los riesgos de fuga, de ocultamiento de bienes o de insolvencia sobrevenida; así como para impedir la obstaculización de la averiguación de la verdad y evitar el peligro de reiteración delictiva.¹⁸⁸

Así, para que se imponga esta medida cautelar debe de existir una imputación formal,¹⁸⁹ debidamente fundamentada por el Fiscal, y en la que concurran los siguientes presupuestos: 1) la existencia de elementos de convicción suficientes para sostener que el imputado es, con probable razonabilidad, autor o partícipe de un hecho punible; y 2) la existencia de elementos de convicción suficientes de que el imputado no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad; ambos requisitos deben concurrir de manera simultánea y copulativa.

Los artículos 268, 269 y 270 del Código Procesal Penal de 2004 prescriben e individualizan los presupuestos materiales de la prisión preventiva. Así, para que el Juez de la Investigación Preliminar decrete la prisión preventiva del imputado, deben concurrir elementos de convicción de los que se pueda sostener con probabilidad que

¹⁸⁶ Exp. N° 0296-2003-HC/TC. Lima, 17 de marzo de 2003.

¹⁸⁷ Exp. N° 843-98. Lima, 27 febrero de 1998.

¹⁸⁸ ORÉ GUARDIA, Arsenio. “Las Medidas Cautelares Personales”. *Justicia Constitucional. Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año II, N.º 3, Lima, Palestra Editores, enero-junio de 2006, p.140.

¹⁸⁹ “La imputación formal es la atribución de un hecho punible sustentada en la existencia de *indicios razonables y objetivos* sobre la existencia del hecho y la participación del imputado en el mismo, en alguno de los grados de participación criminal establecidos por la ley penal sustantiva; o lo que es lo mismo, debe de apreciarse indicios racionales sobre su participación en el hecho que se atribuye”. CÁCERES JULCA, Roberto. *Ob. cit.*, p. 180.

el imputado es el autor o partícipe de un hecho punible y que no se someterá al proceso u obstaculizará la averiguación de la verdad (al utilizarse la “y”, como conjunción copulativa que tiene por finalidad unir palabras o ideas, se entiende que para disponer una detención preventiva deben necesariamente concurrir los requisitos establecidos en los literales a), b) y c) del artículo 268 CPP.¹⁹⁰

En cuanto a los presupuestos establecidos en el literal c) del artículo 268 CPP que se refieren al peligro de fuga (Art. 269 CPP) o peligro de obstaculización (Art. 267 CPP), se comprende que la “u” indica una conjunción disyuntiva que se emplea en lugar de la “o” y denota diferencia así como separación de ideas, es decir que alternativamente se puede presentar cualquiera de los dos supuestos (uno u otro); pero no se excluye la posibilidad que se presenten conjuntamente todos los requisitos y criterios establecidos en la norma procesal.

El plazo máximo de la prisión preventiva en el delito de lavado activos dependerá de la complejidad del caso. El primer párrafo del artículo 272 del Código Procesal Penal de 2004 señala el límite máximo de la prisión preventiva en 9 meses para procesos comunes, este plazo constituye un parámetro objetivo respecto de la permanencia del imputado en reclusión.¹⁹¹

El segundo párrafo del artículo 272, establece que en casos de procesos complejos el plazo máximo de prisión preventiva es de 18 meses. En estos casos lo que se evalúa son factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, el alcance de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los hechos, la pluralidad de agraviados o imputados, la seguridad¹⁹² especial que amerite un

¹⁹⁰ “Que, la norma procesal penal en su artículo doscientos sesenta y ocho ha establecido determinados presupuestos materiales que se deben cumplir de forma concurrente para declarar fundado la prisión preventiva de un imputado, que siendo así, de los antecedentes que se tienen a la vista, y de lo informado por el representante del Ministerio Público y el abogado defensor del imputado en audiencia se advierte, lo siguiente; a) con respecto a la existencia de fundados y graves elementos de convicción que vinculen al imputado con los hechos investigados –primer presupuesto –se tiene que existen una diversidad de elementos de convicción que han sido debidamente reseñados por el a quo en la resolución que es materia de grado, dentro de los que se indican ocho elementos de convicción que vinculan al imputado con la comisión del delito instruido, elementos que también este colegiado reseña en el mismo sentido, sumado a ello, en autos obra la declaración prestada por el imputado donde reconoce en forma expresa que además de ser consumidor también ha realizado actos de Tráfico Ilícito de Drogas, si bien es cierto, el abogado defensor alega que dicho hecho no tendría relevancia penal, por cuanto es adicto al consumo de drogas, sin embargo, este colegiado por ahora deja claro y expresa constancia que este hecho resulta importante para determinar la comisión del evento criminoso que se le instruye, b) con respecto a la prognosis de pena –segundo presupuesto –como ha referido tanto el Fiscal superior como el abogado de la defensa, se trata de un justiciable que ya tiene una condena por delito de igual naturaleza, y al parecer se encuentra sometido a reglas de conducta, por lo tanto, la prognosis de pena se presenta superior a las cuatro años de pena privativa de libertad, teniendo en cuenta además, lo señalado por el representante del Ministerio Público referente a la inexistencia de confesión sincera por parte del imputado, toda vez, que ha existido actos de flagrancia en su intervención, c) en cuanto al peligro procesal de fuga –tercer presupuesto –se advierte, que se trata de una persona que anteriormente ha cometido ilícitos penales de la misma naturaleza y que sabe perfectamente o es plenamente consciente de la gravedad de la pena que se le impondría de determinarse su responsabilidad penal. Lo que de alguna manera es un indicador respecto al peligro procesal de fuga, por lo que ante tales circunstancias, este colegiado considera que en libertad el imputado se sustraerá de la acción penal y obstaculizará la correcta administración de justicia”. Ejecutoria Superior, Sala penal permanente. Considerando segundo. Expediente N° 464-2007 FL. 133, 3 de abril de 2007.

¹⁹¹ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe N.º 12/96*. Párrafos 76 y 77.

¹⁹² “La seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención. Como lo ha señalado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “[...] en circunstancias muy excepcionales, la gravedad especial de un crimen y la reacción del público ante el mismo pueden justificar la prisión preventiva por un cierto período, por la amenaza de disturbios del orden público que la liberación del acusado podría ocasionar (Informe N° 2/97)”. Exp. N.º 7624-2005-PHC/TC. Lima, 27 de julio de 2006.

particular proceso¹⁹³ debido a la gravedad del tipo penal¹⁹⁴ y algunos otros elementos propios de cada caso, que objetivamente permitan calificar un determinado proceso como complicado.¹⁹⁵

Asimismo “una forma coherente de entender el supuesto del plazo especial por complejidad del proceso, y limitar el peligroso abanico de posibilidades que genera, es asumir que el criterio de complejidad suponga conjunción de las circunstancias consistente en: Pluralidad de imputados, Pluralidad de agraviados y Pluralidad de imputados en el que el agraviado sea el Estado”.¹⁹⁶

Sin embargo, lo más importante es el tipo de proceso que diferencia a ambas regulaciones legales. En efecto, en el caso del CPP de 1940 el juez recibe la denuncia y decreta la detención en el Auto de Apertura de Instrucción. En el caso del nuevo CPP de 2004 se procede a ordenar la detención citándose a una audiencia para determinar la procedencia de la prisión preventiva. Es en esta audiencia que el juez determinará la procedencia o improcedencia de la detención preventiva. Desde un punto de vista garantista esta es una mejor opción en la Administración de Justicia como bien se observa en recientes informes.¹⁹⁷ Sin embargo, esta opción requiere entrenamiento de los fiscales penales antes de ponerla en vigor a nivel nacional y el diseño de la teoría del caso especial para supuestos de lavado, dado que no es igual al entrenamiento que se requiere para los delitos de sangre (v.gr. homicidios, lesiones, etc.). De nuestras entrevistas, pudimos constatar que el Tercer Juzgado Supraprovincial de Lima viene citando a audiencia para decidir sobre la procedencia de una detención preventiva, que incluso ha sido posible en un caso con numerosos imputados, en los plazos señalados en el nuevo CPP 2004.

Asimismo, actualmente en Lima, se viene presenciando una etapa de transición hacia la aplicación del nuevo Código Procesal Penal. En este contexto, algunos jueces penales vienen operando con nuevas fórmulas procesales. En este sentido, es de resaltar, la práctica que viene ejerciendo el Juez del Tercer Juzgado Penal Supraprovincial de Lima, quien considera, por ejemplo, pertinente utilizar como

¹⁹³ El Tribunal Constitucional considera “[...] que la seguridad es otro factor que incide en el criterio de la complejidad al determinar el plazo razonable de detención”. Exp. N.º 07624-2005-HC/TC. Lima, 2 de agosto de 2006.

¹⁹⁴ “Se realizan precisiones en torno al artículo 137º del Código Procesal Penal. Además, se señala que cuando en casos excepcionalísimos, el delito de tráfico ilícito de drogas represente un grave peligro para la seguridad ciudadana, la soberanía nacional, el estado de derecho y la sociedad en su conjunto, el juez podrá disponer la prolongación del plazo de detención más allá de 36 meses hasta el máximo permitido por ley, mediante resolución debidamente motivada”. Exp. N.º 07624-2005-HC/TC. Lima, 2 de agosto de 2006.

¹⁹⁵ En lo atinente a “la complejidad del asunto, este Colegiado ha sostenido en reiterada jurisprudencia que para su valoración es menester tomar en consideración factores tales como la naturaleza y gravedad del delito, los hechos investigados, los alcances de la actividad probatoria para el esclarecimiento de los eventos, la pluralidad de agraviados o inculpadados, o algún otro elemento que permita concluir, con un alto grado de objetividad, que la dilucidación de una determinada causa resulta particularmente complicada y difícil”. Exp. N.º 549-2004-HC/TC. Lima, 21 de enero de 2005.

¹⁹⁶ VÁSQUEZ VÁSQUEZ, Mario. “Plazo y suspensión de la detención judicial”. *Revista Actualidad Jurídica*. Tomo 97. Lima: Editorial Gaceta Jurídica. diciembre 2001, p.73.

¹⁹⁷ CEJAS. El primer aspecto que este estudio demuestra es el gran impacto que ha tenido la introducción de la audiencia para requerir y decidir la prisión preventiva en Perú, a partir de la vigencia del Nuevo Código Procesal Penal. Para este fin se analizan 112 audiencias sobre prisión preventiva en 7 distritos judiciales del país, lo que demuestra la puesta en práctica de los principios de oralidad, publicidad, inmediación, contradicción y derecho a la defensa. Asimismo, se demuestra que más allá de la necesidad de cambios normativos, es fundamental que el nuevo sistema de justicia penal represente cambios a nivel cultural de los operadores, que permitan prácticas de acercamiento de la justicia a los ciudadanos. En este sentido, la audiencia oral, pública y contradictoria, se visualiza como la mejor fuente de información para evaluar el desempeño de los operadores en el trabajo diario.

baremo de medición el plazo establecido en el artículo 271.1 del NCPP de 2004: el plazo máximo para calificar las denuncias con detenidos puede ser de hasta 48 horas contadas desde el ingreso de la pretensión fiscal al órgano jurisdiccional. Además, considera que el mandato de detención debe ser solicitado expresamente por el Ministerio Público, se debe convocar al Ministerio Público y a las defensas técnicas a una audiencia oral para determinar el pedido, la misma que se debe efectuar mediante audiencia pública.¹⁹⁸

En la misma línea, propone una interpretación garantista de las normas que regulan los mandatos de detención y comparecencia, cuestionando el procedimiento para ordenarlas —propio de prácticas inquisitivas aún vigentes— por infringir los principios acusatorio y de imparcialidad (pues el juez decide de oficio, sin requerimiento fiscal), y de defensa y de pluralidad de instancias (pues el imputado no tiene posibilidad de conocer la pretensión coercitiva ni de contradecirla antes de que se ordene en primera instancia). En tal sentido, propone una interpretación alternativa de la normas de procesales vigentes en Lima, acorde con la Constitución Política y los tratados internacionales sobre derechos humanos suscritos por el Perú, que garantice los principios precitados y permita que la imposición de medidas coercitivas se realice previo requerimiento fiscal y en una audiencia donde en forma oral y contradictoria, las partes sustenten sus correspondientes pretensiones.¹⁹⁹

4.5.2. Las medidas cautelares reales

El Código Procesal Penal de 1991 en su artículo 94 establece como medidas cautelares reales tanto al embargo como a la incautación en la que subsidiariamente se aplicará las reglas establecidas en el Código Procesal Civil. La medida de embargo recae sobre los bienes del inculpado que sean suficientes para cubrir el pago de la reparación civil. La incautación se aplicará siempre que existan suficientes indicios y recae en los objetos de la infracción penal o los instrumentos con que se hubiera ejecutado, así como los efectos, sean estos bienes, dinero o ganancias o cualquier producto proveniente de la infracción penal.

El Código Procesal Penal de 2004 reconoce varias formas de medida cautelar de naturaleza real cuya aplicación debe ser proporcional y necesaria.

¹⁹⁸ LOYOLA FLORIÁN, Manuel Federico. “El plazo para calificar denuncias fiscales con detenidos. El dilema entre la costumbre y una interpretación alternativa”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 17, Noviembre, 2010, p. 233. Asimismo, informa que los criterios aquí expuestos han sido unánimemente adoptados por los cuatro Juzgados Penales Supraprovinciales de Lima (que forman parte de la Sala Penal Nacional), convirtiéndose en los primeros órganos jurisdiccionales aún sujetos al sistema mixto que desarrollan y aplican interpretaciones alternativas garantistas derivadas de la Constitución Política y tratados sobre derechos humanos, dejando de lado las obsoletas prácticas inquisitivas el viejo sistema. Incluso, estos criterios ya han sido aplicados con éxito por el Tercer juzgado Penal Supraprovincial en la causa N° 277-2010. El 14 de setiembre de 2010, a las 20:55 horas, el fiscal formalizó denuncia por delito de lavado de activos contra 23 personas y, además, requería detención preventiva contra seis de ellas. Los plazos de detención estaban agotados. A las 21:35 horas, el juzgado expidió una resolución señalando que el plazo para calificar la denuncia sería de 24 horas. Paralelamente, convocó al Ministerio Público y a las defensas técnicas a una audiencia oral y contradictoria para el 15 de setiembre a las 11:00 horas, donde se debatiría la procedencia de los pedidos de detención. La audiencia se celebró puntualmente con participación de los abogados defensores y la Procuraduría Pública (el fiscal no asistió aun cuando estaba debidamente notificado). El 15 de setiembre a las 20:50 horas se dictó el auto de procesamiento contra 20 de los 23 denunciados y se declaró fundada la detención contra 4 de los 6 requeridos. Esta resolución fue íntegra y debidamente notificada a los abogados defensores el mismo día a las 21:50 horas. (*Ibid.*, p. 237).

¹⁹⁹ *Ibid.*, p.49.

En caso se trate del delito de lavado de activos en los lugares en donde está vigente el nuevo Código Procesal Penal (NCCP) de 2004 se pueden aplicar las siguientes medidas:

- Si el imputado de lavado de activos es un funcionario público se puede solicitar la suspensión preventiva de su cargo, empleo o comisión si este es de carácter público (artículos 297 y 298 del NCCP).
- Puede recaer la medida cautelar de embargo sobre ciertos bienes del imputado (artículo 303 del NCCP) o la incautación sobre los activos obtenidos ilícitamente (artículo 316 del NCCP).
- Cuando una Persona Jurídica esté inmersa en el proceso penal se puede solicitar que se apliquen las siguientes medidas preventivas: 1) la clausura temporal total o parcial de sus locales o establecimientos, 2) la suspensión temporal de todas o algunas de sus actividades, 3) el nombramiento de un administrador judicial, 4) el sometimiento a vigilancia judicial o 5) anotación o inscripción registral del procesamiento penal (artículo 321 del NCCP).

Ante la casi inexistente aplicación de la ley de pérdida de dominio, lo juzgados vienen aplicando con mayor eficiencia estas medidas cautelares. Por ejemplo: en el caso Valdez se ordenó el embargo preventivo sobre los bienes de los procesados que fueran suficientes para cubrir la reparación civil.

4.6. Aplicación de medidas cautelares por la Administración de Justicia

Como quedó reflejado del desarrollo anterior, las medidas cautelares están orientadas a asegurar la presencia y no interrupción del proceso por parte del imputado, viéndose limitada temporalmente su libertad individual. Por ejemplo, en el Caso Valdez, al dictarse el auto apertorio, el Juez estableció mandato de detención, y para ello, hizo el análisis de sus presupuestos fundamentales:²⁰⁰

- i) Suficiencia probatoria. En este punto observamos la aplicación por parte de la Administración de Justicia de la denominada “inversión de la carga de la prueba”. Así, se sostiene que no existe ningún elemento de prueba que demuestre el origen del capital que ha servido para conformar la estructura empresarial con la que cuenta Valdez en la actualidad, habiendo sido siempre vinculado en actividades de tráfico ilícito de drogas.²⁰¹
- Se estableció un desbalance patrimonial de dieciocho millones cuatrocientos cincuenta y siete mil setecientos dos nuevos soles.
 - Se ocultó información sobre compras y proveedores, además se probó su vinculación con otros grupos económicos vinculados al delito de lavado de activos.
 - Además se incrementó dolosamente el valor de los activos de sus empresas, a través de las “inyecciones de capital”, etc.

²⁰⁰ Auto Apertorio recaído en el Expediente N° 732-2008, de fecha 29 de octubre de 2008, pp.294 y ss.

²⁰¹ Auto Apertorio recaído en el Expediente N° 732-2008, de fecha 29 de octubre de 2008, p.295.

- ii) Pena probable. El delito materia de la denuncia contra el imputado se encuentra previsto en el último párrafo del artículo tercero de la Ley N°27765 –en su forma agravada–, el cual prevé una pena privativa de libertad no menor de 25 años.
- iii) Peligro procesal. Este criterio quedó determinado a través de varios hechos concurrentes. La probable elusión de la acción de la justicia quedó acreditada por medio de la Nota de Información N° 027-10-2007-DIRANDRO-PNP-OFINT-GIR-HCO, documento que señala que el imputado tendría planes de fuga del país.

En relación a la perturbación de la actividad probatoria, esta se deriva de las pericias contables realizadas que determinaron la ausencia de documentación necesaria para establecer la procedencia de los activos.²⁰² De esto se deriva que el imputado en ningún momento cumplió con las exigencias impuestas por las autoridades, sino que por el contrario, siempre buscó perjudicar la investigación. Motivos por los cuales no se ha podido determinar la procedencia de los activos.

Asimismo, si bien existe por parte del imputado un arraigo y domicilio establecido se debe tener en cuenta –principalmente– que el imputado forma parte –presuntamente– de una organización criminal dedicada al delito de lavado de activos provenientes del tráfico ilícito de drogas.

4.7. El juicio oral en los procesos contra lavado de activos

A los delitos de lavado de activos —de acuerdo al sistema procesal del Código de Procedimientos Penales— les corresponde un proceso ordinario.²⁰³ La etapa procesal del Juicio Oral que solo le corresponde a los procesos ordinarios es atendida por una Sala Penal colegiada integrada por tres jueces superiores penales (uno de ellos la preside) y que se inicia luego que el Fiscal Superior Penal emite su Acusación Penal.

Sin embargo, también el Fiscal puede retirar su Acusación. En este sentido, la Jurisprudencia peruana señala que esto último se puede presentar cuando:

Se advierte de autos que la actividad probatoria desplegada en el decurso del proceso y, significativamente, la practicada en el juicio oral, en cumplimiento de los principios de igualdad de armas, oralidad, contradicción y publicidad –que es la condición que justifica la institución del retiro de la acusación fiscal–, ha permitido enervar la imputación formulada contra el acusado por la comisión del delito de lavado de activos de tráfico ilícito de drogas; que, en efecto, no existe prueba de cargo, sólida y concreta, que corrobore la solitaria sindicación que formula en sede policial su co-procesado.²⁰⁴

La etapa del Juicio Oral se caracteriza por ser la más importante del proceso en el cual serán actuadas y valoradas las pruebas presentadas en la etapa de instrucción.

²⁰² Auto Apertorio recaído en el Expediente N° 732-2008, de fecha 29 de octubre de 2008.

²⁰³ Los procesos ordinarios se diferencian de los procesos sumarios en su tramitación dado que los primeros tienen dos etapas procesales bien definidas como son: la instrucción y el juicio oral; mientras que el segundo solo se agota en la etapa de la instrucción. Asimismo, los delitos más graves, teniendo en cuenta la pena a imponerse, siguen la secuela del proceso ordinario y la gran mayoría de delitos obedecen a un proceso sumario.

²⁰⁴ R.N. N° 2200-2003. Sala Penal Permanente. De fecha, 29 de setiembre de 2004.

Los principios constitucionales que orientan su actuación son: 1) Principio de oralidad. Caracterizada por la naturaleza oral en que se desarrolla, tanto los argumentos de defensa u otros planteamientos dados en juicio, los que deberán ser constados en las denominadas “actas de audiencia”. 2) Principio de inmediación. Como producto de la oralización de las pretensiones presentadas, en ese mismo acto se corre traslado a la parte contraria. 3) Principio de contradicción. Consiste en la oportunidad de poder plantear su pretensión y de ser el caso debatir cualquier cuestionamiento que se le haga. La Sala para dictar sentencia deberá haber escuchado los planteamientos de ambas partes. 4) Principio de continuidad. Este principio busca la conclusión más rápida y racional posible del proceso –desde la acusación hasta la sentencia–, evitando interrupciones indebidas. 5) Principio de preclusión. Consiste en determinar estrictamente las funciones de cada etapa del proceso penal. Es por ello que, durante el juicio oral solamente se podrá actuar y valorar pruebas, y no por ejemplo, establecer actos judiciales de investigación.

Asimismo, en este momento cada una de las partes puede presentar medios de prueba, o en su caso, plantear una excepción procesal. Así, por ejemplo, la parte acusada -en este caso por delito de lavado de activos– puede presentar una excepción de naturaleza de acción –artículo 5 primer párrafo del Código de Procedimientos Penales– p.e. aduciendo que su conducta no constituye delito de lavado de activos, sea porque el origen de los activos de su empresa son lícitos, o porque el imputado actuó bajo el criterio de prohibición de regreso. Con ello, el imputado buscará anular la acción penal a instancia del juicio oral lo que traería como consecuencia el archivo definitivo del proceso.

En el Juicio Oral se lleva a cabo el correspondiente *interrogatorio de los imputados*; en caso hubiera contradicción entre ellos, se pasaría a la confrontación. Luego se da paso a la *declaración de los testigos de cargo o descargo*. La práctica de los juicios orales persiste en la lectura de las actas de las sesiones anteriores, lo que exige mayor tiempo y hace que las audiencias se prolonguen (p.e. en uno de los varios juicios orales que se realizaron ante la Tercera Sala penal de la Corte de Justicia del Callao en el conocido caso Hayduk —por TID y lavado de activos— se realizaron aproximadamente más de treinta audiencias con una duración de hasta seis meses).

Un punto importante en el desarrollo del proceso contra el delito de lavado de activos es la *actuación de documentos o de las pericias* contables de oficio porque es en este momento en que la defensa técnica del Acusado la contradice o cuestiona su contenido, siendo la más usual la de contrastarla con las pericias de parte. De la experiencia en el tema, las deficiencias que se observan en la elaboración de las pericias oficiales²⁰⁵ originan que los magistrados se conviertan en peritos de peritos, sin contar con las pericias de parte que son mejor elaboradas. Ello motiva que los

²⁰⁵ De acuerdo a los peritos policiales es importante indicar que la labor del Perito de Oficio es bastante compleja, comparada con la del Perito de Parte, ya que para detectar desbalances patrimoniales u operaciones de lavado de dinero/activos, debe revisar, analizar y evaluar una gran cantidad de información documental contable contrastándola con la remitida por la SUNAT, SUNARP, BANCOS, etc., abarcando periodos amplios (hasta más de 10 años), llegando finalmente a las conclusiones. Mientras que el perito de parte se basa solo en las conclusiones para refutarlas, presentando los documentos que no fueron entregados a los peritos de oficio en algunos casos y en otros —cuando le es conveniente—, aducen que las empresas no se encuentran obligadas a conservar sus libros y documentos contables por más de cinco años, vacíos que en el proceso los favorece. Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011.

fiscales tengan dificultades para la sustentación de su acusación en la etapa final del juicio oral.

También, las partes hacen uso de la “lectura de piezas procesales”. Por ejemplo, el acusado puede solicitar que se de lectura a parte del expediente, en el que se identifica un contrato suscrito por él con otra empresa por motivo de un negocio lícito en el que se señala las ganancias que obtuvo que es igual al monto equivalente al supuesto desbalance de patrimonio planteado por la acusación. Sin embargo, debido a la falta de análisis de admisión de los medios de pruebas, esta etapa de lectura de piezas resulta muchas veces verdaderamente tediosa pues las partes frecuentemente insisten en la lectura de muchas de las piezas procesales cuya importancia probatoria es discutible. La aplicación del NCPP del 2004 podría mejorar esta situación.

Luego de escuchada la acusación oral del representante del Ministerio Público, se pasa a los *alegatos de defensa*, siendo el orden de presentación el siguiente: abogado de la parte civil, tercero civilmente responsable y el abogado del imputado.

Después de los alegatos finales y antes de la sentencia las partes tienen derecho —defensa material— a dirigir unas últimas palabras ante la Sala. Este derecho tiene por finalidad como bien señala Roxin “poder expresarse concluyentemente sobre la materia del proceso y en que los jueces deben retirarse a la Sala de deliberaciones con la impresión reciente y última de su persona y de su visión de lo sucedido”.²⁰⁶ El Juicio Oral concluye con la Sentencia emitida por la Sala penal, la misma que puede ser recurrida por la parte perjudicada mediante Recurso de Nulidad. En el Nuevo Código Procesal Penal de 2004, los delitos de lavado de activos, son instruidos mediante las reglas del Proceso Común.²⁰⁷

4.8. El proceso de pérdida de dominio en relación al delito de lavado de activos

4.8.1. Consideraciones político-criminales acerca de la pérdida de dominio en el Perú

La Ley de pérdida de dominio no ha significado un aporte en la lucha contra la criminalidad organizada ni ha generado los niveles de prevención general en los delitos que sirven como presupuestos para su aplicación.

Su impacto es todavía deficitario dado que la carga procesal por pérdida de dominio a nivel nacional es mínima, existiendo a nivel del Ministerio Público solo 13 investigaciones y a nivel Judicial 2 procesos.²⁰⁸

Asimismo, sus resultados aplicativos resultan ser mínimos porque solo se logró efectivizar a nivel nacional en (06) bienes muebles y (13) inmuebles.

4.8.2. Análisis jurídico-penal de la ley de pérdida de dominio

El proceso de pérdida de dominio constituye una herramienta jurídica para la lucha contra el crimen organizado como resultado de iniciativas y acuerdos

²⁰⁶ ROXIN, Claus. *Derecho procesal penal*. Buenos Aires, Editores del Puerto, p.360. Traducción de la 25ª ed. alemana por Gabriela Córdova y Daniel Pastor.

²⁰⁷ En el Nuevo Código Procesal Penal de 2004 solo existe un proceso para todos los delitos, cual es el Proceso Común.

²⁰⁸ Fuente: MEDINA, Sonia. *El delito de Lavado de Activos*. Exposición de la Procuradora Pública Antidrogas del Estado peruano en el seminario CEDRO. Lima 1.10.2010.

internacionales.²⁰⁹ Existe una muy limitada aplicación de esta figura en los actuales procesos judiciales, lo que ha motivado que se postulen ajustes a la normatividad existente a través de un Proyecto de Ley del Ministerio de Justicia.

Este Proyecto es del mes de noviembre de 2009, y se elaboró con el apoyo de la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito-UNODC que conformó un grupo de trabajo interinstitucional²¹⁰ para el fortalecimiento del proceso de la pérdida de dominio. El objetivo era adecuar el proceso de la Pérdida de Dominio a algunos aspectos procesales del Nuevo Código Procesal Penal de 2004; que se incorporen el procesamiento de los bienes ilícitos producto de los delitos de corrupción y otros aspectos. El proyecto modificatorio²¹¹ fue culminado por el Grupo, estando pendiente de elevarse para aprobación en el Consejo de Ministros. Los cambios efectuados fueron explicados por el Director Nacional de Justicia del Ministerio de Justicia,²¹² entre los que tenemos: la ley vigente no incluye ningún delito de corrupción y se aplica a casos relacionados a narcotráfico, lavado de activos, trata de personas y secuestro, entre otros, sin embargo con la aprobación de las modificaciones sí se incluirá la pérdida de dominio relacionada con los delitos de corrupción de funcionarios. Asimismo, con las modificaciones planteadas a la ley será posible que el Estado pueda intervenir las propiedades de los involucrados en casos de corrupción, recuperarlas y someterlas a subasta con lo cual ese patrimonio se integrará a la sociedad de manera transparente.

De *lege lata*, mediante el Decreto Legislativo N° 992 del 22 de julio de 2007 y su reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 010-2007-JUS del 21 de octubre del 2007, que a su vez fue modificado por Decreto Supremo N° 012-2007-JUS, se reguló esta figura en nuestro ordenamiento jurídico. Posteriormente, la Ley N° 29212 de 18 de abril de 2008, que se encuentra vigente actualmente, modificó al Decreto Legislativo N° 992.

El objeto de la Ley de pérdida de dominio está orientado a declarar el no reconocimiento del Derecho de propiedad por tener este un origen ilícito o contrario al ordenamiento jurídico en general. De tal modo que, el proceso de pérdida de

²⁰⁹ Los antecedentes del proceso de pérdida de dominio se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas (Viena, 1988); el Convenio sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de los productos de un delito (Estrasburgo, 1990); la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000).

²¹⁰ El grupo estuvo conformado por representantes del Ministerio de Justicia; el Poder Judicial; Superintendencia de Banca, Seguros y AFP; Superintendencia de Registros Públicos; Policía Nacional del Perú; Fiscalía de la Nación; Procuraduría Pública a cargo de los asuntos del Ministerio del Interior relativo a Tráfico Ilícito de Drogas; la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas del Ministerio del Interior; y la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Proceso de Pérdida de Dominio. Los temas antes citados y otros, fueron considerados para el análisis del Grupo, como parte de las opiniones de diversos funcionarios capacitados entre jueces, fiscales, procuradores, miembros de la Policía Nacional, defensores de oficio y funcionarios de la oficina de los Registros Públicos- un total de 1,462- los años 2008 y 2009 en los Talleres denominados: “Lucha contra el Crimen Organizado: El proceso de Pérdida de Dominio y, su desarrollo y los mecanismos de investigación patrimonial”. Estos Talleres se llevaron a cabo en diversas Regiones del Perú, específicamente en: Lima, Arequipa, Trujillo, Tacna, Pucallpa, Iquitos y Cusco, en el marco del Proyecto ejecutado por UNODC denominado “Fortaleciendo capacidades para identificar, incautar y recuperar activos ilícitos”.

²¹¹ La propuesta del Ministerio de Justicia plantea modificar los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, las disposiciones finales transitorias y las disposiciones finales complementarias; asimismo incorpora los artículos 1-A y 15-A de la Ley N° 29212, Ley de Pérdida de Dominio.

²¹² URL: <<http://www.minjus.gob.pe/prensa/detalle.asp?strNoticiaId=01113>>.

URL: <<http://www.youtube.com/watch?v=m4csIFAHSls>>.

URL:<<http://www.justomedio.com/18321/impulsan-cambios-a-ley-de-perdida-de-dominio-para-enfrentar-corrupcion>>.

dominio surge como un mecanismo que declara la extinción de la propiedad o posesión por haber sido adquirido por medios que se encuentran fuera de los límites permitidos por la ley cuya consecuencia es que dichos bienes regresen a poder del Estado. Su finalidad está orientada a desestimular la adquisición de patrimonios que no se ejerza en armonía con el bien común y dentro de los límites que señala la Constitución.

La extinción de dominio no puede recaer sobre la masa patrimonial que constituye el objeto del delito, porque no es necesariamente de procedencia ilícita y además su titular es la propia víctima, el sujeto pasivo del delito y el titular del bien jurídico afectado.²¹³

Sin embargo, existe un duro cuestionamiento a la institución jurídica de pérdida de dominio. En esta línea Rojas Vargas señala enfáticamente que las normas que regularon el proceso de pérdida de dominio tienen como objeto a través de un proceso sumarísimo, declarar la extinción de derechos y los títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna, en un contexto en el cual la ilicitud poseía naturaleza formal y presuntiva, es decir, no requería ser valorada ni declarada como tal en sentencia judicial, proceso judicial o proceso de investigación fiscal, policial: más aun no requería que existiera ninguna de dichas circunstancias de juridicidad.²¹⁴

4.8.3. Alcances y contenido de la ley de pérdida de dominio

El termino “dominio” debe ser entendido como propiedad o posesión de una cosa corpórea o de bienes inmateriales²¹⁵. Es decir, se trata de un derecho real a una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, siempre que no sea contra la ley o contra el derecho ajeno.

La Ley de pérdida de dominio crea un nuevo supuesto de extinción de la propiedad²¹⁶ o de la posesión a las ya reguladas constitucionalmente como la expropiación, la muerte o la enajenación, la resolución judicial firme que declare la pérdida de dominio y la extinción de los derechos y/o títulos de bienes principales o accesorios.

Asimismo, esta forma de extinción de la propiedad para algunos resulta inconstitucional porque “en nuestro ordenamiento, las formas de adquisición de propiedad se encuentran reguladas en el Código Civil, y de cumplirse dan lugar a la transferencia válida de propiedad; la misma que, una vez obtenida, no puede ser confiscada por ninguna norma, habida cuenta de que ello generaría una infracción constitucional. Es decir, la Ley de Pérdida de Dominio anterior (Decreto Legislativo N° 992), su Reglamento y la nueva Ley N° 29212 han sido creadas de espaldas a nuestro texto constitucional; dejándose de lado que lo que tal vez resulta aplicable y

²¹³ CONTRERAS GONZÁLEZ, María Elena. “El proceso de pérdida de dominio y el aseguramiento de bienes”. En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, Tomo 7, enero, 2010, p.175.

²¹⁴ ROJAS VARGAS, Fidel. “La nueva Ley de Pérdida de dominio”. En: *Revista Jus Doctrina & Práctica*. N° 4 Lima, abril de 2008, p.8.

²¹⁵ *Ibid.*, p.10.

²¹⁶ Informe de la Defensoría del Pueblo. Análisis de los Decretos Legislativos promulgados al amparo de las facultades otorgadas por la Ley N° 29009. Lima, agosto de 2007: “se trata de una nueva forma de extinción de la propiedad que tiene por finalidad terminar el vínculo real entre el propietario y el bien, a favor del Estado. Se genera por el origen ilícito de la relación de propiedad y en caso de concretarse la pérdida de dominio no existe ninguna contraprestación por parte del Estado, precisamente por este tipo de origen.”

eficaz en el ordenamiento colombiano, no necesariamente debe resultar óptimo en la legislación peruana. Así la ley y su reglamento constituyen un supuesto de ley importada que, en lugar de contribuir con el sistema jurídico nacional [...] genera una contradicción insubsanable que afecta lo establecido en nuestra Constitución, y por tanto, desborda lo establecido en la ley penal, en la ley civil y en el reglamento de administración de bienes incautados por tráfico ilícito de drogas, aplicado por la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas del Ministerio del Interior (OFECOD)”.²¹⁷

4.8.4. El proceso de pérdida de dominio

El proceso de pérdida de dominio o extinción de la propiedad o posesión es un mecanismo procesal independiente a un proceso penal cuya finalidad es evitar que se legalice el patrimonio obtenido ilícitamente.²¹⁸ Asimismo, el artículo 5 de la Ley N° 29212 señala que el proceso de pérdida de dominio constituye “una acción distinta e independiente de cualquier otra”.

El proceso de pérdida de dominio únicamente tiene como objeto la calificación sobre la procedencia ilícita o no de los bienes afectados en un proceso penal instaurado por los siguientes delitos: tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o lavado de activos derivados de aquellos. Por tal motivo, en el proceso de pérdida de dominio no se trata acerca de la responsabilidad personal del agente del delito previo.

Se trata de un proceso: autónomo (de una acción independiente tanto del derecho penal como del derecho civil), público (el ordenamiento jurídico solo protege el dominio lícito), objetivo (se sustenta en hechos y medios de prueba, excluye por tanto, la suposición, la presunción o la incertidumbre) y jurisdiccional (es declarada por el juez).

El presupuesto esencial para declarar extintos los derechos y/o títulos es que los bienes se hayan obtenido como producto de actividades ilícitas, esto es, de conductas dirigidas a la obtención de un patrimonio en las que se han utilizado formas prohibidas por la ley.

Se consagra así una acción de carácter real vinculada a la responsabilidad penal, pero que sin embargo, no es una pena, ni una consecuencia accesoria de la responsabilidad penal, pues su fin, en esencia, es el extinguir el dominio de bienes adquiridos como consecuencia de actividades ilícitas, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna para su propietario o poseedor. Esto implica el cese de dependencia entre el bien mueble o inmueble y el poseedor o propietario del mismo, sea que lo haya obtenido de buena o de mala fe.

Lo ilícito en la presente Ley de pérdida de dominio se circunscribe a lo punible, por lo que esta acción está subordinada a la comisión de un delito. De esta manera, se debe demostrar la vinculación a alguno de los delitos a los que se refiere la norma.

²¹⁷ CHANG KCOMT, Romy. “Ley de Pérdida de Dominio un enfoque civil y penal”. En: *Jus –Doctrina & Práctica*, N° 4, Lima, 2008, p.33.

²¹⁸ CACERES JULCA, Roberto: El proceso de pérdida de dominio & las medidas cautelares en la investigación preliminar, IDEMSA Lima 2008, p.35

Afecta bienes de naturaleza real sin distinguir entre propietarios o poseedores, por lo que la persecución del bien es independiente de la persona sobre quien resida la titularidad del bien. Procede sobre bienes o cualquier título, derecho real o patrimonial, principal o accesorio, independiente de quien ostente la posesión o propiedad, incluso afecta bienes objeto de sucesión intestada o testamentaria (artículo 5 de la Ley N° 29212). Ello significa que nadie puede transmitir más derechos de los que es titular, ni pretender la calidad de titular legítimo de la propiedad o posesión sobre bienes ilícitamente adquiridos; ya que el bien no se legitima por el solo hecho de la muerte de quien lo adquirió, nada se opone a que la extinción de dominio proceda aún cuando los bienes se encuentren ya en manos de los herederos de aquél.

La norma señala los bienes que son sujetos de proceso de pérdida de dominio: 1) Los instrumentos, se trata de los elementos materiales a través de los cuales los autores de una infracción penal se han valido para preparar, cometer, completar o encubrir el hecho delictivo. Instrumento del delito es todo bien que directamente vincule a la conducta típicamente antijurídica y la perpetración.²¹⁹ 2) Los objetos materia del delito, es la cosa sobre la que recae la acción u omisión que configura el tipo penal. Así, por objeto se entiende el bien que permite se concrete el hecho ilícito y 3) Los productos, son los bienes o beneficios que se obtienen de la comisión del delito.

Respecto a su aplicación, los efectos jurídicos de la Ley de pérdida de dominio solo tienen lugar en las adquisiciones ocurridas con posterioridad a la ley. En este sentido, la extinción de dominio solo puede regir hacia el futuro por lo que se excluye la retroactividad.

La extinción de dominio, al ser una acción de naturaleza pública, se rige por los plazos de prescripción del Código Civil, así lo señala el artículo 6 de la Ley N° 29212 que modifica el artículo 7 del Decreto Legislativo N° 992. De este modo la adquisición de bienes para los casos de mala fe sería de 10 años, tal como lo señala el Código Civil.

La investigación respecto al presunto patrimonio adquirido ilícitamente es una obligación del Ministerio Público, el ejercicio de la acción procesal, es una potestad, acorde a los hechos que se descubran.

Existe un deber de informar sobre la procedencia ilícita de los bienes (artículo 4 de la Ley N° 29212) en dos sentidos: los obligados a informar al Ministerio Público de la existencia de bienes de origen ilícito, en el ámbito público, son “los funcionarios públicos”. Para tal efecto, la comunicación que hicieran en este sentido, debería estar sustentada y acompañada de los recaudos que acrediten la preexistencia del bien, su descripción e individualización y los elementos que la sustenten. De la lectura de dichos artículos, pareciera que la norma desea colocar a cualquier ciudadano en una posición de garante respecto de la existencia de cualquier bien de dudosa procedencia, al exigir a cualquier persona natural dar cuenta del mismo a las autoridades correspondientes.²²⁰ Solo es posible iniciar una investigación si está

²¹⁹ SAN MARTÍN CASTRO, César Eugenio, CARO CORIA, Dino Carlos y José Leandro REAÑO PESCHIERA. *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación para Delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*. Lima: Jurista Editores, 2002, p.397.

²²⁰ CHANG KCOMT, Romy. *Ob. cit.*, p.29.

individualizado el bien, su propietario o poseedor, así como cualquier otro elemento que sustente la preexistencia del mismo.

Los artículos 9, 10 y 11 de la Ley N° 29212 establecen la estructura del Proceso de Pérdida de Dominio en tres etapas:

Primera Fase.- Aquí el Fiscal Provincial promueve una investigación para identificar bienes sobre los que podría iniciarse el proceso de pérdida de dominio. En esta fase el Fiscal está facultado para: 1) Requerir información y documentación respecto de los bienes materia de investigación a instituciones públicas y/o privadas. 2) Obtener la información registral que resulte necesaria y sus antecedentes. 3) Recabar, de ser el caso, la información de las personas naturales o jurídicas vinculadas a la investigación. 4) Disponer la valorización de los bienes, designándose como peritos a especialistas que, de preferencia, se hallen sirviendo al Estado, o de ser el caso requerir la que se haya practicado (modificado por Decreto Supremo N° 012-2007-JUS). 5) Practicar diligencias de exhibición, inspección, allanamiento y otras que resulten necesarias para el mejor esclarecimiento de los hechos, con arreglo a ley, 5) Gestionar el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y reserva bursátil, conforme a la normatividad vigente (modificado por Decreto Supremo N° 012-2007-JUS). 6) Disponer exámenes contables, financieros y otros necesarios. 7) Las demás que sean pertinentes y contribuyan a los fines de la investigación.

La información que el Fiscal requiera a las instituciones públicas o privadas, deberá ser proporcionada por estas en un plazo no mayor de 72 horas, bajo responsabilidad. Las actuaciones son reservadas, pudiendo el Fiscal declarar el secreto de algunas de éstas, o de la documentación contenida en el expediente respectivo.

Segunda Fase.- Esta se inicia con la formalización de la investigación preliminar mediante resolución debidamente motivada, en la que se identifican los bienes y se detallan los elementos de convicción directos o indiciarios y que puede culminar con el archivo de la investigación preliminar o con la decisión del Fiscal de demandar la declaración de pérdida de dominio ante el juez penal competente.

El juez puede o no admitir a trámite la demanda, se sujeta para ello a lo previsto en el inciso 7 del artículo 427 del Código Procesal Civil, puede declarar improcedente la demanda si esta contiene una indebida acumulación de pretensiones, “[...] si se advierte la falta de congruencia entre los extremos que contienen las pretensiones demandadas y la documentación que les sirve de amparo”.²²¹ Si se declara improcedente una demanda, debe notificarse al demandado con el concesorio de la apelación interpuesta por el actor, de conformidad con el artículo 427, último párrafo del Código Procesal Civil. Confirmada la resolución [de la instancia] que declara improcedente la demanda, también se notificará al demandado esta resolución, toda vez que tal resolución tiene efectos para las partes y habiéndose apersonado el demandado, con mayor razón debe tomar conocimiento de la resolución definitiva.²²² También puede el juez penal de acuerdo con el artículo 426 del Código Procesal Civil, declarar inadmisibile la demanda, en cuyo caso “ordenará al demandante que subsane la omisión o defecto anotado en un plazo no mayor de [diez] días. Se

²²¹ ZAVALETA CARRUITERO, Wilvelder. *Código Procesal Civil. Tomo I*. Lima: Editorial Rodhas, 2006, p.580.

²²² Ejecutoria del 7 feb. 1996. *Ibid.*, p.267.

advierde que si bien es cierto que es criterio discrecional del juez la fijación del plazo a conceder en la resolución de inadmisibilidad, también lo es que dicho plazo debe ser fijado prudencialmente.²²³

Tercera Fase.- es una fase jurisdiccional en la que se corre traslado al demandado de la demanda y sus anexos, así como a los intervinientes si los hubiera, para que contradigan el petitorio del Fiscal Provincial; con la contradicción o sin ella se emite sentencia ya sea desestimando la demanda o declarando la pérdida de dominio o extinción del dominio, la misma que puede ser apelada en ambos casos.

La demanda debe ser clara, dada su condición de pieza fundamental dentro de la estructura del proceso. En el escrito de demanda se debe indicar clara e inequívocamente el contenido y alcances de sus pretensiones, pues solo así la actividad probatoria justificará su propósito y fines, más aún cuando en función de ellas el juzgador deberá en su momento emitir el fallo respectivo, declarando el derecho invocado por las partes.²²⁴

La extinción se configura como una sanción objetiva, emitida por el órgano jurisdiccional competente,²²⁵ que procede únicamente ante la demostración de alguno de los supuestos consagrados en el artículo 2 de la norma bajo comento.

Asimismo, la norma incluye otros principios como: la buena fe, la carga probatoria del Estado, la carga dinámica de la prueba y el principio de presunción de inocencia.

El artículo 11.2 de la Ley N° 29212 literales “a” y “c” concordante con el artículo 7, establece que la carga de la prueba corresponde a quien afirma una pretensión. El demandado tiene la potestad de utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Así, una vez admitidas y practicadas las pruebas declaradas pertinentes, al juez penal le compete su valoración conforme a las reglas de la lógica y de la sana crítica, según lo alegado y probado, fallando en consecuencia con ello.

Cabe precisar que el derecho a la prueba, no tiene carácter absoluto, por lo que no faculta al sujeto procesal a exigir la admisión de todas las pruebas que pueda proponer en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquéllas que sean pertinentes, correspondiendo al órgano jurisdiccional el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas propuestas, por lo que debe de motivar razonablemente la denegación de las pruebas presentadas.

Para entender lesionado este derecho será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la no admisión de una prueba se haya producido debidamente, en aplicación estricta de las normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda. Esto se puede

²²³ Exp. N° 495-2002, 2° S. C. de Lima, 17 jun. 2002. En: LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. *Jurisprudencia Actual. Tomo 6*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, pp.554-555.

²²⁴ Casación N° 1672-2004-Callao, Sala Civil de la Corte Suprema, Lima, 30 mayo 2005. En: *JUS-Data Jurisprudencia 1*.

²²⁵ Es una acción judicial, porque se trata de un mecanismo a través del cual se desvirtúa la legitimidad de la propiedad o posesión ejercido sobre unos bienes. Este mecanismo tiene que ser declarado a través de un acto jurisdiccional del Estado que esté rodeado de todas las garantías constitucionales, procesales y las que la ley determina, con autonomía, independencia e imparcialidad del órgano jurisdiccional.

presentar cuando se presenten medios de prueba inidóneos para probar la naturaleza lícita del bien o cuando siendo admisible el medio de prueba, este se presenta fuera de los plazos previstos por la ley bajo comentario. En conclusión, se entenderá vulnerado este derecho en caso de denegación o inejecución imputables al *a quo* que no admite o no ejecuta las pruebas relevantes sin considerar razones jurídicas o mediante una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

Debe precisarse que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba (referida a su admisión, a su práctica, o a su valoración, etc.) puede causar por sí misma indefensión material relevante desde el punto de vista constitucional, toda vez que para que pueda considerarse vulnerado el derecho fundamental a la prueba, las irregularidades u omisiones procesales deben determinar un efectivo estado de indefensión.

Ahora bien, la garantía a utilizar los medios de prueba cubre solo aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa, esto es que de haberse practicado la prueba omitida, o si se hubiese practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser favorable a quien se ve afectado con la infracción del derecho fundamental.²²⁶

El artículo 11 de la Ley N° 29212, señala que “El Fiscal Provincial Titular más antiguo inicia el trámite de la investigación preliminar mediante resolución debidamente motivada, en la que se identifican los bienes y se detallan los elementos de convicción directos o indiciarios”.

El artículo 2 de la Ley N° 29212 establece tres supuestos por los cuales se puede dar inicio a una investigación y posterior proceso para la declaración de pérdida de dominio de un bien: 1) Cuando los agentes estén procesados por los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o lavado de activos derivado de la comisión de los delitos anteriormente señalados; o tratándose de estos delitos se haya archivado el proceso penal por cualquier causa y se trate de bienes intrínsecamente delictivos o cuando no se haya desvirtuado la obtención ilícita de aquellos. 2) Cuando los bienes o recursos afectados en un proceso penal provengan directa o indirectamente de una actividad ilícita; o de la enajenación de otros de origen ilícito; o hayan sido destinados a actividades ilícitas, vinculadas a uno de los delitos precisados en el inciso a). 3) Cuando los derechos y/o títulos afectados en un proceso penal que recaigan sobre bienes de procedencia lícita, hayan sido utilizados o destinados dolosamente por sus titulares para ocultar o lavar bienes de ilícita procedencia; vinculados a uno de los delitos precisados en el inciso a).

²²⁶ En concreto, para que se produzca violación del indicado derecho fundamental, el Tribunal Constitucional español exige “que concurren dos circunstancias: a) la denegación o inejecución han de ser imputables al órgano judicial; y b) la prueba denegada o impracticada ha de ser decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida. Esta última exigencia de acreditación de la relevancia de la prueba denegada se proyecta, según nuestra jurisprudencia, también en un doble plano: por un lado, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otro lado, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; solo en tal caso -comprobado que el fallo del proceso a quo pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado- podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita el amparo constitucional”. STC N° 35/2001, Madrid, 12 de febrero de 2001, FJ. 6.

5. La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD)*

Mediante Decreto Ley N° 22095 del 21 de febrero de 1978, se creó la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD), la misma que fue incorporada a la estructura del Ministerio del Interior, en la condición de órgano de coordinación, bajo dependencia directa y exclusiva de dicho Ministerio.

La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas conduce las acciones para lograr los objetivos previstos en la Ley contra el Tráfico Ilícito de Drogas, para ello planea, norma, coordina, ejecuta y controla las actividades que a nivel nacional sean necesarias para la erradicación de los cultivos excedentes de coca, el fortalecimiento de las relaciones multisectoriales contra el tráfico ilícito de drogas, la promoción de las acciones de prevención contra el consumo indebido de las drogas, el logro de la cooperación y el mantenimiento de las relaciones internacionales y la administración de las drogas y los insumos químicos decomisados y de los bienes incautados.

5.1. Funciones de la OFECOD

La principal función de la OFECOD es administrar y controlar los bienes muebles e inmuebles incautados por Tráfico Ilícito de Drogas, sin embargo, conforme a la norma que la crea, se le encargan también otras funciones.

Conforme al artículo 69 del Decreto Ley N° 22095, modificado por el Artículo 6 del Decreto Ley N° 22926, luego que se destruyen las drogas decomisadas, los demás bienes decomisados e incautados durante la investigación policial y el proceso judicial, deben ser puestos a disposición de la OFECOD, la que los asignará para el servicio oficial de las dependencias públicas, según las prioridades que establezca el Comité Multisectorial de Control de Drogas. La Oficina Ejecutiva de Control de Drogas para el cumplimiento de la misión cuenta con la Dirección de Incautaciones, que se encarga del registro, asignaciones, devoluciones, control y de bienes incautados por tráfico ilícito de drogas.

5.2. Procedimiento para incautación, asignación, devolución y control de bienes

Para estos efectos, mediante Resolución Ministerial N° 001-IN-OFECOD-F, se aprobó el Reglamento de Administración de Bienes Incautados por Tráfico Ilícito de Drogas de la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas, a efectos de normar los procedimientos de incautación, asignación, devolución, control y otros relacionados con la administración de los bienes decomisados o incautados por tráfico ilícito de drogas (TID).

Este reglamento persigue entre otros objetivos los siguientes:

- a. Velar por la habitabilidad, operatividad, conservación y uso de los bienes (inmuebles, vehículos, equipos y otros bienes) incautados y asignados en beneficio de las dependencias públicas, dado el alto valor que representan y la posibilidad de pasar a ser propiedad del Estado.
- b. Dar cumplimiento a lo dispuesto por la Ley de Represión del Tráfico Ilícito de Drogas, Capítulo VI. “Decomisos e Incautaciones”, para garantizar la administración eficiente de los bienes incautados por el tráfico ilícito de drogas.

* Nota del Editor: Este punto ha sido elaborado por la Dra. Verónica Zambrano. Su ubicación en este capítulo por parte de los editores responde a que la incautación y puesta a disposición de los bienes a la OFECOD es hecha por la PNP a través de su unidad incautadora, dentro de la fase de investigación del delito.

Los procedimientos establecidos en el referido reglamento serán observados por los organismos del sector público y en particular por la Oficina Ejecutiva de Control de Drogas (OFECOD) y las Fuerzas Policiales.

5.3. Etapas para la incautación, asignación, devolución y control de bienes

5.3.1. Decomisos e incautaciones

Se deben decomisar y/o incautar las especies y bienes que hayan servido y facilitado el delito de tráfico ilícito de drogas, así como los muebles, equipos, enseres y otros que se encuentran en el interior de los inmuebles, previa “Acta de Incautaciones e Inventario”.

Mediante comunicación escrita, las Fuerzas Policiales (unidades incautadoras) pondrán directamente a disposición de la OFECOD, todos los bienes incautados, simultáneamente al curso que den al atestado ante la autoridad competente y la comunicación que ejecuten a su Comando respectivo, bajo responsabilidad legal.

Los bienes deben ser puestos a disposición adjuntando copia del “Acta de Incautación e Inventario”. En este documento, cuando se trata de vehículos y equipos, claramente se precisará el estado de su funcionamiento y conservación así como el de sus piezas y autopartes. Al tratarse de inmuebles, se indicará la descripción de arquitectura y su contenido de muebles, enseres, equipos y otros que hubieren en el interior de cada compartimiento; precisando el estado de conservación y funcionamiento, y reseña o características de fábrica que faciliten su clara identificación. El original de dicha “Acta de Incautación e Inventario” formará parte del atestado correspondiente. Una copia del atestado policial será remitida por la unidad incautadora a la Procuraduría General de la República a cargo de los asuntos contra el tráfico ilícito de drogas.

Todos los bienes incautados, una vez puesta a disposición de la OFECOD, quedarán, *inmovilizados* no pudiendo ser utilizados por ningún motivo, hasta su asignación o disposición conveniente por la OFECOD, que es el organismo responsable de su administración.

La Unidad Incautadora será responsable de la conservación e integridad de los bienes incautados e inmovilizados, a fin de evitar la pérdida, deterioro e inoperatividad de vehículos y equipos; así como de la sustracción y/o sustitución de muebles, enseres y otros que contienen los inmuebles, como de su ocupación por personas ajenas.

5.3.2. Asignaciones

Los bienes incautados por tráfico ilícito de drogas, son entregados no a título de propiedad, sino en forma transitoria, hasta que se resuelva la situación legal a que están sometidos. La sentencia podrá ser absolutoria o condenatoria, disponiéndose en el primer caso, la devolución a su propietario, y comunicando en el segundo a la Dirección General de Bienes Nacionales del Ministerio de Vivienda, para su asignación definitiva.

Las Fuerzas Policiales pueden solicitar la asignación de bienes incautados por tráfico ilícito de drogas, a través de su respectiva Dirección Superior y por intermedio de la Dirección General de las Fuerzas Policiales. Las Fuerzas Armadas pueden solicitar la asignación de bienes incautados por intermedio de sus Despachos Ministeriales, dirigidos al Señor Ministro del Interior. Los Poderes del Estado, y demás

dependencias públicas pueden solicitar asignaciones a través de sus niveles de Alta Dirección.

La OFECOD ejecutará las asignaciones siguiendo las prioridades que establezca el Comité Multisectorial de Control de Drogas y a lo establecido en sus planes y programas.

5.3.3. Conservación de los bienes

Las instituciones beneficiadas con la asignación de un bien o bienes observarán bajo responsabilidad los siguientes procedimientos:

- a. Recepcionado el bien, remitirán a la OFECOD copia del “Acta e Inventario de Entrega-Recepción”
- b. El bien o bienes asignados serán inscritos en el registro de bienes, que cada dependencia cuenta para el control de sus activos.
- c. Los bienes asignados serán destinados únicamente para el uso oficial del servicio. El incumplimiento de este procedimiento principalmente traerá consigo la anulación de la asignación.
- d. Cuando se produzcan ceses, cambios o destagues de personal, los vehículos permanecerán en las dependencias a la que se contrae el Oficio de asignación, no pudiendo ser trasladados a otras dependencias o jurisdicciones. Los vehículos con indicaciones pormenorizadas de sus accesorios y situación de operatividad, obrarán en el estado de entrega o relevo.
- e. Es responsabilidad exclusiva de la dependencia usuaria en casos de vehículos desde su recepción hasta su devolución por sentencia absolutoria, velar por el buen funcionamiento, cumplimiento de las obligaciones fijadas por ley, mantenimiento e integridad de los mismos ciñéndose a los escalones de mantenimiento de vehículos.
- f. No podrán efectuar ninguna modificación en la estructura de los vehículos e inmuebles.
- g. Recibido y/o retirado el bien de la unidad policial incautadora, serán improcedentes las solicitudes injustificadas de declinación de asignaciones.
- h. Ante el robo y/o pérdida de vehículo como un todo o de alguna de sus autopartes y/o accesorios, será responsabilidad de la institución asignataria, la reposición de los mismos, situación similar ocurrirá con los inmuebles y los bienes que contengan en sus compartimentos.

5.3.4. Devoluciones

Todas las órdenes de devolución de bienes incautados por tráfico ilícito de drogas, serán transmitidas a través de la OFECOD. Esta tramitará las resoluciones de la autoridad judicial en coordinación con la Procuraduría General de la República a cargo de los asuntos contra el tráfico ilícito de drogas.

Las dependencias que tengan en uso o en custodia bienes incautados por tráfico ilícito de drogas, al recibir la orden expresa de la OFECOD, entregará el bien, levantando en tantas copias sean necesarias, “Acta e Inventario de Devolución”. Es responsabilidad de la entidad usuaria pagar la indemnización que corresponda al uso que hubiere hecho del bien o bienes.

5.3.5. Control de los bienes

La OFECOD, es el organismo directriz a cargo de la administración y control de bienes incautados por tráfico ilícito de drogas, a cuyo efecto cumplirá las funciones siguientes:

- a. Emisión de Directivas y disposiciones para una mejor administración y control de bienes incautados y asignados por tráfico ilícito de drogas.
- b. Ejecutar visitas de inspección para constatar, examinar y evaluar la existencia, uso y conservación; según corresponda, de los bienes asignados e inmovilizados
- c. Disponer con autorización del Despacho Ministerial y/o Viceministerial del Interior, las investigaciones sobre irregularidades detectadas o denunciadas en torno al uso, custodia y otros que devienen de la incautación de bienes por el tráfico ilícito de drogas.
- d. Formular la Resolución Ministerial nombrando y autorizando al Procurador Público a cargo de los asuntos contra el tráfico ilícito de drogas, para denunciar al fuero competente a los responsables de las irregularidades y negligencias que resulten de una mala administración y uso de los bienes incautados y/o asignados por tráfico ilícito de drogas.
- e. Comunicar a las autoridades judiciales, de las infracciones que han sido sujetos los bienes incautados por el tráfico ilícito de drogas, en los procesos que están a su cargo.

Las dependencias asignatarias y a cargo de la custodia de bienes incautados por tráfico ilícito de drogas, deben brindar las facilidades que se requieran para el cumplimiento de las inspecciones y control que se ejecuten.

5.4. Problemas detectados

Un primer aspecto importante a corregir es la demora en la que algunos jueces incurren en las órdenes de entrega de bienes a la OFECOD, así como en las órdenes de cumplimiento de las incautaciones. Resulta fundamental agilizar ambas medidas con el propósito de evitar la pérdida de estos bienes.

Un segundo punto es el relativo a la falta de recursos económicos y humanos de la OFECOD con el objeto de desarrollar una labor de mantenimiento de los bienes incautados a efectos de evitar su deterioro y pérdida, más aún cuando estos tienen que ser devueltos a sus propietarios originarios en caso ser absueltos en el proceso judicial. Una preocupación similar surge cuando los bienes son asignados por la OFECOD a algún organismo público, que muchas veces no toma las medidas pertinentes para la conservación del bien.

Finalmente, es menester anotar la necesidad de actualizar el portal web de la OFECOD, en la medida que su información estadística data del 2009. El volumen de bienes y de dinero que moviliza esta institución exige una máxima transparencia en las asignaciones, destinos y devoluciones de estos.

6. Adecuación de las normas internacionales sobre lavado de activos a la legislación penal peruana

A continuación se presenta un cuadro donde se indican las obligaciones internacionales asumidas por el Estado peruano que han sido incorporadas a nuestra legislación penal interna así como aquellas que han sido desarrolladas parcialmente o que no han sido acogidas por nuestra normatividad.

Cuadro de adecuación de las normas internacionales

Compromisos Internacionales²²⁷	Adecuación Interna
<p>La conversión o la transferencia de bienes a sabiendas de que estos proceden de los delitos señalados en el literal a.6 de este capítulo o del acto de participación en tales delitos, con el objeto de ocultar o encubrir el origen ilícito de dichos bienes o de ayudar a cualquier persona que participe en estos delitos a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos [Artículo 3, inciso 1, literal b,i de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y el Artículo 23, inciso 1, literal a,i e inciso 2, literal a de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Sobre lo mismo véase el Artículo 2, incisos 1 y 3 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999].</p>	<p>La incorporación de estos compromisos internacionales en el Derecho penal interno se viene efectivizando a través de la Ley penal especial contra lavado de activo N° 27765 del 27/06/2002 que reprime las conductas típicas de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de los activos ilícitos. Incluso la norma interna contienen aún otras modalidades típicas adicionales en relación a los documentos internacionales como el de traslado de los activos. Además, la ley especial penal sanciona como autores a los partícipes (instigadores y cómplices) del delito de lavado de activo (Ejemplo: el que oculta o guarda).</p>
<p>La ocultación o el encubrimiento de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o la propiedad reales de bienes, o de derechos relativos a tales bienes, a sabiendas de que proceden de los delitos señalados en el literal a.6 del presente capítulo o de un acto de participación en tales delitos [Artículo 3, inciso 1, literal b,ii de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y el Artículo 23, inciso 1, literal a) ii) e inciso 2, literal a y el Artículo 24 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Sobre lo mismo, véase el Artículo 2, inciso 2 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999].</p>	<p>Este punto del compromiso también se encuentra tipificado como delito de lavado de activo en el artículo 2 de la Ley N° 27765, de la siguiente manera: <i>“El que adquiere, utiliza, guarda, custodia, recibe, oculta, administra o transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o puede presumir, y dificulta la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”</i>, (Artículo modificado por el Decreto Legislativo N° 986, del 22 julio de 2007).</p>
<p>La adquisición, la posesión o la utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de recibirlos, de que tales bienes provienen de los delitos señalados en el literal a.6 del presente capítulo o de un acto de participación en tales delitos, todo ello a reserva de los principios constitucionales y legales señalados en el ordenamiento interno de cada Estado [Artículo 3, inciso 1, literal c,i de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y el Artículo 23, inciso 1, literal b,i e inciso 2, literal a de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003].</p>	<p>De la misma manera el presente compromiso se encuentra tipificado en el artículo 2 de la Ley penal especial contra el lavado de activo (Ley N° 27765).</p>
<p>Instigar o inducir públicamente a otros, por cualquier medio, a cometer los delitos antes señalados [Artículo 3, inciso 1, literal c,iii de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988].</p>	<p>Respecto a este punto, no existe en la Ley penal especial contra lavado de activo un tipo penal independiente que sancione a los instigadores del lavado de activo; sin embargo, de acuerdo a las reglas contenidas en la parte general del Código Penal si se sancionarían a los instigadores (artículo 24 del CP). Asimismo, el Código Penal peruano sanciona la apología al delito de lavado de activo (art. 316) de la siguiente manera: <i>“El que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenado como su autor o participe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. 1 Si la apología se hace de delito previsto en la Ley N° 27765, Ley Penal contra Lavado de Activo [...], la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2 ,</i></p>

²²⁷ Véase la Parte I de la presente publicación.

	<i>4 y 6 del artículo 36 del Código Penal”.</i>
La participación en la comisión de los delitos antes señalados, la asociación y la confabulación para cometerlos, la tentativa de cometerlos y la asistencia, la incitación, la facilitación o el asesoramiento en relación con su comisión [Artículo 3, inciso 1, literal c,iv de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y el Artículo 23, inciso 1, literal b,ii e inciso 2, literal a y Artículo 27, incisos 2 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Sobre lo mismo véase el Artículo 2, inciso 4 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999].	Los actos de participación y la tentativa se encuentran sancionados por el código penal (artículo 23 y 16 del CP, correspondientemente). El caso de asesoramiento en relación a la comisión del delito de lavado de activos no se encuentra sancionado, específicamente, en la legislación penal nacional. Respecto a la asociación para la comisión del delito de lavado de activo, esta constituye una figura agravada (artículo 3 de la Ley N° 27765). La confabulación para la comisión de un delito no se encuentra sancionada por nuestro derecho penal interno salvo cuando se trata del delito de rebelión, sedición o motín (artículo 349 del CP).
Tipificar el delito de lavado de activos (en las distintas modalidades antes señaladas) como un delito autónomo, a efectos de extenderlo a diversas fuentes delictivas, tales como el tráfico ilícito de drogas, secuestro, extorsión, robo de vehículos, trata de personas, tráfico de órganos, tráfico de armas, terrorismo y corrupción [Artículo VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción de 1996. Véase también el Artículo 6 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Sobre lo mismo véase el Artículo 1, inciso 4 y el Artículo 2, inciso 10 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999].	Si bien en la normas internas el delito de lavado de activo es un delito de comisión autónomo, por ello se encuentra regulado en una Ley penal especial; no obstante, se tiene como un requisito del tipo que los activos provengan de un delito previo que de acuerdo al artículo 6 de la Ley N° 27765 estos serían: “[...] corresponde a conductas punibles en la legislación penal como el tráfico ilícito de drogas; terrorismo; delitos contra la administración pública; secuestro; extorsión; proxenetismo; trata de personas; tráfico ilícito de migrantes; defraudación tributaria; contra el patrimonio en su modalidad agravada; delitos aduaneros, u otros similares que generen ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal”. La Ley penal especial utiliza un sistema de <i>numerus apertus</i> para señalar los delitos previos que puede originar activos ilícitos.
Se establece también la obligación de adoptar medidas para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas que participen en estos delitos de lavado de activos, la misma que puede ser penal, civil o administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumbe a las personas naturales [Artículo 26, incisos 1, 2 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el Artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000].	La Ley penal especial contra lavado de activo no señala de manera específica reglas de imputación a las personas jurídicas. Por su parte, el Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de fecha 13 de noviembre de 2009 señala los límites para la aplicación de consecuencias accesorias (art. 105 del CP) y propone adelantar la aplicación de las reglas contenidas en el Código Procesal Penal de 2004 relacionadas a las Personas jurídicas. El Código Procesal Penal se encuentra vigente solo determinados Distritos Judiciales y no a nivel nacional.
Los Estados deben considerar la posibilidad de establecer medidas de destitución, suspensión o reasignación del funcionario que ha incurrido en este delito, así como la inhabilitación por mandato judicial u otro medio apropiado de ejercer cargos públicos o cargos en una empresa de propiedad total o parcial del Estado a las personas condenadas por este delito. Finalmente, se establece la necesidad de mantener un equilibrio apropiado entre las inmunidades o prerrogativas jurisdiccionales otorgadas a determinados funcionarios públicos y la posibilidad de proceder a su investigación y enjuiciamiento por el delito de lavado de activos [Artículo 30, inciso 2 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003].	De acuerdo a la legislación interna se puede imponer al funcionario público condenado por el delito de lavado de activo la pena de inhabilitación (artículo 36 del Código Penal). La Inmunidad está reconocida por el artículo 93 de la Constitución. También existe en el Derecho penal peruano la posibilidad de proceder a la investigación previo Antejuiicio cuando se trata de altos funcionarios Públicos. El Código Procesal Penal del 2004 regula de manera especial los procesos por delitos de función atribuidos a Altos funcionarios públicos (artículo 449 y siguiente).
Los Estados velarán para que los tribunales internos tengan en cuenta la gravedad de este delito para efectos de considerar la posibilidad de conceder la libertad anticipada o la libertad condicional para los culpables del mismo así como para conceder la libertad en espera de juicio o de apelación [Artículo 3, inciso 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico	El beneficio de la libertad condicional en el delito de Lavado de Activo solo no procede para el caso del último párrafo del artículo 3 de la Ley penal especial contra lavado de activo; es decir, cuando los actos de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia se relacionen con dinero, bienes, efectos o ganancias provenientes del tráfico ilícito de drogas,

<p>Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, el Artículo 30, incisos 4 y 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el Artículo 11, incisos 3 y 4 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000].</p>	<p>terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas o delitos contra el patrimonio cultural previsto en los artículos 228 y 230 del Código Penal (artículo 7 de la Ley N° 27765).</p>
<p>Estos delitos deben gozar de un plazo de prescripción prolongado y este debe ser mayor cuando el presunto delincuente hubiese eludido la administración de justicia [Artículo 3, inciso 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, el Artículo 29 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el Artículo 11, inciso 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000].</p>	<p>De acuerdo a nuestro ordenamiento la prescripción está en relación al máximo de la pena que le corresponde al delito (prescripción ordinaria —artículo 80 del CP—) y si el imputado eludiera la administración de la justicia el plazo de prescripción aumentará en una mitad (prescripción extraordinaria —artículo 82 del CP—). En definitiva, la pena en el delito de lavado de activo es severa, lo mismo que tiene relación directa con el plazo de prescripción.</p>
<p>En relación al decomiso, los Estados deben adoptar las medidas necesarias para autorizar el decomiso del producto derivado de estos delitos o de bienes cuyo valor equivalga al de ese producto. Asimismo, deben adoptar las medidas necesarias para permitir a las autoridades la identificación, detección y embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos con miras a su eventual decomiso. De igual forma se debe facultar a los tribunales a ordenar la presentación o la incautación de documentos bancarios, financieros o comerciales, no pudiendo ampararse en el secreto bancario. Finalmente, se debe regular la administración de los bienes embargados, incautados o decomisados por parte de las autoridades competentes [Artículo 31, inciso 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003].</p>	<p>Las normas relacionadas a los decomisos e incautación de los bienes están establecidas de manera específica en la Ley penal especial contra lavado de activos (artículo 5 de la ley N° 27765) y en la Ley de Pérdida de Dominio (Decreto legislativo N° 992, publicado el 21 de julio de 2007 y su Reglamento -Decreto Supremo N° 010-2007-JUS, publicado el 20 de octubre del 2007 y modificado por el Decreto Supremo 012-2007-JUS de fecha 17 de noviembre de 2007). Asimismo, el artículo 102 y 103 del Código Penal dispone el decomiso o pérdida de efectos provenientes del delito. Por su parte, el Código Procesal Penal de 2004 permite la adopción de las medida de embargo (artículo 302 y siguientes).</p> <p>Respecto al Secreto Bancario este puede ser levantado siempre que reúnan las formalidades establecidas en la Constitución (artículo 2, inciso 5) y la Ley de la materia (artículo 143 de la Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, Ley N° 26702 del 06 de diciembre de 1996). El Código Procesal Penal de 2004 establece el procedimiento para el levantamiento del Secreto Bancario y el Secreto Tributario (artículo 235 y 237).</p>
<p>El Estado que realice un decomiso dispondrá de ellos conforme las disposiciones de su derecho interno (retenerlos para uso oficial, transferirlos a entidades públicas o privadas, creación de un fondo nacional para apoyar programas nacionales, etc.). Si el decomiso se produce a solicitud de otro Estado Parte, se buscará concertar acuerdos a efectos de que los bienes o los fondos derivados de la venta de dichos bienes incautados sean compartidos o se destinen a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y el uso indebido de estas. También se prevé la posibilidad de destinar los fondos obtenidos a las víctimas de los delitos o a los propietarios legítimos anteriores [Artículo 8, incisos 3 y 4 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 2000, el artículo 57, incisos 1, 2 y 3 literal c, 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el Artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Sobre lo mismo véase el Artículo 6, inciso 4 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999].</p>	<p>Existen Convenios Binacionales o Multinacionales entre el Perú y otros países referidos a la Cooperación Internacional sobre los juzgamientos y los efectos de los delitos de lavado de activos. Asimismo, el Código Procesal Penal de 2004 regula aspectos relacionados a la Cooperación Judicial Internacional (artículos 508 a 566). El Libro Séptimo del Código Procesal Penal de 2004 correspondiente a la Cooperación Judicial Internacional se encuentra vigente a nivel nacional desde el 01 de febrero de 2006 de acuerdo al inciso 4 de la Primera Disposición Complementaria y Final del Decreto Legislativo N° 957 (29/07/04) y ratificado por el artículo Único de la Ley N° 28460 (11/01/05) y el artículo 1 de la Ley N° 28671 (31/01/06), respectivamente.</p> <p>Asimismo, de acuerdo legislación peruana se puede imponer medidas como embargos e incautaciones de bienes requeridos por autoridades extranjeras en el marco de la Cooperación Judicial Internacional (artículo 511, literal H del Código Procesal Penal de 2004)</p>

<p>Los Estados deberán considerar la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto del origen lícito del producto u otros bienes sujetos a decomiso, en la medida en que ello sea compatible a su derecho interno y a la naturaleza de sus procedimientos judiciales [Artículo 5, inciso 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988. En el Artículo 31, inciso 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 se establece la posibilidad de considerar exigir a un delincuente demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida que el derecho interno lo permita. La misma disposición la encontramos en el Artículo 12, inciso 7 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000].</p>	<p>No existe regla normativa que así lo señale en la legislación nacional. La inversión de la carga de prueba es el resultado de la estructura típica del delito de lavado de activo y está relacionada al hecho previo que es la fuente de los activos ilícitos.</p>
<p>Se señala la obligación de los Estados de adoptar medidas —de conformidad con su ordenamiento interno y dentro de sus posibilidades— para proteger eficazmente a testigos, peritos, víctimas y denunciantes, así como a los familiares de estos, a efectos de librarlos de represalias o actos de intimidación. Para tal efecto, se podrán establecer procedimientos para la protección física de estas personas (mediante su reubicación o la prohibición de revelar información sobre su identidad o paradero) o para recibir sus testimonios mediante tecnologías de comunicación seguros como la videoconferencia u otros [Artículos 32 y 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y los Artículos 24 y 25 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000].</p>	<p>Estos puntos se encuentran regulados en el Código Procesal Penal del 2004 (“Cooperación Judicial Internacional” —artículo 528 y siguientes—).</p> <p>La protección de testigos, peritos y agraviados (artículo 247) y las declaraciones por medio de videoconferencias (artículo 169) se encuentran regulados en el Código Procesal Penal del 2004.</p>
<p>Se establece la necesidad de que los Estados adopten medidas para alentar a las personas que participaron en estos delitos a proporcionar información a las autoridades competentes con fines investigativos y probatorios (sobre la identidad, naturaleza, composición, estructura, ubicación, vínculos, delitos, etc. del grupo delictivo), para lo cual se considerará la posibilidad de mitigar sus penas, concederles inmunidad judicial, entre otros estímulos, siempre que presten una cooperación sustancial [Artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000].</p>	<p>El Código Procesal Penal de 2004 reconoce la figura de colaboración eficaz para todo los delitos (artículo 472 y siguientes). En el sistema procesal penal no existe la figura de inmunidad judicial.</p>
<p>Los Estados deben prestarse la más amplia asistencia judicial en las investigaciones, procesos y actuaciones judiciales referentes a estos delitos, para lo cual designarán una autoridad con facultades para dar cumplimiento a las solicitudes de asistencia. Esta asistencia podrá ser solicitada para: recibir testimonios; tomar declaración a personas; presentar documentos judiciales; efectuar inspecciones e incautaciones; examinar objetos y lugares; facilitar información y elementos de prueba; entregar originales o copias auténticas de documentos y expedientes relacionados con el caso, incluyendo documentación bancaria, financiera, social y comercial; identificar o detectar el producto, los bienes, los instrumentos u otros elementos con fines probatorios; facilitar o alentar la presentación de personas, incluso detenidos, que consientan en colaborar en las investigaciones o intervenir en las actuaciones. Asimismo, los Estados considerarán la posibilidad de remitirse actuaciones penales para el procesamiento por estos delitos, cuando se estime que ello obrará en interés de una correcta</p>	<p>En la legislación nacional la autoridad que tiene estas facultades es el Juez penal en el marco de la Cooperación Judicial Internacional (artículo 508 y 511 del CPP de 2004).</p>

<p>administración de justicia [Artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988, el Artículo 46 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el Artículo 21 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Véase también el Artículo 20 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999].</p>	
<p>Los Estados considerarán la posibilidad de celebrar acuerdos para establecer órganos mixtos de investigación, cuando se trate de situaciones que estén siendo investigadas o procesadas en uno o más Estados y el delito tenga carácter transnacional [Artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000].</p>	<p>El Perú aún no celebra acuerdos para establecer órganos mixtos de investigación en casos que el delito se haya cometido en distintos países.</p>
<p>Los Estados deben crear y/o fortalecer las unidades nacionales de inteligencia y análisis financiero, que sirvan como centro nacional para la recopilación, el análisis y la difusión de información relevante sobre lavado de dinero, investigando los sectores susceptibles de ser empleados para actividades relacionadas con el lavado de activos y vincularlos a estas unidades. Asimismo se establece la necesidad de fortalecer el intercambio de información y experiencias entre las diferentes unidades de inteligencia financiera [Artículo 9 de la sección III del Programa de Acción del Plan Andino de Cooperación para la Lucha contra las Drogas Ilícitas y Delitos Conexos de 2001 (Decisión 505)].</p>	<p>La legislación nacional cuenta con un sistema legal que regula las funciones de la Unidad de Inteligencia Financiera (Ley N° 27693 – Ley de creación de la UIF y el Decreto Supremo N° 163-2002-EF –Reglamento de la UIF); sin embargo, esta dependencia está adscrita a la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS)²²⁸.</p>
<p>Las instituciones financieras o sus empleados, funcionarios, directores, propietarios o representantes, cuando incurran en el delito de lavado de activos, deberán estar sujetas a sanciones más severas. Asimismo, las instituciones financieras serán responsables por los actos de sus empleados que tengan participación en este delito, pudiendo imponérseles multas, suspenderse o revocarse su licencia, entre otras medidas. Cometen delito penal la institución financiera, sus empleados o funcionarios que deliberadamente no cumplan con la obligación de identificar a los clientes y mantener los registros, no comuniquen las transacciones sospechosas o no entreguen la información pertinente a las autoridades competentes. En este sentido, se dispone que las instituciones financieras cuenten con programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar delitos, lo que implica como mínimo programas permanentes de capacitación de personal, mecanismos de auditoría y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales de los empleados y funcionarios [Artículo 16 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999].</p>	<p>De acuerdo a la Ley penal especial de lavado de activo, en nuestra legislación se sanciona el delito de omisión de comunicaciones de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 4 de la Ley N° 27765). Asimismo, existen normas internas que regulan la información financiera (Ley N° 26702 del 06/12/1996 - Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, artículo 142 y 143).</p> <p>En el Derecho nacional no se puede imputar responsabilidad penal a las instituciones financieras y de seguros dado que no está permitido la imposición de sanciones penales a las personas jurídicas, solo se les puede imponer consecuencias accesorias (artículo 105 del CP).</p>

²²⁸ Los estándares internacionales recomiendan que las UIF sean autónomas funcionalmente, pero no se exige que no formen parte de estructuras mayores, como los Bancos Centrales, Superintendencias o incluso de la Fiscalía o Policía (Taller sobre Lavado de Activos, realizada por el IDEI-PUCP, el 17 de febrero de 2011).

7. Conclusiones y Recomendaciones

Conclusiones

Relacionadas al marco legal contra el lavado de activos

1. En general, del análisis jurídico del delito de lavado de activos, se aprecia que los operadores del sistema penal peruano (jueces, fiscales y policías) cuentan con suficientes elementos técnico jurídicos (normatividad penal de acuerdo a los estándares internacionales y el reciente Acuerdo Plenario 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia de 16.11.2010) para enfocar y enfrentar a los delitos contra el lavado de activos. En el ámbito penal las normas que reprimen el delito de lavado de activos son relativamente claras gracias a la jurisprudencia y al reciente Acuerdo Plenario N° 3-2010, aunque la jurisprudencia es escasa debido a la también reducida presión existente para el control penal sobre estos delitos. En nuestro medio también existe escasez de estudios criminológicos que expliquen el tema.
2. Se presenta un debate sobre el bien jurídico que se protege en el delito de lavado de activos, pero la posición mayoritaria considera que este delito afecta a una pluralidad de bienes jurídicos. Personalmente consideramos que el bien jurídico afectado por este delito es el régimen jurídico socio-económico y financiero en la función de estabilidad, competencia empresarial leal y de inversiones transparentes.
3. La norma penal nacional contra el lavado de activos busca sancionar a todos los segmentos del ciclo económico-comercial del blanqueo de activos, de manera que se reprimen las conductas de conversión, transferencia de bienes, ocultamiento o encubrimiento de la procedencia, por último, la posesión, tenencia, adquisición, administración y utilización de activos ilícitos.
4. En el derecho penal nacional existe un debate en el sentido de saber si el autor del delito previo puede ser a la vez autor del delito de lavado de activos o si solo puede serlo un tercero que no intervino en el delito precedente.
5. Sobre el hecho previo (delito fuente) al lavado de activos posterior, existen problemas de interpretación por parte de los operadores penales pues algunos consideran que este hecho previo debe estar plenamente probado (a través de una resolución judicial) y otros no lo creen necesario.
6. No pueden ser sujetos activos del delito de lavado de activos las personas jurídicas (empresas) debido a la vigencia en el derecho peruano del principio del *societas delinquere non potest* (las sociedades no pueden delinquir). Este es un tema muy reclamado por los convenios internacionales que el Perú ha suscrito. Conforme al Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116 de 13 noviembre de 2009, las personas jurídicas pueden ser incorporadas al proceso penal conforme a las reglas del NCPP de 2004.

7. Creemos que no es necesario incorporar en la ley contra el lavado de activos a las llamadas *consecuencias accesorias* aplicables a las personas jurídicas pues estas ya están contenidas en el actual Código Penal de 1991 (arts. 104 y 105) y son de aplicación inmediata. De igual manera, cuando se trata de delitos especiales, contamos con la figura del *actuar por otro* del artículo 27 del mismo Código Penal.
8. La Ley penal especial contra el lavado de activos peruana no sanciona el cumplimiento tardío de la obligación de comunicar una operación detectada como sospechosa por parte de las instituciones que tienen el deber de comunicarlas (art. 4 de la Ley N° 27765).
9. La participación de profesionales, proveedores, y otros que se encuentren en el marco de negocios estándar o cotidianos que intervienen en el lavado de activos, debe ser evaluada bajo los márgenes actuales de la imputación objetiva y no son necesariamente sancionables por los aportes que realicen.
10. En el derecho peruano no se sanciona el lavado de activos por imprudencia del sujeto. En todo caso, el uso de la frase “*puede presumir*” solo hace referencia al supuesto del dolo eventual que es como se viene interpretando en la actualidad y no es asimilable a la imprudencia.
11. En la jurisprudencia nacional relacionada a la actuación de agentes policiales o particulares que se infiltran en organizaciones criminales, se diferencia entre *agentes encubiertos* (autorizados por el fiscal para infiltrarse en una organización criminal y obtener información que permita el procesamiento de los autores, pero su nombre se reserva y se le asigna una identidad supuesta) y *agente especial* (ciudadano particular que valiéndose de la confianza de la organización criminal es habilitado por el fiscal y además no se le asigna identidad supuesta).
12. Para la aplicación de la legislación penal peruana para delitos de lavado de activos cometidos en el exterior, rige el *principio real o de defensa* (art.2 inc. 2 del CP), siempre que sus efectos se produzcan en el territorio nacional. Entendemos por “*efectos*” todo aquello que afecta al orden económico, comercial o financiero peruano mediante actos que busquen la licitud del lavado de activos cometidos en el exterior. De igual manera, debe tenerse en cuenta el *principio de ubicuidad* (art. 5 del CP) para la aplicación de la ley peruana para delitos de transito o a distancia para realizar el lavado de activos.

Acerca de la investigación del delito de lavado de activos a nivel policial

13. Para la investigación de los delitos de lavado de activos, existen diferentes Unidades de la Policía Nacional del Perú encargadas de la investigación penal. Hasta el momento no está implementada la Dirección contra el Lavado de Activos creada por el Ministerio del Interior que fungiría de órgano de coordinación entre todas las unidades policiales, entre otras tareas.

14. Para las labores de investigación y preparación de los casos por parte de la Policía Nacional del Perú se presenta un insuficiente número de personal calificado, en particular para el análisis del material económico y financiero. Se observa que no existe voluntad de algunos profesionales contables o financieros para prestar servicios en las unidades especializadas, pues deben enfrentar entre otros riesgos, el de ser denunciados, no contando con la defensa legal necesaria, la misma que debe ser asumida por ellos mismos.
15. La elaboración de las pericias contables se da sin la existencia de una metodología aprobada por las *autoridades judiciales y fiscales*. Asimismo, cada área técnico contable (en la policía y en la fiscalía) tiene o maneja sus propios criterios de operaciones y los recientes intentos por realizar trabajos conjuntos han originado problemas relativos a la “confianza” mutua relacionada al lugar de desarrollo de los trabajos y la custodia de la documentación y, discrepancias en la metodología aplicable al trabajo pericial.
16. De los informes contables, se puede sostener lo siguiente:
 - a) Suelen reunir los elementos de prueba que se recolectaron al momento de su elaboración, sin mucha sistematización o metodología uniforme (informe tipo). Desde el punto de vista jurídico-penal, tampoco se logra seleccionar aquellos medios de prueba que inciden directamente en la imputación penal ni cuentan con referencias para conocer qué medios de pruebas deben actuarse a nivel de la Fiscalía o Judicial, si se quiere acreditar la responsabilidad del imputado;
 - b) El criterio de atribución de responsabilidades sigue más una tendencia con marcado carácter objetivo que la búsqueda de elementos que permitan configurar la imputación subjetiva (dolo) requerido por los tipos penales aplicables y que pueden derivar en archivamientos y absoluciones de los imputados por falta de su acreditación;
 - c) No se suele analizar la información que se obtiene para la elaboración de los informes financieros y/o contables en relación a los elementos exigidos por el tipo penal de lavado de activos que se pretende imputar (elementos valorativos del tipo penal, la modalidad de la acción típica, grado de realización del tipo, etc.). Claro está que este aspecto requiere de la orientación de la autoridad del Ministerio Público en el marco de la dirección funcional.
 - d) Existen ciertas deficiencias en la elaboración de los peritajes contables para el caso de las investigaciones por lavado de activos (por ejemplo, datos incompletos, dictámenes superficiales, etc.).
17. En la etapa de obtención de la información contable y/o financiera necesaria para la imputación penal, existe ausencia significativa de peritos especializados en los locales de las empresas que son objetivos de las investigaciones por lavado de activos,²²⁹ debido a la carencia de personal especializado.

²²⁹ Práctica que antes se realizaba de acuerdo a las autoridades policiales entrevistadas. Incluso, se suele mencionar el poco tiempo de las visitas realizadas en la búsqueda de la información requerida.

18. Las autoridades policiales encargadas de la investigación requieren de dirección en la investigación policial por parte de las Fiscalías penales dirigidas a la obtención de la información para la correcta elaboración de la teoría del caso.

A nivel del Ministerio Público

19. En el estado actual del sistema penal, se presentan investigaciones fiscales temporalmente dilatadas por la falta de cooperación de los entes estatales y privados involucrados a quienes se les solicita información (v.gr. bancos), por ejemplo, para levantar el secreto bancario. La cooperación entre las instituciones involucradas en el control del lavado de activos es insuficiente y originada por la escasa intensidad o presión del control estatal para evitar el lavado de activos.
20. Una tendencia, desde la perspectiva de los principios que rigen el Nuevo Código Procesal Penal, sostiene que el plazo de la investigación preliminar, en los delitos de lavado de activo, no se rige por los 120 días que establece la ley sino que este dependerá de la *finalidad* misma de la investigación preliminar, lo que puede ser controlable por el juez de garantías.
21. Los fiscales en materia de lavado de activo no elaboran una estrategia o programa metodológico de la investigación; esto se evidencia en las *resoluciones o disposiciones*, pues en ellas se mencionan diligencias de rutina (recibir las manifestaciones de los investigados, solicitar información a diversas entidades públicas y privadas, el levantamiento del secreto bancario, la reserva tributaria y bursátil, la formulación de las pericias). Se deja a la policía la formulación de las hipótesis de investigación lo que en un sistema acusatorio de rasgo adversarial es inaceptable dado que el Fiscal es el director de la investigación.
22. En el ámbito internacional existen problemas para la pronta respuesta a las cartas rogatorias vinculadas a una investigación por lavado de activos originando el retraso o la frustración de las investigaciones fiscales respectivas.
23. Existe una falta de peritos contables especializados para determinar el origen ilícito de los activos. Es insuficiente el número de peritos con los que cuenta el Ministerio Público para determinar el origen ilícito de los activos.
24. Hay necesidad de incrementar las investigaciones conjuntas entre el Ministerio Público y la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) y otras entidades como la Superintendencia de Banca y Seguros (SBS), la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria (SUNAT) y la Contraloría General de la República (CGR). Ello también implica desarrollar estrategias a seguir entre las Unidades Policiales con las Fiscalías Provinciales ubicadas en el interior del país e incluso con la Procuraduría.
25. Hace falta que todas las fiscalías involucradas en la investigación del delito de lavado de activos y el crimen organizado, cuenten con los elementos de

criminalística, técnicos y personal suficientes para analizar la información y formular adecuadamente su teoría del caso.

26. Aún es insuficiente la formación de los Fiscales a nivel nacional en materia de técnicas de investigación, litigación y persuasión relacionadas con el delito de lavado de activos, especialmente para la preparación de la teoría del caso y la dirección de las investigaciones financieras y contables y las constantes dificultades que plantea (v.gr ausencia de archivos contables).
27. Dada la realidad y la metodología convencional de investigación todavía utilizada por el Ministerio Público, los plazos señalados para la investigación preliminar del delito de lavado de activos son frecuentemente superados, es decir, son insuficientes.

Sobre la aplicación de la Ley Especial contra el lavado de activos a nivel Judicial

28. En Lima existen cuatro Juzgados Supraprovinciales que conocen casos de delitos de lavado de activo y una Sala Penal Nacional integrada por cinco Colegiados (A, B, C, D, E).
29. Frente a la problemática del delito fuente y la ausencia de criterios uniformes sobre su prueba, ha sido necesario un Acuerdo plenario de los jueces de la Corte Suprema de Justicia (03-2010) que se inclina en precisar criterios para que se acepte de manera suficiente los indicios del delitos fuente.
30. Se plantean inconvenientes para los jueces peruanos por los diferentes tipos de legislación que posee cada país en materia de lavado de activos y las diversas exigencias para otorgar el levantamiento del secreto bancario que existen en los países en que se solicita la información respectiva.
31. Existe una falta de cooperación oportuna y relevante por parte de las autoridades del extranjero con los jueces nacionales sobre información relacionada a los procesados o los activos que constituyen objetos de delito, pues como bien se sabe el proceso de lavado de activos no se ejecuta en un solo escenario, tratándose de organizaciones criminales internacionales. Esta situación obedece al estado actual de la cooperación judicial internacional y a la falta de implementación de nuevas estrategias de cooperación.
32. Es del caso resaltar que al menos un juzgado de Lima ya se está utilizando la modalidad de audiencia pública (que ya se practica en los Distritos Judiciales en los que está en vigor el NCPP de 2004) para decidir sobre la *detención preventiva* con la concurrencia del representante del Ministerio Público y la defensa, incluso en supuestos de numerosos imputados, superando los prejuicios que se orientan a afirmar las dificultades de realizar estas audiencias en casos complejos con numerosos procesados.
33. Para la tramitación de las cartas rogatorias y el secreto bancario se deben resolver los *problemas de gestión* que si bien parecen menores que los del Ministerio Público; sin embargo, siguen creando dificultades a la administración de justicia, generando impunidad en los procesos en trámite.

34. El nuevo Código Procesal Penal de 2004, plantea un modelo adversarial que requiere un entrenamiento, especialmente en las autoridades del Ministerio Público quienes son los encargados de formular y defender su *teoría del caso* frente a la defensa y solicitar la detención preventiva, entre otras medidas. Sin embargo, los jueces consideran que es necesario iniciar su pronta implementación en los Distritos Judiciales en los que aún no está vigente. Los actuales entrenamientos inciden en las técnicas de litigación y persuasión pero sobre la base de delitos que no necesariamente presentan las características de los delitos de lavado de activos.
35. Se aprecia que para las investigaciones por delito de lavado de activos es poco frecuente utilizar las categorías de la imputación objetiva y subjetiva (principio de confianza, prohibición de regreso, dolo eventual, etc.) que han sido desarrolladas por el Acuerdo plenario 03-2010.

Sobre la aplicación de la Ley de Pérdida de Dominio

36. Desde la entrada en vigencia de la Ley de Pérdida de Dominio, los resultados no han sido los esperados debido a diferentes factores, como es el desconocimiento de los operadores de justicia sobre las características de esta nueva institución jurídica y la existencia de contradicciones normativas en su interior.
37. La redacción de la norma es deficiente y ambigua, por ejemplo, en cuanto a la competencia del representante del Ministerio Público, de quien se exige sea el titular más antiguo en la jurisdicción y ubicación de los bienes.
38. Algunos fiscales y jueces pueden creer erróneamente que cuando existe un proceso penal por lavado de activos (delito precedente) contra la misma persona no se aplica la ley de pérdida de dominio, sin entender que este se trata de un proceso de carácter especial y autónomo.
39. La reforma de la pérdida de dominio para ampliarla a otras figuras delictivas (v.gr. corrupción) podría significar la multiplicación de los inconvenientes de la actual norma.

Recomendaciones

A continuación pasaremos a señalar un conjunto de recomendaciones que se distribuirán teniendo en cuenta cuatro niveles: normativo, operativo, logístico y relativo al cumplimiento de las obligaciones internacionales.

De aplicación normativa

40. Existe un sector en la doctrina penal nacional partidario que no se debe sancionar al autor o partícipe del delito previo como autor o partícipe del delito contra el lavado de activos. Al respecto consideramos, partiendo de una perspectiva político-criminal, que debe superarse toda laguna de impunidad y

garantizarse la eficacia del sistema penal; por lo tanto, debe existir una norma jurídico-penal específica en la que se sancione al autor o partícipe de un delito previo también como autor o partícipe del delito de lavado de activos (*autolavado*). Si bien el actual Acuerdo Plenario 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia va en esta dirección; sin embargo, existen cuestionamientos en cuanto a su legitimación constitucional por infringir las exigencias del principio de legalidad.

41. La sanción penal directa a las personas jurídicas en el delito contra el lavado de activos no es posible en el marco del actual ordenamiento jurídico penal peruano, pues este consagra el principio *Societas delinquere non potest*. La importancia de esta decisión se encuentra en los compromisos internacionales que el Perú ha suscrito. En el derecho penal comparado (España, Italia, y Chile), existen fórmulas legales que permiten sancionar penalmente a las personas jurídicas. En el Perú, también debe promulgarse una norma penal de forma expresa para la punición de las personas jurídicas en el delito contra el lavado de activos, ya que, constituye una práctica usual que los lavadores monten empresas o sociedades comerciales para alcanzar sus objetivos delictivos. Esta forma de imputación penal directa a las personas jurídicas debe implantarse siempre que se presente un nuevo sistema de imputación penal orientado a la “*responsabilidad por defecto de organización*”, reglas procesales y penas de acuerdo a la naturaleza constitutiva de las personas jurídicas. Para ello se requiere de una reforma penal específica que se oriente a reconocer al *societas delinquere potest* en casos de lavado de activos.
42. Los operadores (jueces y fiscales) del sistema penal peruano entienden a los actos de transferencia de activos ilícitos (Art. 1 de la Ley N° 27765 “Ley penal contra Lavado de Activos”) únicamente como toda disposición material; es decir, desde un punto de vista del derecho civil, como mero traspaso o transferencia de un bien de una persona a otra. Esta definición restringida puede generar problemas de impunidad, pues solo se refiere a una transferencia física. Recomendamos, que los actos de transferencia de activos ilícitos se entiendan como toda disposición jurídica, sea ésta una renuncia o cesión a favor de otro, de un derecho o dominio que tiene sobre bienes, sabiendo que su origen está en un delito previo. Esto último, podría ser tema de un nuevo Acuerdo Plenario de la Corte Suprema de Justicia.
43. El artículo 6 de la Ley N° 27665 (Ley contra el lavado de activos), se refiere a la lista de delitos susceptibles de ser considerados como hechos previos, la misma que ha sido elaborada como un sistema de *numerus apertus* —regla abierta— (“u otros similares que generen ganancias ilegales”). Este dispositivo legal genera una confrontación con el principio de legalidad y en su ámbito aplicativo origina problemas de interpretación. Recomendamos sobre este aspecto que la expresión “u otros similares que generen ganancias ilegales” (Art. 6 de la Ley N° 27765 “Ley penal contra Lavado de Activos”) sea limitada en su alcance aplicativo, bajo los siguientes parámetros: debe tratarse de un delito grave y este debe generar ganancia económica.
44. En la Ley penal especial contra el lavado de activos no se sanciona o no se considera típica la figura del cumplimiento tardío de la obligación de

comunicar una operación detectada como sospechosa por las instituciones que tienen el deber de hacerlo. Por lo que recomendamos se proponga un tipo penal de comunicación tardía de operaciones detectadas como sospechosas dado que de lo contrario se generarían espacios de impunidad y, sobre todo, se debilita la eficacia de la presión del control público sobre estos delitos.

45. En la legislación peruana el hecho previo (delito fuente), generaba problemas de interpretación por parte de los operadores penales, pues algunos consideran que el hecho previo debe estar plenamente probado (a través de una sentencia). Apelar a esta exigencia produce cuotas de impunidad. El delito previo no necesariamente debe estar probado mediante un proceso penal ni requiere que éste se encuentre en etapa de investigación preliminar, sino únicamente es necesario que existan *indicios razonables* de su comisión y que éste constituya la fuente de los activos obtenidos ilícitamente por el lavador; esto es así por el carácter autónomo del delito de lavado de activos en relación al delito previo o subyacente. En este mismo sentido lo reafirma el Acuerdo Plenario N° 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia sobre el delito de lavado de activos; no obstante, recomendamos que se divulgue dicho acuerdo a nivel nacional. También consideramos que debe analizarse la posibilidad de contar con un Acuerdo Plenario que determine expresamente la temporalidad del delito previo en relación a la vigencia de la norma que sanciona al delito de lavado de activos.
46. Recomendamos que los jueces y fiscales utilicen en sus argumentaciones en casos de lavado de activos los modernos aportes de instituciones como la imputación objetiva y subjetiva (principio de confianza, prohibición de regreso, dolo eventual, etc.) que les permitirá resolver de manera adecuada problemas como los de la falta de un mínimo en el valor de los bienes de origen ilícito que esta figura supone o los aportes de personas que se mantienen en el margen de sus actuaciones cotidianas, entre otros problemas, para lo que deben ser adecuadamente entrenados con los avances del moderno derecho penal.
47. La técnica jurídica peruana para la sanción de la imprudencia o culpa supone un sistema de imputación de *numerus clausus* (art. 12 segundo párrafo CP señala que: “el agente de infracción culposa es punible en los casos expresamente establecidos por la ley”). En el caso del delito de lavado de activos, el uso de la frase “*puede presumir*” solo hace referencia al supuesto del dolo eventual, que nos parece suficiente para la sanción en estos casos. Ello debido a los riesgos que supone la ampliación de la criminalización si se admitiere la sanción de la culpa, especialmente por la existencia en nuestro derecho de la llamada culpa inconsciente.
48. Se debe mantener sistematizada la jurisprudencia sobre ciertas instituciones jurídicas constitucionales, penales e internacionales, la que debe ser realizada por los centros de investigación del Ministerio Público y del Poder Judicial u otras instituciones académicas. Esto es de suma utilidad para los Jueces a fin que cuenten con la información actualizada sobre los cambios que se produzcan en una línea de aumento de la presión del control social sobre estos delitos.

49. Los operadores penales deben contar con material bibliográfico renovado sobre la materia de forma permanente, por ejemplo, revistas jurídicas —impresas y electrónicas-; libros y artículos sobre estos delitos tanto nacionales y extranjeros; códigos penal y procesal penal actualizados, etc.—, que permitan realizar una adecuada interpretación sistemática actualizada entre toda la norma extrapenal como penal al momento de resolver un caso de lavado de activos.

Operativas

50. Debe estudiarse la posibilidad de aumentarse el número de los colegiados que integran a la actual Sala Nacional, así como de nuevos Juzgados Supraprovinciales que tienen competencia sobre casos de delitos de lavado de activos y se tienda a fortalecer la especialización de los jueces que las integran.
51. En la mayoría de los procesos existen problemas para elaborar y sustentar las *pericias oficiales* debido a la deficiencia de estas. Las pericias de parte son frecuentemente mejor elaboradas. Por ello se recomienda crear un “cuerpo de peritos” que sea específico para estos juzgados con remuneración a cargo del Poder Judicial. Esto debe ser resuelto con urgencia si se quiere dotar al sistema penal de los instrumentos necesarios.
52. Todo indica que los funcionarios de la SUNARP, SBS o SUNAT no son muy expeditivos y oportunos para entregar a tiempo las informaciones requeridas por la autoridades (especialmente a las investigaciones desarrolladas por los fiscales), y en la práctica se constata que la demora para la entrega de la información se encuentra entre los seis meses y más para evacuarla, lo que dificulta en gran medida las indagaciones preliminares. Para superar estas dilataciones de tiempo en la entrega de la información se deberá crear en cada una de ellas *Gerencias Especializadas* (o algo análogo) destinadas solo atender estos requerimientos, lo que permitirá evaluar y elevar el grado de presión del control penal en casos de lavado de activos.
53. La Cancillería acaba de implementar en su nuevo ROF la Oficina de Cooperación Judicial Internacional pero se requiere trabajar en la estandarización de los procedimientos y en la búsqueda de fórmulas que superen los problemas de traducciones defectuosas, aspectos ininteligibles de los pedidos originales y otros, para la tramitación de las cartas rogatorias relativas al delito de lavado de activos.
54. Es recomendable que todos los operadores cuenten con actualización y perfeccionamiento de sus conocimientos aplicables a la práctica de investigación (especialmente sobre teoría del caso, litigación y técnicas de persuasión), ya sea, mediante cursos, capacitación, charlas y exposiciones debidamente diseñadas para estos delitos que privilegien la aplicación práctica de los conceptos y permitan mantenerse en un nivel competitivo frente a los avances de los temas tratados.

55. Ante las deficiencias observadas, es recomendable incrementar el trabajo conjunto entre la UIF-Perú y otras instituciones vinculadas al control administrativo del lavado de activos.
56. Es recomendable que se entienda que los informes emitidos por la UIF-Perú — que son informes de inteligencia financiera preparados para el Ministerio Público— no tienen carácter de pericias, especialmente en cuanto a su valor frente a los procesos que llevan a cabo las autoridades judiciales, con excepción de los anexos autorizados por la UIF.
57. Resulta imprescindible el acceso oportuno a la información protegida por el secreto bancario, reserva tributaria, la información confidencial sobre datos personales y la confidencialidad de la información.
58. Si bien en el presente informe se han identificado algunos problemas recurrentes que enfrenta el sistema penal en su lucha contra el lavado de activos, creemos recomendable que se incida en cada uno de los problemas detectados pues somos conscientes que a su vez, cada problemática supone un conjunto de tareas específicas (v.gr las pericias técnicas) que merecen un trabajo particular. Recomendamos que se reúna un número de pericias oficiales y/o de parte, se les analice en cuanto a sus fortalezas y debilidades, y se aproxime a la problemática de manera más específica a fin de formular protocolos o lineamientos (estructura de la responsabilidad penal, casos tipos, procedimientos para la obtención de la evidencia) que permitan su mejor utilización por parte de las autoridades encargadas de la investigación y sanción del delito de lavado de activos.
59. En la presente etapa de tránsito al nuevo modelo procesal acusatorio y siendo la prisión preventiva la medida más importante con la que cuenta el Sistema Penal para asegurar la presencia de los imputados en el proceso penal, es recomendable que para la determinación de la detención preventiva se utilice la modalidad de *audiencia* que ya se practica en los Distritos Judiciales en donde está en vigor el nuevo Código Procesal Penal de 2004, sin perjuicio que se implementen los demás tipos de audiencias posibles en el marco del nuevo proceso penal.
60. Se necesita una real especialización de los jueces que conocen los delitos de lavado de activos. Si bien, existe una Sala Penal Nacional integrada por varios colegiados que conocen procesos de lavado de activos, ninguno de ellos supone una especialización permanente de sus integrantes para conocer estos tipos de procesos sino que cada tiempo son rotados para conocer otros delitos que también son competencia de esta Sala. Si bien el magistrado es uno de especialidad penal en general, sin embargo, lo recomendable sería incidir (en la medida de lo posible) a que dediquen la especialización de los jueces a los delitos de lavado de activos.
61. Incidir a través de la capacitación a los Jueces y Fiscales para la aplicación de la Ley de Pérdida de Dominio mediante cursos, talleres, guías, manuales, conversatorios, las que deben ser realizadas en los diferentes Distritos Judiciales del país de manera que los operadores de justicia conozcan

detalladamente las características de esta nueva institución jurídica y la apliquen.

62. Debe aclararse a través de circulares del Ministerio Público y del Poder Judicial que la ley de pérdida de dominio se aplica incluso cuando existe un proceso penal por lavado de activos (delito precedente) contra la misma persona, pues el de pérdida de dominio se trata de un proceso de carácter especial y autónomo sobre los bienes. Asimismo, se debe incidir en el cumplimiento de los plazos procesales que se señalan y las garantías procesales.
63. Antes de reformar la institución de la pérdida de dominio para ampliarla a otras figuras delictivas (v.gr. corrupción) debe incrementarse cualitativa y cuantitativamente la experiencia bastante reducida de los operadores de justicia que se registra en la actualidad en su aplicación práctica a las figuras comprendidas (TID, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas y lavado de activos derivados de los delitos antes señalados).
64. La reforma de la ley de pérdida de dominio no debe restringir la competencia de los representantes del Ministerio Público al titular más antiguo en la jurisdicción y ubicación de los bienes, como lo hace la actual norma. Se debe emitir directivas por parte de la Fiscalía de la Nación o modificar el Reglamento de Pérdida de Dominio a efectos de establecer con precisión el Fiscal competente para conocer de este proceso.

Logísticas

65. Debe insistirse en el incremento de los recursos humanos y logísticos apropiados para las autoridades policiales, fiscales y judiciales integrantes del sistema penal que conocen de casos de lavado de activos.
66. Debe hacerse operativa la Dirección contra el Lavado de Activos creada por el Ministerio del Interior como órgano de coordinación entre todas las diferentes unidades de la Policía Nacional del Perú dedicadas a la investigación penal por los delitos de lavado de activos.
67. En particular, deben facilitarse las labores de investigación y preparación de los casos por parte de la Policía Nacional del Perú, incrementando el número de personal calificado, en particular para el análisis del material económico y financiero. Con los colegios profesionales correspondientes y las autoridades del Ministerio del Interior y la Policía Nacional del Perú, deben establecerse políticas que mejoren la percepción de los profesionales contables o financieros interesados en prestar servicios e incorporarse a las unidades especializadas, de manera que se superen los temores y riesgos de la función como el de ser denunciados y no contar con la defensa legal necesaria asumida por la institución y no por ellos mismos como ocurre en la actualidad, entre otros aspectos.
68. Realizar intensas capacitaciones a los operadores penales acerca de las reglas procesales contenidas en el NCPP del 2004 que ya se encuentran en vigencia a la fecha. Asimismo, debe de dotárseles de los recursos necesarios, pues sus

novedosas reglas permiten acelerar los procesos penales y garantizar que no se produzcan excesos sobre los sujetos procesados.

Obligaciones Internacionales no incorporadas (total o parcialmente) a nuestra legislación interna.

69. En lo que corresponde a la obligación internacional de sancionar penalmente por *inducir públicamente a otros*, por cualquier medio, a cometer los delitos de lavado (artículo 3, inciso 1, literal c, iii) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988) recomendamos que se entienda que la adecuación a la legislación se ha realizado cuando el Código Penal peruano de 1991 sanciona la apología al delito de lavado de activo (art. 316) de la siguiente manera: “El que públicamente hace la apología de un delito o de la persona que haya sido condenado como su autor o partícipe, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años. 1. Si la apología se hace de delito previsto en la Ley N° 27765, Ley Penal contra Lavado de Activo [...], la pena será no menor de cuatro ni mayor de seis años, doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación conforme a los incisos 2 , 4 y 6 del artículo 36 del Código Penal”.
70. En lo relativo a la obligación internacional de sanción al *asesoramiento* en relación con su comisión [artículo 3, inciso 1, literal c, iv) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y el artículo 23, inciso 1, literal b, ii) e inciso 2, literal a) y artículo 27, incisos 2 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Sobre lo mismo véase el artículo 2, inciso 4 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999] recomendamos entender que esta obligación ha sido adecuada internamente en el sentido de entender que los actos de asesoramiento realizados en el marco del delito de lavado de activos deben ser resueltos conforme a las reglas de la imputación objetiva y no son necesariamente punibles (Acuerdo Plenario 03-2010 de la Corte Suprema de Justicia).
71. En cuanto a la obligación internacional de sanción a la *confabulación* para cometerlos –los delitos– [artículo 3, inciso 1, literal c, iv) de la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de 1988 y el artículo 23, inciso 1, literal b,ii) e inciso 2, literal a) y artículo 27, incisos 2 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003. Sobre lo mismo véase el artículo 2, inciso 4 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999], recomendamos entender que esta obligación ha sido adecuada al derecho interno y corresponde a la figura del delito de Asociación ilícita para delinquir (art.317 del CP) que sanciona en forma agravada cuando se trata de delitos señalados en la Ley 27765 (Ley penal contra el lavado de activos).

72. En relación a la obligación internacional de adoptar medidas para establecer la *responsabilidad de las personas jurídicas* que participen en estos delitos de lavado de activos, la misma que puede ser penal, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales [artículo 26, incisos 1, 2 y 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el artículo 10 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000], es recomendable que se promueva una reforma penal expresa para la sanción penal de las personas jurídicas en el delito contra el lavado de activos, siempre que se elabore un nuevo sistema de imputación penal orientado a la “*responsabilidad por defecto de organización*”, reglas procesales y penas de acuerdo a la naturaleza constitutiva de las empresas.
73. En cuanto a la obligación internacional relativa a que los Estados que realicen un decomiso a solicitud de otro Estado Parte, buscarán concertar acuerdos a efectos de que los bienes o los fondos derivados de la venta de dichos bienes incautados sean compartidos o se destinen a organismos intergubernamentales especializados en la lucha contra el tráfico ilícito de drogas y el uso indebido de estas. También la posibilidad de destinar los fondos obtenidos a las víctimas de los delitos o a los propietarios legítimos anteriores [artículo 8, incisos 3 y 4 del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 2000, el artículo 57, incisos 1, 2 y 3 literal c, 1 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y el artículo 14 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000. Sobre lo mismo véase el artículo 6, inciso 4 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999]. Se recomienda ampliar el estudio sobre la conveniencia de reforma penal para el tratamiento de esta obligación internacional pues si bien el NCPP 2004 contiene en su Libro séptimo reglas sobre la cooperación judicial internacional, no se prevén normas específicas para compartir internacionalmente bienes incautados o destinar fondos a organismos intergubernamentales, víctimas o propietarios legítimos.
74. En relación a la obligación internacional de los Estados de adoptar *medidas para proteger eficazmente a testigos, peritos, víctimas y denunciantes*, así como a los familiares de estos, a efectos de librarlos de represalias o actos de intimidación; y establecer procedimientos para la protección física de estas personas (mediante su reubicación o la prohibición de revelar información sobre su identidad o paradero) o para recibir sus testimonios mediante tecnologías de comunicación seguros como la videoconferencia u otros [artículos 32 y 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción de 2003 y los artículos 24 y 25 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000]. Se recomienda poner en vigor a nivel nacional las medidas contenidas en el NCPP 2004 relativas a la protección de testigos, peritos y agraviados (art. 247) y las declaraciones por medio de videoconferencia (art. 169) dotando a los órganos de la administración de justicia de los medios adecuados para ejecutar eficazmente estas normas.

75. En cuanto a la obligación internacional que establece la necesidad que los Estados adopten *medidas para alentar a las personas que participaron en estos delitos a proporcionar información a las autoridades competentes* con fines investigativos y probatorios (sobre la identidad, naturaleza, composición, estructura, ubicación, vínculos, delitos, etc. del grupo delictivo), para lo cual se considerará la posibilidad de mitigar sus penas, concederles inmunidad judicial, entre otros estímulos, siempre que presten una cooperación sustancial [artículo 26 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000]. En el ámbito interno, si bien la Ley N° 27378 (Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada) comprende dentro de su objeto al delito de lavado de activos (art.1, inc. 4), se recomienda poner el vigor a nivel nacional el Proceso por Colaboración Eficaz contenido en el NCPP 2004 (arts. 472 al 481) y entender que así se cumple con la figura de la “inmunidad judicial”, término que no existe en el derecho procesal nacional.
76. Otra obligación internacional consiste en que los Estados consideren la posibilidad de celebrar acuerdos para establecer *órganos mixtos de investigación*, cuando se trate de situaciones que estén siendo investigadas o procesadas en uno o más Estados y el delito tenga carácter transnacional [artículo 19 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000]. Recomendamos que se proponga la implementación de estos órganos mixtos de investigación de naturaleza transnacional para delitos cometidos en diferentes países, no contenido en el Libro séptimo del NCPP 2004.
77. En lo relativo a la obligación internacional que señala que las *instituciones financieras* o sus empleados, funcionarios, directores, propietarios o representantes, cuando incurran en el delito de lavado de activos, deberán estar sujetas a sanciones más severas. Asimismo, que las instituciones financieras serán responsables por los actos de sus empleados que tengan participación en este delito, pudiendo imponérseles multas, suspenderse o revocarse su licencia, entre otras medidas. Y que cometen delito penal la institución financiera, sus empleados o funcionarios que deliberadamente no cumplan con la obligación de identificar a los clientes y mantener los registros, no comuniquen las transacciones sospechosas o no entreguen la información pertinente a las autoridades competentes. En este sentido, se dispone que las instituciones financieras cuenten con programas, normas, procedimientos y controles internos para prevenir y detectar delitos, lo que implica como mínimo programas permanentes de capacitación de personal, mecanismos de auditoría y un sistema para evaluar los antecedentes personales, laborales y patrimoniales de los empleados y funcionarios [artículo 16 del Reglamento Modelo de la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) de la OEA sobre Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves de 1999]. Recomendamos que se reconozca la posibilidad de establecer la responsabilidad de estos entes financieros en los términos de implementación de la responsabilidad de las personas jurídicas en el marco del delito de lavado de activos.

