

TOMÁS ALADINO GÁLVEZ VILLEGAS

AUTONOMÍA DEL DELITO DE  
LAVADO DE ACTIVOS  
COSA JUZGADA Y COSA DECIDIDA



**AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS**

© Tomás Aladino Gálvez Villegas

Edición: Enero, 2016

Tiraje: 1000 ejemplares

© IDEAS SOLUCION EDITORIAL S.A.C.

Jr. de la Unión 1081 - Of. 201-D

Teléfono: (511) 426-5153

RPM: #949050813

E-mail: [info@ideassolucioneditorial.com](mailto:info@ideassolucioneditorial.com)

[www.ideassolucioneditorial.com](http://www.ideassolucioneditorial.com)

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2015-12057

ISBN N° 978-612-46897-5-8

Impreso en: ADEE. SAC

Jr. Libertad 382-Rímac

**DERECHOS RESERVADOS FECRETO LEGISLATIVO N° 822**

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio total  
o parcialmente sin permiso expreso de la Editorial.

**IMPRESO EN PERÚ / PRINTED IN PERU**

**Autor:**  
**Tomás Aladino Gálvez Villegas**



# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN .....	11
--------------------	----

## DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

I. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS .....	13
II. EL ANÁLISIS BÁSICO DE LOS TIPOS PENALES DE LAVADO DE ACTIVOS .....	19
1. BIEN JURÍDICO .....	19
2. ACTOS DE CONVERSIÓN Y TRANSFERENCIA.....	31
2.1. Tipo objetivo .....	31
2.1.1. Sujetos.....	32
2.1.2. Comportamientos típicos .....	37
2.1.3. Objeto de la Acción o del delito .....	40
2.1.4. Origen delictivo del dinero, bienes, efectos y ganancias .....	62
2.2. Tipo subjetivo.....	63
2.2.1. El dolo como única modalidad comisiva .....	63
2.2.2. Elemento de tendencia interna trascendente .....	77
2.2.3. Error de tipo .....	80
2.2.4. La culpa o imprudencia .....	81
2.3. Antijuricidad.....	86
2.4. Culpabilidad. Error de prohibición.....	87
2.5. Tentativa y consumación .....	88

2.6. Autoría y participación.....	89
2.7. Concurso de delitos y normas penales .....	92
3. ACTOS DE OCULTAMIENTO Y TENENCIA .....	101
3.1. Tipo objetivo .....	102
3.1.1. Sujetos.....	102
3.1.2. Comportamientos Típicos.....	108
4. TRANSPORTE, TRASLADO, INGRESO O SALIDA DE DINERO O TÍTULOS VALORES DE ILÍCITO COMERCIO .....	115
4.1. Comportamientos típicos .....	117
4.1.1. “Transportar” o “trasladar” dentro del Territorio Nacional	117
4.1.2. “Hacer ingresar” al país (al Territorio Nacional).....	118
4.1.3. “Hacer salir” del país (“retirar” del Territorio Nacional).....	119
4.1.4. Objeto del delito .....	120
4.1.5. Medidas administrativas de control de ingreso y salida del país de dinero en efectivo y títulos valores (instrumentos financieros negociables) y sanciones administrativas.....	124
5. FORMAS AGRAVADAS.....	127
5.1. Que el agente utilice y se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.....	128
5.2. El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.....	136
5.3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) unidades impositivas tributarias.....	141
5.4. El dinero, los bienes, efectos o ganancias involucrados provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas .....	142
6. FORMAS ATENUADAS.....	147
6.1. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias no es superior a cinco (5) unidades impositivas tributarias (UIT) .....	147
6.2. El agente proporcione información eficaz para evitar consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, detectar o incautar los activos ilícitos.....	148
7. OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES O TRANSACCIONES SOSPECHOSAS .....	155
7.1. Criterios de política criminal.....	155
7.2. Bien jurídico.....	158

7.3. Tipo de delito .....	160
7.4. Delito de omisión doloso.....	162
7.4.1. Tipo objetivo.....	162
7.4.2. Tipo subjetivo .....	175
7.5. Tipo culposo o imprudente.....	175
7.6. Concurso de delitos y de normas penales.....	178
<b>8. REHUSAMIENTO, RETARDO Y FALSEDAD EN EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN .....</b>	<b>181</b>
8.1. Criterios de política criminal y bien jurídico .....	182
8.2. Tipo de delito.....	183
8.3. Tipicidad objetiva.....	184
8.3.1. Sujetos .....	184
8.3.2. Conducta típica .....	186
8.3.3. Elemento subjetivo.....	190
8.4. Circunstancias agravantes .....	190
8.5. Consumación.....	193
<b>III. AUTONOMÍA DEL DELITO Y PROBLEMÁTICA DEL “DELITO PREVIO” .....</b>	<b>195</b>
1. AUTONOMÍA DEL DELITO.....	195
2. PROBLEMÁTICA DE LA ACTIVIDAD CRIMINAL PREVIA O «DELITO PREVIO» .....	207
2.1. Naturaleza jurídica del “delito previo”.....	208
2.1.1. Naturaleza jurídica del “delito previo” en la jurisprudencia y acuerdos plenarios de la Corte Suprema.....	217
2.2. “Delito previo” cometido en el extranjero .....	221
2.3. “Delito previo” cuya acción penal se ha extinguido .....	225
2.4. Prueba de la actividad criminal o «delito previo».....	231
3. PRUEBA EN GENERAL DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.....	237
3.1. La prueba indiciaria en los procesos por lavado de activos .....	240
3.2. Valor probatoria de los informes y reportes de la unidad de inteligencia financiera (UIF) .....	246
3.3. La prueba trasladada.....	248
3.4. Valoración de la prueba obtenida mediante técnicas especiales de investigación.....	249
3.5. Carga de la prueba en los procesos por lavado de activos .....	251
3.6. Inversión de la carga de la prueba y cargas probatorias dinámicas en los procesos por lavado de activos .....	254

3.6.1. Inversión de la carga de la prueba en la pretensión de decomiso en el proceso por lavado de activos .....	258
<b>IV. LA COSA JUZGADA .....</b>	<b>267</b>
1. LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL ESTADO .....	269
2. LA COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL.....	275
2.1. Resoluciones con carácter de cosa juzgada .....	280
2.1.1. Las sentencias firmes .....	283
2.1.2. Los autos firmes .....	283
2.1.3. Disposiciones fiscales con efectos de cosa juzgada.....	292
<b>V. LA COSA DECIDIDA.....</b>	<b>299</b>
<b>VI. LA COSA DECIDIDA EN SEDE FISCAL.....</b>	<b>305</b>
1. CASOS EN QUE PROCEDE LA COSA DECIDIDA EN SEDE FISCAL Y SU RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO DE LOS ACTUADOS.....	311
1.1. Disposición de archivo de los actuados en la investigación.....	312
1.2. Disposición de abstención del ejercicio de la acción penal en aplicación del principio de oportunidad y acuerdo reparatorio o por suspensión de actividad ilícita por parte del imputado .....	318
2. CASOS DE ARCHIVO DEFINITIVO EN SEDE FISCAL QUE NO PRODUCEN COSA DECIDIDA .....	319
<b>VII. ACTOS COMPRENDIDOS EN LA COSA DECIDIDA O COSA JUZGADA Y DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS.....</b>	<b>325</b>
<b>VIII. CASUÍSTICA RECIENTE.....</b>	<b>329</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>337</b>

## INTRODUCCIÓN

Luego de la publicación de la tercera edición de nuestro libro “El delito de lavado de activos” en setiembre del 2014, en el cual desarrollamos y expresamos la evolución de nuestras ideas sobre este delito (ideas que fueron gestadas en las dos primeras ediciones de dicho trabajo) hemos podido advertir que muchos de los planteamientos esbozados han generado un amplio debate por parte de la comunidad jurídica, habida cuenta que los criterios dogmáticos y operativos sobre este delito, aún se encuentran en proceso de maduración y consolidación en nuestro medio; y claro, con satisfacción hemos podido apreciar que, con nuestro trabajo, hemos contribuido en este proceso de maduración de las ideas sobre esta materia.

Particular importancia reviste el tema referido a la *autonomía del delito de lavado de activos*, sobre cuya materia existen diversas posturas, desde las que consideran que se trata de un delito totalmente autónomo de la actividad criminal previa; las que sostienen que la autonomía es solo procesal más no material; las que sostienen que el delito previo es un elemento objetivo (normativo) del tipo y, por tanto, el lavado de activos no tiene autonomía respecto del delito previo; y, la posición que defendemos que el delito de lavado de activos no es un delito totalmente autónomo, puesto que el objeto de este delito tiene la característica de tener origen delictivo o estar vinculado a una actividad criminal previa, por lo que esta vinculación se debe acreditar en el proceso, sin que ello signifique que el delito previo constituya un elemento objetivo del tipo penal.

Al respecto, la jurisprudencia viene pronunciándose de modo poco uniforme y un tanto errático, lo cual viene generando, en la mayoría de

casos, la impunidad de este delito; ello obliga a los teóricos que se dedican a la investigación de este delito a desarrollar pautas o criterios con un nivel de argumentación convincente a fin de sentar las bases para una correcta interpretación y aplicación de las normas relativas a estas complejas conductas delictivas.

La cuestión se ha agravado con la aparición de casos de presunto delito de lavado de activos atribuidos a altas personalidades de la política nacional que exigen la más exhaustiva investigación; sin embargo, a través de acciones de amparo y habeas corpus se pretende impedir la investigación al considerar que los hechos ya fueron materia de *cosa decidida* en investigaciones fiscales anteriores y, que por ello, se ha resuelto de modo definitivo el caso de presunto lavado de activos no procediendo una nueva investigación. Obviamente, esta situación es rechazada por la Fiscalía encargada de la investigación, la misma que considera que no se ha producido la cosa decidida en sede fiscal, puesto que la investigación anterior resulta incompleta y deficiente, por lo que no existiría inconveniente para reabrir una investigación fiscal.

Así las cosas, se aprecia que estamos ante una nueva problemática que exige, aun más, trabajar esta rica temática del delito de lavado de activos y su investigación y cómo se debe proceder ante supuestos de *cosa juzgada* o *cosa decidida* por el delito previo o en casos de investigaciones por lavado de activos deficitarias que concluyen con la generación de una aparente cosa decidida.

En el presente trabajo, consolidamos nuestros criterios sobre la autonomía del delito de lavado de activos y cómo debe acreditarse este delito, a la vez que abordamos los temas de la *cosa juzgada* y la *cosa decidida* y cuál es su incidencia en la investigación y procesamiento de este delito.

Lima, setiembre 2015  
Tomás Aladino Gálvez Villegas

# DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

## I. CUESTIONES GENERALES SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Con el avance de la ciencia y la tecnología y la expansión del proceso de globalización de la economía, con la consecuente interconexión de los circuitos económico-financieros regionales y mundiales, se han creado las condiciones para el surgimiento de nuevas actividades delictivas, antiguamente impensadas, propiciándose la aparición de la llamada delincuencia internacional y la criminalidad organizada<sup>(1)</sup>; las organizaciones delictivas a través de la división del trabajo o distribución de roles así como con la implementación de criterios de eficacia y eficiencia empresarial en sus actividades criminales, determinan el incremento de la rentabilidad de su accionar delictivo.

Estas actividades ilícitas de gran envergadura, al realizarse eficientemente, han llegado a reportar grandes cantidades de recursos económicos a sus agentes, los que en parte son destinados a financiar otras actividades delictivas, con el consecuente efecto multiplicador en la cadena de la actividad criminal, y otra parte es destinada a la búsqueda de impunidad para sus agentes, enfilando su actuación corruptora contra las autoridades y organismos de control; constituyéndose en una fuente inagotable de corrupción con una

---

(1) Al respecto ver: SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *“La Expansión del Derecho Penal. Aspectos de la Política Criminal en las sociedades postindustriales”*. Civitas, Madrid, 1999.

fuerte influencia en el deterioro de la moral social<sup>(2)</sup> y en la deslegitimación del propio ordenamiento jurídico en su conjunto. Pero la mayor cantidad de los recursos malhabidos pasan a engrosar los patrimonios de los agentes delictivos, quienes necesitan dotar de legalidad a estos fondos, para poder disfrutarlos libre y tranquilamente. Para ello, requieren introducir o insertar el producto de su actividad delictiva en el sistema económico legal nacional o internacional; esto es, necesitan “lavar”, “blanquear” o legitimar los activos, alejándolos de su fuente delictiva.

Ante el acceso de estos activos ilícitos al sistema económico legal, afectando diversos bienes o intereses protegidos por el derecho, se hace indispensable su proscripción a través de medidas administrativas y medidas de carácter jurídico-penal, al apreciarse claramente la necesidad de su criminalización. Asimismo, se busca el aislamiento del capital “sucio” y sus agentes; estos deben, en todo el sentido de la expresión, “quedarse sentados” sobre el capital “sucio”<sup>(3)</sup> sin poder disponer del mismo.

En este orden de ideas, la comunidad internacional, a través de los organismos internacionales y regionales han elaborado diversos instrumentos jurídicos a través de los cuales recomiendan la tipificación penal de las conductas orientadas a lavar fondos; asimismo, la emisión de normas que permitan y faciliten la privación a sus agentes de dichos fondos ilícitos; a la vez que se propende a la concreción de la cooperación internacional entre Estados para lograr una actuación de proscripción eficiente.

Siguiendo estas recomendaciones cada uno de los países ha implementado en sus ordenamientos jurídicos, normas penales y mecanismos administrativos y de otra índole, orientados a lograr una eficaz lucha contra

- 
- (2) Más allá de estos efectos perniciosos de los “patrimonios” criminales, también se habla de un mensaje de desaliento y mal ejemplo a la juventud y la sociedad en general, quienes al ver el rápido ascenso económico de los agentes delictivos y las dificultades que presenta el trabajo honrado en estos últimos tiempos, toman la fácil opción de orientarse por la criminalidad; tal como refiere PLAZA VEGA, Luis Alfonso: *“La ley de extinción de dominio”*. Ed. Carrera 7ª, Bogotá, 2004, pp. 27 y ss.
- (3) AMBOS Kai: *“La aceptación por el abogado defensor de honorarios “maculados”: ¿lavado de dinero?”*. El penalista liberal, libro homenaje a Rivacoba y Rivacoba. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, pp. 59 y 60.

estas conductas ilícitas, así como para dotar de eficacia y eficiencia a la propia normatividad penal referida a la lucha contra los delitos previos generadores de los activos ilícitos<sup>(4)</sup>. Pero la comunidad internacional no se ha quedado en la recomendación de la implementación de normas penales, administrativas o de otra índole sino que ha establecido mecanismos para controlar la debida y eficaz implementación de las recomendaciones por parte de los países; a tal fin el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) ha establecido metodologías específicas para la evaluación de tal cometido por parte de cada país.

- (4) La firme decisión de los estados, organismos internacionales y entidades financieras internacionales y privadas es tan categórica respecto a la proscripción del lavado de activos que a través del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) se ha establecido un sistema y metodología de evaluación de los Estados respecto a la implementación de medidas eficaces respecto a la lucha contra este flagelo, en esta metodología se ha considerado un marco jurídico e institucional adecuado, el cual debe incluir: (i) leyes que creen delitos de lavado de dinero (LD) y de financiamiento del terrorismo (FT), y que tomen providencias para el congelamiento, decomiso y confiscación de los activos del crimen y del financiamiento del terrorismo; (ii) leyes, regulaciones o en ciertas circunstancias otros medios coercitivos, que impongan las obligaciones requeridas sobre las instituciones financieras y las actividades y profesiones no financieras; (iii) un marco institucional o administrativo apropiado, y leyes que dispongan para las autoridades competentes los deberes, poderes y sanciones necesarias; y (iv) leyes y otras medidas que le permitan al país contar con la capacidad para prestar el mayor rango de cooperación internacional. Asimismo se sugiere la realización de un trabajo para identificar elementos o la presencia de puntos débiles o deficiencias en el marco general de implementación de las medidas eficaces referidas, que resulten congruentes con los sistemas democráticos de gobierno; a tal efecto deben implementarse medidas tendientes a: a) El respeto a la transparencia y el buen Gobierno; b) Una cultura de cumplimiento de las recomendaciones GAFI apropiada, compartida y reafirmada por el Gobierno, las instituciones financieras, las actividades y profesiones financieras, los grupos comerciales y las organizaciones de autorregulación; c) Medidas apropiadas para evitar y combatir la corrupción, incluyendo, donde la información sea disponible, las leyes y otras medidas relevantes, la participación de la jurisdicción en las iniciativas regionales o internacionales contra la corrupción, tales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción; d) Un sistema judicial razonablemente eficiente, que asegure que las decisiones judiciales sean ejecutadas de manera apropiada; e) Elevados requisitos éticos y profesionales para los oficiales de la Policía, fiscales, jueces, etc., y medidas y mecanismos destinados a asegurar que se observen estos requisitos; f) Un sistema destinado a asegurar el comportamiento ético y profesional por parte de profesionales tales como los contadores y auditores, y los abogados. Ello puede incluir la existencia de códigos de conducta y buenas prácticas, así como también métodos para asegurar el cumplimiento, como es el registro, la concesión de licencias y la supervisión o vigilancia.
- (Metodología para Evaluar el Cumplimiento de las 40+9 Recomendaciones del GAFI contra el Lavado de Dinero y el Financiamiento del Terrorismo (ALD/CFT). Incluyendo los cambios adoptados por el GAFI hasta Febrero de 2009)

En tal sentido, ha quedado consolidado en los sistemas penales el delito de lavado de activos o de capitales. Pero, tal como lo señala BLANCO CORDERO<sup>(5)</sup>, a lo largo del tiempo este delito ha experimentado transformaciones, pues, los criterios político criminales que inicialmente legitimaron su existencia como un instrumento de lucha contra el tráfico de drogas y posteriormente para afrontar la lacra del crimen organizado, hoy día se ha superado esta idea, y el delito de blanqueo ha expandido enormemente su campo de aplicación a cualquier actividad delictiva, e inclusive a una serie de comportamientos que difícilmente responden a la idea de lo que constituye el fenómeno del blanqueo.

En nuestro país, se ha dictado la normatividad pertinente; sin embargo, se ha podido constatar ciertas deficiencias en la norma principal (Ley N° 27765, del 27 de junio del 2002) por lo que se ha procedido a derogar dicha norma y a promulgar el Decreto Legislativo N° 1106, a través del cual se corrigen las deficiencias normativas, estructurando una mejor sistemática de tipos penales, se ha determinado categóricamente la autonomía del lavado de activos e implementando medidas concretas orientadas a complementar las penas con consecuencias patrimoniales eficaces, como el decomiso generalizado y la implementación de medidas específicas contra las personas jurídicas. Asimismo, se ha modificado las normas administrativas con la finalidad de que estas complementen y apunten en un mismo sentido que las normas penales.

En este sentido, el D. Leg. 1106, ha complementado los tipos penales tipificando como delito autónomo el Transporte, Traslado, Ingreso y Salida por territorio nacional de Dinero y Valores de origen ilícito y el Rehusamiento, Retardo y Falsedad en el suministro de información, así como también ha establecido un tipo penal culposo respecto a la omisión de reporte de operaciones sospechosas, a la vez que ha mejorado la sistemática de las circunstancias agravantes de los respectivos tipos penales; habiendo además, implementado circunstancias atenuantes para casos de menor reproche penal (cuando el

---

(5) BLANCO CORDERO, Isidoro: "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 13-01, p. 01:1-01:46, ISSN 1695-0194 RECPC 13-01 (2011). p. 44. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>

monto de los activos materia de lavado no superen las 5 UIT). Igualmente, el D. Legislativo ha incluido normas procesales para la investigación del delito. También se da un tratamiento específico a las personas jurídicas involucradas en el lavado de activos; y se especifica la punibilidad de actos de autolavado. Asimismo, se ha retornado a las descripciones típicas de peligro, en contra de las de lesión y resultado establecidas en la norma derogada. También se ha dado un mejor tratamiento al dolo eventual (“debía presumir” en contraposición a la norma que decía “pueda presumir”); a la vez que se ha reincorporado el elemento subjetivo de tendencia interna trascendente (“con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”). Finalmente, se ha realizado una mejor selección de la actividad criminal precedente que configuran agravantes de segundo grado o nivel. Con todo ello, se ha adecuado la normativa nacional a los estándares de tipificación y sanción de este delito, fijados en los convenios regionales y globales, especialmente a las recomendaciones del GAFI<sup>(6)</sup>.

---

(6) Sobre el contenido de los convenios internacionales respecto al tipo penal, ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *“El delito de lavado de activos”*. Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 31 y ss.



## II. EL ANÁLISIS BÁSICO DE LOS TIPOS PENALES DE LAVADO DE ACTIVOS

### 1. BIEN JURÍDICO

Como se sabe, para todo análisis dogmático de los tipos penales, en primer lugar se debe determinar cuál es el bien jurídico tutelado por el tipo penal, pues, se asume que la acción típica consiste precisamente en afectar un bien jurídico a través de una lesión o una puesta en peligro. Salvo que se asuma un criterio funcional normativo en el que se deja de lado la concepción del bien jurídico y se opta por la protección o estabilización de la vigencia de la norma como fundamento y función del Derecho penal.

En el caso del delito de lavado de activos no existe uniformidad en cuanto al bien jurídico u objeto de protección de la norma, habiéndose señalado que el bien jurídico está constituido por la salud pública, la administración de justicia, el orden socioeconómico, la licitud de los bienes que circulan en el mercado, así como un postura que considera que este delito es pluriofensivo y por tanto, protege diversos bienes jurídicos, entre los que se consideran a los anteriormente citados.

Por nuestra parte, consideramos que aun cuando cada una de las tesis esbozadas comprende un aspecto importante del bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, por sí solas no lo definen debidamente o, en todo caso, desbordan la necesidad de concreción y objetividad del objeto de protección, no logrando superar las críticas u objeciones formuladas contra cada una de ellas. Pues, teniendo en cuenta que el *ius puniendi* estatal solo resulta legítimo cuando actúa en estricta defensa de bienes jurídicos debidamente

determinados y en estricto respeto al principio de lesividad, las referidas concepciones del bien jurídico no llegan a satisfacer las exigencias propias del ejercicio del control penal; de un lado, porque solo consideran aspectos unilaterales o parciales del bien jurídico y del otro porque no llegan a precisar o delimitar en concreto el objeto de protección de los tipos penales en referencia.

En este sentido, si bien *es indudable que las conductas propias del lavado de activos afectan el orden o sistema económico del país*, para que dicho orden o sistema constituya un verdadero bien jurídico u objeto de protección penal, tiene que estar delimitado o concretizado, de tal forma que las conductas configurativas del delito signifiquen una real afectación al mismo, al significar su lesión o su puesta en peligro. En cuanto el sistema u orden económico presenta un carácter *supraindividual* (institucional o colectivo) su ámbito y contenido no resulta de fácil determinación o delimitación; por lo que si, en general, consideramos a este como único objeto de protección, no podremos precisar fácilmente qué es lo que realmente se quiere proteger con la tipificación penal de los comportamientos configurativos de los delitos de lavado de activos; y por ello mismo, cuándo nos encontramos, realmente, ante una afectación a dicho bien jurídico.

Es por ello, que consideramos que para este caso, resultan de utilidad los criterios referentes al bien jurídico *mediato* y bien jurídico *inmediato*, tal como refiere MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ,<sup>(7)</sup> que siguiendo la doctrina italiana considera que solo los bienes jurídicos inmediatos constituyen verdaderos objetos de protección de los tipos penales en el sentido técnico, mas no así los mediatos, los mismos que más que todo están vinculados a las razones o finalidades objetivas de la norma; es decir, a las razones o motivos que conducen al legislador a criminalizar un determinado comportamiento. En este sentido, serán bienes jurídicos materia de tutela de la norma penal, únicamente los intereses o bienes específicos o inmediatos que aparecen “incorporados al tipo de injusto de la infracción delictiva de que se trate, en el sentido de que su vulneración (lesión o puesta en peligro) por parte de la acción del sujeto activo se erige como un elemento implícito indispensable de la parte objetiva de

---

(7) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: “Derecho Penal Económico. Parte General”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1998. p. 90 y ss. Con cita a LUZÓN PENA, P.G. p. 302; COBO/VIVES, P.G. p. 294 y ss.; MIR PUIG, P.G. 6/42-45.

cualquier tipo, (...) por tanto, dicha vulneración habrá de ser abarcada por el dolo o la imprudencia del agente<sup>(8)</sup>; mas no así los intereses o bienes mediatos, los que "... no aparecen incorporados al tipo de injusto de la infracción correspondiente y, por tanto el intérprete no tiene por qué acreditar que en el caso concreto se ha producido una lesión o puesta en peligro de dicho bien, ni tiene por qué exigir que el dolo o la imprudencia del autor vayan referidos a él"<sup>(9)</sup>.

En este orden de ideas, cuando nos referimos al orden o sistema económico en general (en abstracto), estaremos ante un *bien jurídico mediato*, el que no podrá ser objeto de protección penal; para que este pueda realmente ser un bien jurídico penalmente tutelado, se requiere la correspondiente delimitación y concreción, de tal modo que pueda advertirse objetivamente su afectación a través de las conductas típicas. Para realizar esta delimitación o concreción, creemos que resultan válidas las ideas de SCHUNEMANN, ROXIN y JAKOBS desarrolladas por MARTÍNEZ-BUJAN PÉREZ, consistentes en la identificación de "*objetos con función representativa*", que serán los que resulten inmediatamente lesionados o puestos en peligro concreto con el comportamiento típico individual<sup>(10)</sup>, siendo que con la afectación de estos objetos representantes, inexorablemente resultarán afectados los bienes representados (indirectos o mediatos).

Objeto con función representativa del orden o sistema económico general o abstracto, indudablemente es la *libre competencia*<sup>(11)</sup>, o mejor dicho la *libre y*

(8) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Ob. Cit.* p. 91.

(9) MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Ob. Cit.* p. 91. También GÓMEZ PAVON, Pilar: en "*El Bien Jurídico protegido en la Receptación, Blanqueo de Dinero y Encubrimiento*"; refiere: "Aunque intereses económicos, incluso fiscales, pueden aparecer como objetos de protección, mediatos, en Derecho Penal lo determinante es el bien jurídico inmediato, solo él puede utilizarse en la interpretación y delimitación del ámbito de protección de la norma". p. 220.

(10) *Ob. Cit.* p. 98 y 99.

(11) "La competencia es un principio rector de toda economía de mercado. Constituye un 'elemento consustancial del modelo de organización económica de una sociedad' y representa en el marco de las libertades individuales, la forma más importante de manifestación del ejercicio de la libertad de empresa. Los poderes públicos tienen encomendada la defensa de la competencia, de acuerdo con las exigencias de la economía nacional, en virtud del mandato derivado del artículo 38 de la Constitución española. Con ello se trata de garantizar el orden económico constitucional en el sector de la economía de mercado, desde la perspectiva de los intereses públicos". BLANCO CORDERO: "*El delito de blanqueo de capitales*". 3ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 221.

*leal*<sup>(12)</sup> *competencia*<sup>(13)</sup>, con todo lo que esta significa en una economía de libre mercado<sup>(14)</sup>; esto es, el correcto funcionamiento del mercado, a través del libre acceso de los agentes económicos al mismo; la determinación de los precios por el libre juego de las leyes del mercado, sin injerencia de agentes externos que las desvirtúen; la no perturbación de los negocios legales; y, el origen lícito de los bienes que circulan en el sistema (o condiciones lícitas del mercado<sup>(15)</sup>). La afectación de cualquiera de estos componentes implica la afectación de la libre competencia, a la vez que, automáticamente revela una afectación al bien jurídico mediato o abstracto (sistema u orden económico)<sup>(16)</sup>. Pero claro, consideramos únicamente estos componentes de la libre competencia, como

- (12) Agregamos el término “*leal*” como calificativo de la competencia, a través del cual pretendemos complementar el contenido de la libre competencia como objeto de protección del delito sub materia; con lo que buscamos tomar en cuenta los criterios esgrimidos por GARCÍA CAVERO, relativos a la protección de las condiciones del mercado que establece que el acceso a los bienes tiene que deberse a causas arregladas a derecho.
- (13) “... estimamos que la criminalización del reciclaje representa un claro exponente de la actuación de unos poderes públicos que, lejos de abstenerse, intervienen sobre el mercado con el objeto de salvaguardar la credibilidad de los agentes que en él participan, a la vez que la iniciativa privada y el régimen de libre competencia”. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: “*El Delito de Blanqueo de Capitales*”. Colex, Madrid, 1998. p. 238.
- (14) “... entendemos que, en efecto, el orden socioeconómico no es el bien jurídico inmediatamente tutelado por el delito de blanqueo, pero ello se debe a que, como hemos dicho, el orden socioeconómico no es un bien jurídico, es demasiado abstracto para ser considerado como tal, sino una categoría que agrupa a varios bienes jurídicos que tienen en común el configurar el actual marco económico que promociona nuestra Constitución”. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: “*El Delito de Blanqueo de Capitales*”. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 89.
- (15) GARCÍA CAVERO (*Derecho penal económico*.... p. 188), considera a estas condiciones como fundamento de la punición de las conductas a la vez que las asimila al objeto de protección exclusivo de los delitos en cuestión.
- (16) En el Perú han seguido este criterio, aunque no de modo directo (para la determinación del bien jurídico *Administración Pública*), autores como Fidel ROJAS VARGAS, quien ha considerado como objetos representantes inmediatos del bien jurídico administración pública al ejercicio de funciones y servicios públicos; la regularidad de su funcionamiento; la observancia de los deberes del cargo y empleo; y, el principio de protección del patrimonio público. “*Delitos contra la Administración Pública*”. Primera Edición, Grijley, Lima, 1999, pp. 15 y 16. Y Segunda Edición, 2001. p. 20. En el mismo sentido nos hemos pronunciado en nuestro trabajo “*Delito de Enriquecimiento Ilícito*”. Idemsa, Lima, 2001, pp. 113 y 114. Idea similar, aunque desde otra perspectiva, ha expresado CARO CORIA, en su trabajo “*Delito de Enriquecimiento Ilícito*”, En: *Delitos de Tráfico de Influencias, Enriquecimiento Ilícito y Asociación Ilícita para delinquir*”, en coautoría con San Martín Castro y Reaño Peschiera. Jurista Editores, Lima, 2002, p. 134 y ss.

objetos de protección específica y no el orden o sistema económico en general, el mismo que tiene una connotación más amplia que la libre competencia y los componentes aludidos de esta.

Con el criterio esbozado no diferimos mayormente de los criterios que consideran como objeto de protección únicamente a la libre competencia; sin embargo, consideramos que, vinculados al bien jurídico “orden o sistema económico general o abstracto”, también aparecen otros bienes jurídicos inmediatos (además de la libre competencia) en cuanto estos contribuyen o son requeridos para velar por la incolumidad del sistema económico<sup>(17)</sup>. Uno de estos bienes jurídicos inmediatos está constituido por la propia *Administración de Justicia*, pues, el funcionamiento eficaz de esta concurre a la configuración de un adecuado orden económico y particularmente, garantiza el funcionamiento de la libre competencia. Así pues, a nadie le es ajeno que para que una economía funcione se requiere de una administración de justicia eficaz y eficiente, capaz de resolver los conflictos que se suscitan entre los agentes económicos que intervienen en el sistema u orden económico, de modo que se garantice, no solo el funcionamiento del sistema sino también la licitud de este. Ello explica el hecho que los agentes económicos, ante la ineficacia de la administración de justicia, exijan la consolidación y funcionamiento de una jurisdicción arbitral que resuelva los conflictos en reemplazo de la administración de justicia ordinaria. Por ello mismo, tampoco es un secreto que los organismos financieros internacionales o regionales (en menor medida los nacionales) destinan grandes cantidades de fondos a la mejora de la administración de justicia; y más todavía, que en los convenios económicos bilaterales, multilaterales o internacionales se considere como condición, y se incida rigurosamente en la mejora de la administración de justicia y en su eficacia. Más aún, es necesario tener en cuenta que una de las exigencias en la Metodología de evaluación del GAFI respecto a la implementación y aplicación de medidas antilavado, es precisamente el funcionamiento de un sistema judicial razonablemente eficiente, que asegure que las decisiones judiciales sean ejecutadas de manera apropiada

---

(17) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *Ob.Cit.* p. 89.

Precisamente las conductas configurativas de los delitos económicos y, claramente las de blanqueo o lavado de activos, inciden directamente en la afectación de la administración de justicia influyendo significativamente en su ineficacia e ineficiencia<sup>(18)</sup>; con lo que, de modo mediato inciden negativamente en el funcionamiento del sistema u orden económico. Y claro, la eficacia y eficiencia de la Administración de Justicia se afecta con las conductas de *encubrimiento u ocultamiento* configurativas de los delitos de lavado de activos, que como es sabido, es el modo natural como se han estructurado estos tipos penales en la mayor parte de legislaciones; particularmente en nuestro país, todos los tipos penales de lavado (Ley N° 27765 y la norma en actual vigencia D. Leg. N° 1106) se estructuran teniendo como fin el ocultamiento del dinero, bienes, efectos o ganancias de procedencia delictiva, constituyendo dicho ocultamiento un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente de los diversos tipos penales<sup>(19)</sup>; por algo se ha dicho que el delito de lavado de activos es en “verdad un desgajamiento del clásico delito de encubrimiento”<sup>(20)</sup>. Más aún, si revisamos la legislación extranjera, encontramos, por ejemplo en el artículo 301.1 del Código Penal Español (de reciente modificación en este extremo), una clara vinculación a la protección de la administración de justicia, al haberse establecido que las conductas delictivas del blanqueo de capitales deben realizarse “...para ocultar o encubrir su origen ilícito (de los bienes de origen delictivo –agregado nuestro-) o para ayudar a la persona que haya

---

(18) Al respecto, gran cantidad de nuestra legislación económica se ha tenido que modificar o implementar, precisamente, para hacer viable los llamados Tratados de Libre Comercio (TLC) o Convenios bilaterales o proyectos de convenios con los diversos países (Estados Unidos de Norteamérica, Corea del Sur, China, Canadá, etc.) suscritos recientemente por nuestro país; a la vez que se ha tenido que implementar mecanismos diversos para dotar de fluidez y eficacia a la Administración de Justicia respecto al ámbito económico y a la solución de conflictos entre sus agentes.

(19) Conforme al texto original de la Ley N° 27765 el ocultamiento constituía un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente, luego con la modificación introducida por D. Leg. 986 se configuró a este como un elemento objetivo del tipo; sin embargo, con la actual modificación introducida por el D. Leg. 1106 en actual vigencia, nuevamente se lo considera como un elemento subjetivo de tendencia interna trascendente.

(20) ADRIASOLA, Gabriel: “El lavado de activos en Uruguay. Los riesgos de una autonomía desmedida”. En: Urquiza Olaechea y Salazar Sánchez (Coords.): Política criminal y Dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales. Idemsa, Lima, 2012, p.16; con cita de Langón Cuiñarro.

---

*Autonomía del delito de lavado de activos*

*participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos...”.*

Obviamente, la administración de justicia también tiene diversos ámbitos o esferas de influencia, y uno de ellos es precisamente su incidencia en el funcionamiento del sistema económico; y precisamente, las normas penales referidas al lavado de activos, buscan proteger la eficacia y eficiencia de la administración de justicia en su relación con el buen funcionamiento y configuración del orden económico; mas no así cuando se trate del mero ocultamiento referido a la investigación y procesamiento de cualquier delito, en cuyo caso, el contenido del injusto ya está comprendido en los delitos de encubrimiento real o personal previstos por los artículos 404º y 405º del Código Penal respectivamente, por lo que no sería necesaria su consideración vinculada al delito de lavado de activos. Ello a la vez nos permite alejarnos de la tesis que considera como único objeto de protección de los delitos de lavado de activos a la Administración de Justicia; pues, de asumir este criterio, no podríamos diferenciar el ocultamiento previsto en la norma de lavado de activos del ocultamiento en los delitos de encubrimiento real previstos en el catálogo de los delitos contra la Administración de Justicia, y obviamente no podríamos sustentar el fundamento de la agravación de los primeros respecto a los segundos.

Sin embargo, no podemos considerar solo a la Administración de Justicia como único bien jurídico tutelado por los delitos de lavado de activos, puesto que de ser así, sería suficiente el ocultamiento, sin interesar la inserción de los bienes, dinero o activos en el circuito económico legal. Asimismo, tampoco podemos considerar solo al orden económico (o la libre competencia) como único bien jurídico de este delito, puesto que de aceptar esta tesis, no podríamos considerar como delito de lavado de activos a los supuestos en que solo se ocultan los bienes (al igual que en los delitos de encubrimiento, cuyas conductas típicas son: ocultar, sustraer u obstaculizar) sin incorporarlos al circuito económico legal; pues estos supuestos no estarían afectando al bien jurídico. En tal sentido, estando a la propia estructura de los diversos tipos de lavado de activos, no existe otra alternativa que considerar

como bien jurídico mediato de estos delitos al orden económico<sup>(21)</sup>; pero claro, como objetos de protección directo e inmediato y representativos del orden económico, a la libre competencia, así como también a la administración de justicia. Siendo que en algunos casos, como los artículos 1°, 3° y 4° de la Ley se incide fundamentalmente en la libre competencia, y en el artículo 2°, (4°), 5° y 6° fundamentalmente en la Administración de Justicia, pero en todos los casos vinculados al bien jurídico mediato, orden económico. Con ello, a la vez contestamos los cuestionamientos a nuestra posición realizados por algunos autores nacionales<sup>(22)</sup>. Esta postura resulta medianamente coincidente con el criterio asumido por DEL CARPIO DELGADO, quien se refiere al bien jurídico del delito de blanqueo de capitales como uno de naturaleza socioeconómica o un bien jurídico en el que además se considera a la administración de justicia<sup>(23)</sup>; y claro también coincide con BLANCO CORDERO, en cuanto afirma "...el blanqueo de capitales no es solamente un delito contra la administración de justicia sino también y fundamentalmente, como ya hemos indicado, contra el orden socioeconómico"<sup>(24)</sup>; es más, al precisar su posición personal sobre el bien jurídico del delito de lavado de activos, refiriéndose a los delitos de ocultación del origen y evitación del descubrimiento del delito previo, que en buena cuenta son todos nuestros tipos de lavado, señala categóricamente, que estas conductas menoscaban el bien jurídico administración de justicia<sup>(25)</sup>; situación que sin mayores fundamentos, en nuestro medio, es negada por algunos autores. Aun cuando resulta pertinente tener en cuenta

---

(21) En efecto, el Presidente de la Corte Suprema de Justicia, Enrique Mendoza, en ocasión del Congreso sobre Lavado de Activos realizado en Lima por ASBANC, en el mes de marzo del 2013, señaló categóricamente: "El lavado de activos es un hijo parricida del libre mercado".

(22) SALAS BETETA, Christian; PÉREZ LÓPEZ, Jorge; TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel; VILLEGAS PAIVA, Eloy Alexander; UGAZ HEUDEBERT, Juan Diego; ARBULÚ MARTÍNEZ, Víctor Jimmy; LAMAS SUÁREZ, Gerardo Luis; todos ellos en los correspondientes números de Gaceta Penal y Procesal Penal.

(23) DEL CARPIO DELGADO, Juana: "*Principales aspectos del delito de blanqueo de capitales en la legislación española*". En *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*. Coordinadores: Urquiza Olaechea y Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, p. 119.

(24) BLANCO CORDERO: "*El delito de blanqueo de capitales*". 3ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 735.

(25) BLANCO CORDERO: "*El delito de blanqueo de capitales*". 3ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 213.

que GARCÍA CAVERO, al analizar el tipo penal de incumplimiento de los requerimientos de información, previsto en el artículo 6° del D. Leg. N°1106, (que se trata de un delito periférico o complementario del lavado de activos, tal como lo precisa PRADO SALDARRIAGA<sup>(26)</sup>), considera que dicho delito se sustenta en el deber de contribuir con la administración de justicia para el esclarecimiento de los delitos de lavado de activos; precisando que se trata de un delito contra la administración de justicia, con la única particularidad de que se considera a esta cuando se vincula a la investigación y juzgamiento de los delitos de lavado de activos, con lo que estaría vinculando a este delito a la protección de la eficacia de la administración de justicia<sup>(27)</sup>.

Siendo así, concluiremos diciendo que los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son la *libre y leal competencia*<sup>(28)</sup> y la *eficacia de la Administración de justicia*<sup>(29)</sup>, en tanto constituyen objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general “orden o sistema

(26) PRADO SALDARRIAGA “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 285 y ss.

(27) GARCÍA CAVERO: “El delito de lavado de activos”. p. 156.

(28) “En concreto, defendemos que el blanqueo afecta al principio de libre competencia”. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *Ob. Cit.* p. 97. Asimismo, “... se garantiza la existencia de la competencia a través de la Ley de Defensa de la Competencia, (...), se protege la lealtad competitiva en la Ley de Competencia Desleal. (...). El capital, motor de la economía de mercado, constituye el fundamento de las posibilidades de desarrollo económico. Objetivo de la criminalidad organizada, cuando dispone de capital, es infiltrarse en la economía legal y tratar de alcanzar posiciones monopolísticas a través de la supresión de competidores”. BLANCO CORDERO: “El delito de blanqueo de capitales”. 2a edición, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 222.

En nuestro medio se decanta por la *libre y leal competencia* como bien jurídico tutelado por el delito de lavado de activos es ALPACA PÉREZ, Alfredo: “Algunos argumentos a favor de la “libre y leal competencia” como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos”. *Gaceta Penal y Procesal Penal* N° 21 (marzo 2011), Lima, pp. 33 a 52.

(29) Criterio similar esboza Salazar Sánchez, quien con toda claridad refiere: “Desde nuestra perspectiva, son dos los bienes jurídicos protegidos en los delitos de lavado de activos: el correcto funcionamiento del sistema socio-económico y la eficacia de la administración de justicia. Ahora bien la materialización del orden socio-económico, en una economía de mercado, es, sin lugar a dudas, la libre competencia, es decir, el correcto funcionamiento del mercado económico, sin injerencias de agentes externos que lo desvirtúen...”. SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: “Los delitos de lavado de activos en la legislación peruana”. En *Política Criminal y Dogmática Penal y los delitos de Blanqueo de Capitales*; Coordinadores: Urquiza Olaechea y Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, p. 341.

económico<sup>(30)</sup>, de tal suerte que la afectación de este último, está determinada por la de los primeros<sup>(31)</sup>. En este criterio, se toma en cuenta la mayoría de los fundamentos de las demás tesis existente, sobre todo, la que considera el carácter pluriofensivo de las conductas de lavado de activos, la que considera a la administración de justicia, al orden socioeconómico y la licitud de los bienes que circulan en el mercado; solo que las delimitamos y le damos una explicación diferente. Con ello creemos superar, de algún modo, la crítica referida a la indeterminación o falta de delimitación del bien jurídico<sup>(32)</sup>.

Al respecto, asumiendo la crítica de PRADO SALDARRIAGA a nuestra posición<sup>(33)</sup>, precisamos que en efecto, no desconocemos ni nos desvinculamos del criterio pluriofensivo del delito de lavado de activos, que determina

- 
- (30) La percepción que con las acciones de lavado de activos se afecta gravemente al orden o sistema económico y entre este a la libre y leal competencia, ha quedado claramente especificada en la propia normatividad nacional; en efecto, en la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1106, se indica "... el lavado de activos se convierte hoy en un factor que desestabiliza el orden económico y perjudica de manera grava el tráfico comercial contaminando el mercado con bienes y recursos de origen ilícito"
- (31) Al respecto, aun cuando se critica o cuestiona que la administración de justicia pueda estar vinculada o pueda tener relevancia en el sistema económico del país, es de tenerse en cuenta que ello queda claramente expresado en el hecho que los organismos financieros y económicos internacionales tengan gran interés en los sistemas de administración de justicia, precisamente porque para que la economía funcione y el estado cumpla con sus obligaciones financieras internacionales, se requiere contar con una administración de justicia eficaz.
- (32) Al respecto ver SALAS BETETA, Christian: "El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo N° 1106". En Gaceta Penal y Procesal Penal, Gaceta Jurídica N° 35, Mayo 2012, Lima, p.28; en el que luego de realizar un análisis adecuado, concluye coincidiendo con nuestra posición respecto al bien jurídico u objeto de protección del delito de lavado de activos.
- (33) PRADO SALDARRIGA, en su trabajo antes citado, cuestiona nuestra opinión, en cuanto atribuimos imprecisión e indefinición al criterio que asume como el bien jurídico del delito de lavado de activos a varios objetos de protección, atendiendo a la pluriofensividad del delito, tales como la salud pública, la eficacia de la administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica, a la vez que señala que también nuestro punto de vista pecaría de la misma imprecisión y vaguedad. Crítica que no puede descartarse en el fondo, puesto que estamos ante objetos de protección colectivos y abstractos, pero creemos que dentro de estos necesariamente debemos identificar algunos elementos concretos que sirvan para determinar cuándo se ha afectado el bien jurídico con la acción delictiva (una lesión o una puesta en peligro); de lo contrario, el bien jurídico no aportaría ninguna utilidad práctica y la discusión al respecto sería estéril. Pues, incluso en casos muy concretos como el bien jurídico "vida", cada tipo penal requiere identificar objetos de protección específicos, como la vida

la afectación de más de un bien jurídico, como el profesor sanmarquino lo expresa, solo que dentro de estos múltiples bienes jurídicos abstractos hemos tratado de identificar y precisar, cuál es el objeto de protección específico.

---

humana independiente en el caso del homicidio, la vida humana dependiente en el caso del aborto, etc.; solo de este modo el bien jurídico, constituye el fundamento o razón de la punición y nos proporciona alcances para el análisis del delito. De otro lado, especificar la libre y leal competencia así como la eficacia de la administración de justicia como objetos de protección, consideramos que ya constituye un esfuerzo por dar precisión al objeto, puesto que existen casos en que diversos tipos penales protegen en forma específica a la libre competencia así como la administración de justicia en sí, sin que se discuta su especificidad como bien jurídico penalmente tutelado.



## 2. ACTOS DE CONVERSIÓN Y TRANSFERENCIA

*Artículo 1.- Actos conversión y transferencia.-*

*“El que convierte o transfiere dinero, bienes, efectos o ganancias cuyo origen ilícito conoce o debía presumir con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.*

### 2.1. TIPO OBJETIVO

Del análisis de la presente norma se advierte que en general, los elementos objetivos del tipo son: *i) la acción típica; ii) el objeto del delito; iii) el origen delictivo del objeto o activos ilícitos.* Asimismo, los elementos subjetivos son: *i) el conocimiento o probabilidad de conocimiento del origen delictivo de los activos (debía presumir) lo que a la vez configura el dolo directo y el dolo eventual, así como también se considera a la ignorancia deliberada como un elemento que resulta suficiente para determinar la existencia de dolo eventual; y finalmente ii) la intencionalidad de ocultar el origen o evitar el decomiso o incautación de los activos;* además, de estos elementos debemos considerar a los *sujetos del delito.*

Y claro, respecto a la configuración del dolo debemos tener en cuenta que, si bien resulta totalmente relevante el conocimiento del origen de los activos, el agente también deberá conocer los demás elementos objetivos del tipo, pues de lo contrario se podría incurrir en un error de tipo; sin embargo, ello no debe interpretarse como el conocimiento de los elementos o circunstancias

del “delito previo”, puesto que este no es elemento del tipo penal, y por ello no necesita ser abarcado por el dolo del agente<sup>(34)</sup>.

Finalmente, es necesario precisar que en torno a los elementos anotados se articulan una serie de factores o presupuestos que sin constituir elementos del delito inciden en la configuración de alguno de estos. Particular importancia reviste la llamada actividad criminal previa o “delito previo”, el mismo que algunos lo consideran como un elemento objetivo (normativo) del delito, pese a que la norma en ningún momento lo considera como tal, con lo que se ha generado gran confusión, habiéndose desnaturalizado la configuración del tipo penal y generado total impunidad en torno a este delito. Por ello, es que desde nuestra perspectiva, hemos desarrollado esta problemática en capítulo aparte, y nos referiremos a este, no propiamente como “delito previo” sino como actividad criminal; debiendo precisarse desde ya, que hablar de “delito previo” significa referirse a un delito cometido en determinada fecha, en determinado lugar, por determinadas personas y en determinadas circunstancias, el mismo que debe ser acreditado en un debido proceso; en cambio “actividad criminal” está referida a la actividad delictiva de modo abstracto y general, sin haberse acreditado delito específico alguno en un debido proceso; este último es el criterio que debe considerarse en el análisis del delito de lavado de activos.

### 2.1.1. SUJETOS

#### A) ACTIVO

Este tipo básico de lavado de activos se caracteriza por ser un delito común, que no requiere una condición o calidad especial de su autor. Cualquier persona puede realizar las conductas descritas en la ley: *convertir y transferir*. Si bien la calidad de autor en nuestro derecho positivo solo puede tenerla una persona natural, es posible que las acciones de lavado se ejecuten a través o aprovechando la estructura de una persona jurídica, en cuyo caso la responsabilidad, siendo individual y personal, podrá recaer en los representantes o

---

(34) Al respecto, al Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116, erradamente, expresa exactamente lo contrario.

en los que ostenten cargos jerárquicos en la persona jurídica<sup>(35)</sup>. En todo caso, siempre deberá exigirse una relación y vínculo tanto objetivo como subjetivo entre quienes ocupan los cargos al interior de la persona jurídica o empresa y las conductas de lavado de activos que se imputan.

No se requiere que la persona que realiza las acciones de lavado de activos sea el mismo agente del delito previo (el que realizan o colabora en la comisión de hechos delictivos como el tráfico ilícito de drogas, secuestro, tráfico de menores, defraudación tributaria, delitos contra la Administración pública, delitos aduaneros, proxenetismo, etc.). Autor del delito puede ser cualquier persona, independientemente de la función, cargo o rol que cumpla en la sociedad o en un sector del tráfico económico – mercantil. Sin embargo, por imperio del principio de legalidad y una interpretación sistemática del art. 4° del D. Leg. N° 1106, no puede ser autor de este tipo básico de lavado de activos aquel agente que utilice o se sirva de su condición de funcionario público, pertenezca al sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil o cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal, aun cuando realice las acciones de transferencia o conversión (o también las de ocultamiento y tenencia); pues, quien posea dicha condición o estatus, realizará el tipo agravado de lavado de activos previsto en el art. 4°, mas no así el tipo básico bajo comentario.

Si bien desde el punto de vista criminológico resulta absolutamente común y general que las acciones de lavado de activos se lleven a cabo a través de una organización criminal o una asociación ilícita (sea que esta se dedique con exclusividad a las actividades delictivas o alterne estas actividades con otras lícitas), resulta posible que dichas acciones se realicen al margen de una asociación criminal, o también, que estando el agente inmerso en una organización (sin ser consciente de ello) sepa que realiza acciones de lavado pero ignora la existencia de la organización criminal. Por ello, no resulta determinante en la configuración de este delito, el hecho de que el agente pertenezca a una asociación criminal dedicada a dichas actividades; más aún, de ser así,

---

(35) Se deja a salvo la responsabilidad civil de la persona jurídica o la posibilidad de que sea sujeto pasivo del decomiso y de las medidas aplicables a las personas jurídicas.

no incurrirá en la comisión del tipo penal básico bajo comentario, sino en el tipo agravado previsto en el numeral 2 del artículo 4° de la Ley antilavado (D. Leg. N° 1106).

Una discusión especial se presenta para determinar *si el autor del delito previo puede serlo a la vez del delito de lavado de activos o si solo pueden ser autores de este último los terceros no intervinientes en el delito previo*. Al respecto, en la doctrina se han desarrollado dos posturas, una a favor de su exclusión y otra a favor de su inclusión, tal como lo hemos desarrollado en otra parte.

Sin embargo, la posición mayoritaria en la ciencia penal contemporánea destaca la posibilidad, tanto dogmática como político-criminal, de *admitir que el autor o partícipe de un delito previo lo pueda ser, al mismo tiempo, de un delito de lavado de activos*<sup>(36)</sup>. El hecho que la ley penal presuponga la comisión de un delito anterior, no es obstáculo para sostener que su autor no puede intervenir y ser responsable penalmente por un hecho posterior de lavado de activos, más aún, cuando la ley penal no lo prohíbe ni dice nada al respecto. En tal sentido, el círculo de autores y partícipes en el delito de lavado de dinero es sumamente amplio y no puede estar condicionado a un requisito particular de naturaleza negativa como es el no haber intervenido en el delito anterior.

La jurisprudencia de los Tribunales sin embargo, se han pronunciado de modo ambivalentes, como puede verse en los pronunciamientos del Tribunal Supremo Español<sup>(37)</sup>. En nuestro medio esta discusión ha sido resuelta, en parte, a través de la disposición expresa contenida en la última parte del artículo 10° de la Ley de Lavado de Activos (D. Leg. N° 1106) que establece que también se podrá considerar autor del delito a quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras de los activos materia del lavado

---

(36) MUÑOZ CONDE, Francisco: *"Derecho Penal. Parte Especial"*. p. 523; DEL CARPIO DELGADO, Juana: *"El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal"*. p. 242; MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos: *"Derecho Penal Económico. P.E."*. p. 304. En el Perú, PRADO SALDARRIAGA: *"El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú"*. p. 74. GARCÍA CAVERO: *"Derecho Penal Económico. Parte Especial"*. Grijley, Lima, 2007, pp. 492 y ss; entre otros.

(37) Al respecto ver: DEL CARPIO DELGADO: *"Principales aspectos..."*. p. 93.

(estipulación que ya había sido introducida con anterioridad por el D. Leg. N° 986).

De otro lado, debemos tener en cuenta que las conductas de *conversión y transferencia*, al introducir bienes o activos de procedencia ilegal al sistema o circuito económico lícito del país, efectivamente pueden distorsionar la libre y leal competencia, con la consiguiente perturbación del orden económico en general; asimismo, al buscar el ocultamiento de los bienes y activos, también afectarán la eficacia de la administración de justicia, en cuanto esta se vincula con el orden económico, por tanto, estas conductas constituyen una afectación a un bien jurídico distinto del ya afectado por el delito previo. Consecuentemente, si el autor o partícipe del delito previo es el que realiza estas conductas de *conversión y transferencia* de los activos ilícitos, no hay ningún inconveniente para considerarlo como sujeto activo del delito de lavado de activos, además de serlo del delito previo, resultando, en este caso, un concurso real de delitos imputable al agente.

Esta situación será distinta en el caso de las conductas previstas en el artículo 2° de la Ley (*ocultamiento y tenencia*), pues estas por sí mismas no implican un ingreso de bienes o activos en el circuito económico; por el contrario, significan el simple ocultamiento o el disfrute o tenencia de los beneficios obtenidos con el delito previo; por lo que en estos casos estaremos ante supuestos de agotamiento del primer delito, los mismos que se resuelven a través del principio de *consunción* aplicable en los casos de concurso aparente de leyes; pues, el delito previo y los posteriores actos de ocultamiento y tenencia, resultan ser actos copenados<sup>(38)</sup>.

De otro lado, uno de los problemas que llama la atención de la dogmática penal comparada, es si los parientes del autor o partícipe del hecho, que lavan los activos o pretenden ocultar el origen delictivo del bien pueden beneficiarse con la *excusa absolutoria propia del encubrimiento entre parientes* o de personas entre las que media relaciones estrechas y que nuestro Código Penal lo regula en su artículo 406°. Al respecto, algunos han planteado la

(38) Respecto a este punto ver amplio desarrollo en el rubro correspondiente al sujeto activo del delito en los actos de ocultamiento y tenencia (previstos en el artículo 2° del D. Leg. N° 1106)

admisión de esta excusa absolutoria en aplicación de la *analogía in bonam partem*; sin embargo, consideramos que no se trata de supuestos análogos ya que el bien jurídico afectado es distinto en ambos casos, a la vez que el elemento subjetivo del agente en ambos supuestos es diferente. En efecto, en el delito de encubrimiento, al agente oculta el delito para favorecer o sustraer a su pariente o persona cercana de la persecución penal; en cambio, en el lavado de activos, el agente lo que busca es ocultar el origen del bien o evitar que la autoridad lo incaute o decomise. En tal sentido, y desde un punto de vista político criminal, creemos que no hay razón para considerar la extensión de este beneficio al agente del lavado de dinero<sup>(39)</sup>.

## B) PASIVO

El sujeto pasivo en el delito de lavado de activos es la sociedad o comunidad en general<sup>(40)</sup>. Ello se desprende del hecho que, lo que se tutela es un bien jurídico de carácter colectivo, no individual. Sin embargo, estando a que en una economía de libre mercado el garante de la economía o de sectores específicos de esta, es el Estado, será considerado este como el sujeto pasivo de estos delitos<sup>(41)</sup>. Inclusive, consideramos que, ni siquiera pueden ser consideradas como agraviadas, instituciones estatales específicas, como sucede por ejemplo, en los delitos de defraudación tributaria o de falsificación de moneda en que se considera como agraviados a la SUNAT o al Banco Central de Reserva, respectivamente; puesto que al estar comprendida, indirectamente, como objeto de protección la administración de justicia, siempre tiene que considerarse como sujeto pasivo al Estado como entidad soberana, pues, una de las funciones propias del Estado como ente general, es la Administración de Justicia y corre a cargo de uno de los Poderes estatales en concurso con otro organismos autónomo como el Ministerio Público.

---

(39) MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos: “Derecho Penal Económico. Parte Especial”. p. 304.

(40) MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Ob. Cit.* p. 297.

(41) Resulta importante realizar esta precisión porque de no considerarse al Estado como sujeto pasivo de los delitos de lavado de activos, asumiéndola como tal únicamente a la sociedad, no quedarán legitimados para intervenir en el proceso o investigación los procuradores públicos representantes del Estado, puesto que quien defiende a la sociedad en juicio es únicamente el Ministerio Público a través de los fiscales correspondientes, no la Procuraduría Pública.

## 2.1.2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

### A) ACTOS DE CONVERSIÓN O TRANSFERENCIA

El artículo 1º del Decreto Legislativo N° 1106 describe y regula dos conductas configurativas del delito de lavado de activos en este tipo básico. Dichos comportamientos son la *conversión* y la *transferencia*.

Por *conversión* debemos entender al proceso de transformación que sufren los bienes que tienen su origen en la comisión de un delito, siendo el resultado un bien total o parcialmente distinto al originario<sup>(42)</sup>. “Los actos de conversión equivalen a la mutación del objeto material del delito, los bienes, efectos, ganancias, activos en general, se “lavan” mediante conversión cuando el autor los transforma en otros. Ello implica “transformar una cosa en otra, sustituir una cosa por otra para hacer desaparecer la que tenía su origen en el delito grave y traer en su lugar otra total o parcialmente distinta de origen completamente lícito o aparentemente lícito”<sup>(43)</sup>.

La conversión de los bienes de origen delictivo bien puede tomar la forma de *sustitución* por otros bienes de distinta naturaleza o, manteniendo su naturaleza total o parcialmente, a través de determinadas acciones se crea respecto de los bienes una situación de aparente licitud; esto es, no es necesario que en el proceso de conversión se cambien unos bienes por otros –aunque esto suceda en la mayoría de casos– sino que basta que con la operación realizada se logre una apariencia de licitud. De allí que la conversión no deba ser entendida en términos naturalísticos, puramente económicos o materiales, sino jurídicos. ***Es suficiente modificar la situación jurídica o imprimirle una apariencia de legitimidad a los activos ilícitos.*** Es posible que en esta tarea de conversión se añadan, retiren o supriman una serie de elementos a los bienes

(42) VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: “Los Delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 1995”; p. 100. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: “Derecho Penal Económico P.E.”; p. 301. DEL CARPIO DELGADO, Juana: “El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal”; p. 177; SUAREZ GONZALEZ: “Compendio de Derecho penal”; Vol. II; p. 566; CALDERON CEREZO – CHOCLÁN MOLTALVO: “Derecho Penal”; T II; p. 336.

(43) CARO CORIA: “sobre el tipo básico de lavado de activos”. [http://www.cedpe.com/centro\\_info/archivos/ainteres/doc06.pdf](http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainteres/doc06.pdf) (Consulta 25 de febrero del 2013); con cita de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ y PALMA HERRERA.

que se pretende lavar. La conversión persigue como finalidad que los bienes no puedan ser identificados por su origen y procedencia delictiva, haciéndolos ingresar en el tráfico económico.

Desde el punto de vista social, la conversión y la legitimidad de los bienes permite que la criminalidad logre un disfrute seguro de sus bienes y obtenga una protección legal de sus intereses, al poder invertirlos en otros negocios lícitos. Con la conversión se logra una regularización "*jurídica y económica*" de los bienes y del flujo de capitales que se obtienen al margen de la ley. La conversión abarca, en sentido amplio, tanto la etapa de colocación de los bienes como la etapa de inversión de los mismos, v. gr. compra-venta o cambio de bienes por títulos valores, como el empleo de dinero para la adquisición de una fábrica o una industria, o empleando diversos mecanismos, v. gr. recurriendo a la bolsa de valores, a labores de intermediación, etc.

La *transferencia*, según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, es "*una operación por la que se transfiere una cantidad de una cuenta bancaria a otra*". En general, transferir es "*pasar o llevar una cosa de un lugar a otro*". Desde el punto de vista jurídico, si transferencia se entiende de manera semejante a transmisión, se puede entender como: "traspasar o transferir un derecho de una persona a otra conservando el derecho su identidad"<sup>(44)</sup>. La transferencia implica la salida de los bienes de un patrimonio para incrementar otro; en este caso la transferencia puede hacerse bajo cualquier título traslativo de dominio o propiedad (compraventa, permuta, donación, etc.); pero también puede realizarse la transferencia con el cambio del bien o activo de una esfera jurídica a otra (por ejemplo, de una cuenta bancaria a otra). Pero claro, normalmente tiene que tratarse de actos *inter vivos*; pues, para este supuesto, lo relevante es la participación del sujeto transfiriendo el derecho, mas no así la del que participa recibiendo o asumiendo la titularidad del mismo, en cuyo caso estaríamos ante los supuestos de adquirir o recibir previstos en el artículo 2° de la Ley. La transferencia, en general, supone la actuación de más de un sujeto, el que transfiere y el que recibe. Sin embargo, asumiendo la principal acepción literal del término y la finalidad político-criminal orientada a evitar

---

(44) BLANCO CORDERO, Isidoro: "*Principios y Recomendaciones Internacionales ...*". p. 11.

lagunas de punibilidad, se debe considerar la transferencia realizada de una cuenta a otra, aun cuando el titular de ambas cuentas sea la misma persona; pues, estas operaciones son las principales formas de las que los lavadores se valen para concretar sus acciones ilícitas.

En el Derecho penal, lo importante es entender la utilización del término transferencia como traslado de los bienes de una esfera jurídica a otra, al margen de si existe o no el cambio de la titularidad o poder dominical. Debe precisarse además, que las llamadas *transferencias electrónicas* realizadas entre entidades financieras o bancarias, nacionales o internacionales, son las principales formas en que se concreta esta acción típica, aun cuando la transferencia no implique un cambio en el titular de la cuenta o el título financiero. Por ello, se puede sostener, desde la perspectiva de la legislación peruana, un concepto penal de transferencia que abarque tanto los casos de transmisión material o fáctica, como la llamada transmisión jurídica, siempre que exista poder de disposición. La transmisión jurídica supone el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho, o simplemente la transmisión de los derechos que se tiene sobre los bienes<sup>(45)</sup>, o el cambio de los activos de una cuenta a otra, aunque ambas cuentas pertenezcan a la misma persona.

El art. 1º de la Ley, en cuanto se refiere a transferencia, no distingue entre la transferencia general de bienes y activos y la transferencia que opera por medio del sistema bancario o financiero, la que en la legislación antigua (anterior a la Ley 27765) constituía una circunstancia agravante. Actualmente ambos supuestos no se distinguen, pero se agrava la conducta, si el agente del delito, se vale de su condición de agente bancario o financiero. Es decir, en la norma antigua la agravante estaba referida a la naturaleza de la operación (utilización del sistema bancario o financiero bajo cualquier modalidad) y podía realizarla un agente del sistema bancario o financiero o un particular, lo importante era la operación. En cambio, en la actual normatividad, es la calidad del agente la que determina la agravación (es agente del sector bancario o financiero y se sirve de tal condición); en este sentido, no se presenta la

(45) DEL CARPIO DELGADO: "El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal". pp. 183-188. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 227.

agravación si a pesar de que se trate de una transferencia bancaria o financiera, la realiza un particular sin la calificación específica (lo cual es difícil pero no se descarta). Sin embargo, en estos casos, si la transferencia la realiza un agente del sistema bancario o financiero, dicha conducta se encuadra en el tipo agravado del art. 4º. No obstante, aun cuando haya participado un agente del sistema bancario, pero sin conocer el origen de los activos (y por tanto no es responsable), estaremos solo ante un tipo básico cometido por el particular.

Para concluir esta parte, debemos precisar que en estos supuestos de *conversión y transferencia*, lo importante, es que los activos se incorporan o ingresan al tráfico comercial (inmobiliario, bancario-financiero, bursátil, etc.). Esto es, los activos ilícitos entran al mercado afectando la libre competencia y eventualmente la eficacia de la administración de justicia en cuanto se vincula al sistema económico; además, a través de las acciones de *conversión y transferencia* los agentes pretenden alejar del delito originario a los activos materia del lavado, buscando ocultar su origen.

### 2.1.3. OBJETO DE LA ACCIÓN O DEL DELITO

Entendemos por *objeto del delito*, a todo bien, derecho o interés sobre el cual recae la acción delictiva; es decir, al bien afectado con una lesión o una puesta en peligro a través de la acción u omisión del autor del delito; pudiendo ser la propia persona, cuando se trate de atentados contra la vida el cuerpo y la salud. La acción delictiva puede ocasionar un daño directamente al objeto de protección (menoscabo al bien o cosa específica) o afectar el interés de su titular respecto a dicho objeto, como sucede por ejemplo, cuando se priva del bien a su titular (sustracciones, hurtos, etc.). Esto es, constituyen objeto del delito, los intereses o elementos representativos del bien jurídico protegido por la norma penal (aun cuando existen delitos que no presentan propiamente objeto del delito<sup>(46)</sup>). Los objetos del delito existen previamente

---

(46) “La existencia o no de objeto material depende de la estructura del tipo penal, esto es si lo requiere o no”. BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*. 2ª Edición, Aranzadi, Navarra, 2002, p. 235.

Este sería el caso del delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas, comprendido en la Ley de Lavado de Activos, el cual no presenta propiamente un objeto del delito.

a la realización de la acción delictiva; no son creados ni producidos por dicha acción como sucede con los efectos del delito. La acción delictiva recae precisamente sobre los bienes o activos previamente existentes o ataca el interés jurídicamente protegido de su titular sobre dichos bienes o activos.

Existen casos en que la propia acción delictiva produce el ente o elemento material a través del cual se consuma el delito, tal como el hecho de producir o elaborar un documento falso; en este caso, el documento falso no configura objeto del delito, sino más bien un efecto o producto del mismo (aun cuando este no tiene valor económico alguno). Distinto es el supuesto en que se adultera o falsifica un documento verdadero, en cuyo caso el documento que se ha adulterado será el objeto del delito. Siendo así, para precisar cuál es el objeto del delito, debemos tener presente que normalmente, este debe tener una existencia lícita previa, de tal suerte que la titularidad o materialidad del bien es protegida por el Derecho, y precisamente la acción delictiva lesiona dicha titularidad (sustrayendo al bien por ejemplo) o la materialidad del objeto (dañándolo o lesionándolo).

Sin embargo, excepcionalmente existen delitos cuyo objeto no es un bien o interés lícito, por el contrario, se trata de un bien intrínsecamente delictivo, como el caso de la droga sobre la cual recae la acción típica del delito de tráfico ilícito de drogas<sup>(47)</sup>; en estos casos, si bien las drogas son objeto del delito previo, no tienen ninguna relevancia para el delito de lavado de activos, precisamente porque no se trata de un activo que pudiese ser objeto de lavado; pues, este jamás podrá legitimarse o lavarse; en tal sentido, tal como refiere ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, solo podrá configurar objeto del delito de lavado de activos los objetos o efectos del delito previo que sean susceptibles de tráfico mercantil<sup>(48)</sup>; y claro, hablar de tráfico mercantil implica la realización de acciones comerciales con bienes y servicios lícitamente ingresados al mercado o susceptibles de realizar con ellos, operaciones aparentemente lícitas.

(47) DEL CARPIO DELGADO: "*Principales aspectos...*". p. 72. Quien señala que el objeto material del delito de tráfico ilícito de drogas son las drogas mismas.

(48) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 204.

Igualmente, existen bienes respecto de los cuales no es posible constituir ni reconocerse derechos reales, como por ejemplo un arma de guerra; en estos casos, tampoco estos elementos podrán ser objeto del delito de lavado de activos; sin embargo, serán objeto del delito contra la seguridad pública. Asimismo, existen otros bienes respecto de los cuales el ordenamiento jurídico ha establecido determinados requisitos para reconocer derechos reales sobre los mismos, tal es el caso de las armas de fuego de uso civil; en estos supuestos, si no se cumple con los requisitos establecidos, no se reconoce el derecho y su sola tenencia puede significar la comisión del delito de tenencia ilegal de arma de fuego; en estos delitos el objeto es el arma de fuego, bien que no es intrínsecamente delictivo pero su posesión sin los requisitos legales configura la comisión de un delito.

En el delito de lavado de activos las acciones típicas de “convertir” o “transferir”, establecidas por el artículo 1° de la Ley (D. Leg. N° 1106), deben recaer en el *dinero, bienes, efectos o ganancias* de origen delictivo, siempre y cuando sean susceptibles de tráfico mercantil. Es decir, estos activos provenientes de actividad criminal previa, son los objetos del delito de lavado de activos. En tal sentido, en los delitos de lavado de activos, el *objeto del delito* es el elemento de la estructura típica alrededor del cual giran todos los demás elementos, en razón a la propia esencia de las conductas típicas<sup>(49)</sup>.

Aun cuando estos bienes o activos normalmente constituirán objetos, efectos o ganancias del delito previo, sin embargo, respecto del delito de lavado de activos, *todos estos, siempre serán objetos del delito*, y como tales serán analizados en el presente trabajo<sup>(50)</sup>; de ello se aprecia una diferencia con los demás delitos, en los cuales siempre existe una titularidad de derechos reco-

---

(49) BLANCO CORDERO, Isidoro: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 2ª Edición, 2002, p.237.

(50) En las anteriores ediciones de este trabajo, nos pareció que al referirse la norma a *dinero, bienes, efectos o ganancias* estaba realizando una repetición innecesaria. Igual criterio habían sostenido autores como BRAMONT ARIAS – TORRES y GARCÍA CANTIZANO (“*Manual de Derecho Penal P.E.*”. 4ª edición, Lima, Editorial San Marcos, 1998, p. 529). Sin embargo, a la luz de una reflexión más detenida, y recurriendo a la presunción de licitud y corrección de la norma, encontramos más adecuado considerar a *dinero y bienes* como elementos distintos de los efectos y ganancias; esto es, resulta más adecuado considerarlos como objetos del delito previo; siendo los demás propiamente efectos y ganancias de dicho delito previo.

nocida sobre los objetos del delito, en cambio, en el delito de lavado de activos no existe dicha titularidad respecto al objeto de este delito<sup>(51)</sup>. Solo habrá una titularidad reconocida sobre los activos, cuando estos constituyan, a la vez, objetos de la actividad criminal previa (delito previo); pero dicha titularidad no está referida al agente del lavado de activos, sino al sujeto pasivo del delito previo, por ejemplo la víctima de la extorsión, cuyos bienes están siendo objeto de la conversión o transferencia.

La discusión sobre estas cuestiones, pese a que pareciera ociosa, es necesaria, puesto que resulta imprescindible precisar y diferenciar si los activos materia de lavado constituyen objetos, efectos o ganancias del delito previo; ya que dependiendo de ello se determinará el tratamiento que deba dárseles en la investigación o procesamiento que se siga por el delito de lavado de activos. Pues, si se tratase de objetos de la actividad criminal previa, cuando estos se hallen o recuperen deberán entregarse a su titular sin mayores dilaciones o formalidades, salvo casos excepcionales en que sea necesario disponer su secuestro para fines de la investigación o del juicio (finalidad probatoria). En cambio, si se tratara de efectos o ganancias de la actividad criminal previa, corresponde aplicar la medida cautelar de incautación con fines de decomiso, y no podrán ser devueltos a sus supuestos titulares o detentadores mientras no se dicte resolución definitiva, en la que se descarte su calidad de efectos o ganancias de la actividad criminal previa. Igualmente, diferenciar estos conceptos tiene relevancia respecto a los actos de disposición o transferencia realizados por el agente del delito, pues, si se tratara del objeto del delito previo, los bienes o activos se recuperarán donde quiera que se encuentren y se los devolverá a su titular, aun cuando exista un tercero adquirente de buena fe y a título oneroso (art. 94 del Código Penal); en cambio si se tratara de efectos o ganancias del delito previo, el tercero que adquiere de buena fe y a título oneroso tendrá

---

(51) Como lo hemos demostrado en otros trabajos, el ordenamiento jurídico no reconoce derechos reales sobre los efectos y ganancias del delito, puesto que los derechos reales solo pueden adquirirse a través de mecanismos o instrumentos lícitos (a través de actos jurídicos, que son los actos conforme a derecho por antonomasia), y nunca a través de actos ilícitos y menos aún a través del delito, por ello, la relación existente entre el agente del delito y el producto del mismo (efectos y ganancias) es solo una relación fáctica y antijurídica que debe ponerse fin a través del decomiso.

título firme sobre los bienes o activos, con lo que a la vez se descontaminarán dichos bienes, y a partir de este acto de adquisición, las acciones de conversión transferencia, posesión o tenencia, ya no revestirán relevancia penal (ya no constituirán delito de lavado de activos)<sup>(52)</sup>.

El problema se presenta cuando se trata de la sustracción de dinero u otro bien fungible que no puede diferenciarse de otros bienes o dinero, en cuyo caso, aun cuando realmente pudiésemos encontrarnos ante el objeto del delito (ante el dinero o el bien fungible sobre el cual ha recaído la acción delictiva) no podrá entregarse a su titular, por cuanto no se podrá determinar de antemano, si se trata propiamente del dinero objeto del delito previo o de dinero distinto; salvo que, dadas las circunstancias, no exista posibilidad de que pueda confundirse con otro dinero o con otros bienes fungibles, como por ejemplo, en el caso que el dinero estuviese en una caja o bolsa lacrada, y se lo encontrara en la misma caja o bolsa sin que se aprecie indicios de que hubiese sido cambiado o sustituido por otro dinero.

Estaremos ante casos de bienes o dinero que constituye objeto del delito previo, por ejemplo en el delito de peculado o robo, en los que el sujeto sustrae o se apropia de una cantidad de dinero o de algún bien o activo y con ellos realiza actos de conversión o transferencia o las demás conductas configurativas del

---

(52) Respecto a la diferenciación entre el producto del delito (efectos y ganancias) y objeto del delito, que ya la realizamos en la anterior edición de este trabajo, autores como PRADO SALDARRIAGA, a nuestro parecer, con poca ecuanimidad y criticando infundadamente y descontextualizando esta idea, señala: "... carecen de utilidad dogmática las confusas disquisiciones que, con un pretendido objetivo esclarecedor, plantea en este dominio Gálvez Villegas quien luego de complejas y reiteradas distinciones concluye señalando ..." (y hace referencia a la diferenciación anotada). Obviamente, con ello desconoce que en la investigación y procesamiento resulta indispensable hacer esta diferenciación, puesto que se da distinto tratamiento al objeto de la actividad criminal previa (delito previo) y a los efectos y ganancias de la misma. Más aún, si se tratase de objetos de delitos previos contra el patrimonio, no se configurará el delito de lavado de activos, porque estos quedarían excluidos al estar comprendidos en el artículo 194° del Código Penal, lo que no sucederá si se tratara de efectos o ganancias del delito. Cfr. PRADO SALDARRIAGA: *"Criminalidad organizada y lavado de activos"*. Idemsa, Lima, 2013, p.237.

Sobre la participación de adquisición de buena fe y a título oneroso, ver amplio desarrollo en: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walter Javier: *"Nulidad de Actos Jurídicos de disposición en el Proceso Penal"*. Jurista Editores, Lima, 2008.

delito de lavado de activos. En los demás casos, como el dinero proveniente de la venta de la droga, el dinero ganado por el sicario o el extorsionador, la mercadería del contrabando, el dinero del cohecho, de la minería ilegal o la trata de personas, del tráfico de armas, etc., estaremos siempre ante efectos del delito; y si se tratase de frutos o rentas de estos efectos, estaremos ante ganancias del delito previo<sup>(53)</sup>. No obstante, todos estos bienes (objeto, efectos y ganancias de la actividad criminal previa), respecto al delito de lavado de activos, configuran objetos del delito. En tal sentido, es de concluir que en el delito de lavado, el *objeto del delito* estará constituido por los propios objetos, instrumentos, efectos y ganancias de la actividad criminal previa.

Otro problema respecto al objeto del delito de lavado de activos, independientemente que se trate del objeto, de los efectos o las ganancias de la actividad criminal previa, es el referido a la determinación del *valor o monto de los activos* a partir del cual se puede asumir que se configura el delito de lavado de activos. Al respecto la doctrina extranjera y también la nacional ha debatido si las cantidades insignificantes o de bagatela también pueden ser suficientes para configurar dicho delito o siempre se requiere de cantidades significativas; habiéndose sostenido que las cantidades de bagatela o insignificantes no son suficientes para la configuración de este delito que exige un valor razonable o significativo<sup>(54)</sup>. Asimismo, también se ha sostenido que no reviste el mismo reproche penal el lavado de pequeñas cantidades que el lavado de ingentes cantidades de dinero o activos. Nuestra legislación reciente ha resuelto este problema y, en principio, ha establecido que los actos de lavado pueden recaer sobre activos de cualquier valor<sup>(55)</sup>, a la vez que ha creado tipos penales agravados y atenuados; los primeros, conforme al artículo 4°.3 de la Ley (D. Leg. N° 1106), cuando el valor sea superior a las quinientas Unidades Impositivas Tributarias (500 UIT), son sancionados con pena no menor de 10 ni mayor de 20 años, y los segundos, conforme a la última parte del mismo artículo, cuando el valor de los activos (objeto del

(53) Al respecto ver información completa en: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “Decomiso, Incautación y Secuestro”. Segunda edición, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.

(54) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p.183.

(55) GARCÍA CAVERO: “Dos cuestiones problemáticas ...”. p. 423.

delito) no sea superior a la cinco Unidades Impositivas Tributarias (5 UIT, un aproximado actual de 17,500 soles), son sancionados con pena no menor de 4 ni mayor de 6 años de pena privativa de libertad.

Sin embargo, en cuanto al valor de los activos u objeto del delito, es necesario tener en cuenta que, de tratarse de cantidades insignificantes, su incursión en el mercado no generaría propiamente un riesgo para el bien jurídico tutelado, y por ello, dicha conducta no significaría propiamente una acción penalmente relevante. Consecuentemente, no se puede poner en funcionamiento la maquinaria del control penal, puesto que desde una perspectiva racionalizadora, ello resultaría desproporcionado, estando a las elevadas penas con las que se sanciona el delito de lavado de activos<sup>(56)</sup>. Para efectos de determinar la significancia del valor patrimonial únicamente contamos con la remuneración mínima vital establecida en el artículo 444° del Código Penal, con cuya cifra se diferencia un delito de una falta<sup>(57)</sup>; esto es, a partir de este valor patrimonial se considera a un hecho como relevante o significativo desde la perspectiva de calificación de un delito<sup>(58)</sup>; por lo que aun cuando

---

(56) GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 417.

(57) Al respecto hay que descartar porcentajes a los que hace referencia ARÁNGUEZ SÁNCHEZ en la página 211 del libro citado, pues, si bien este autor hace referencia a los mismos, seguidamente los descarta por considerarlos insatisfactorios.

(58) Con anterioridad a la promulgación de la actual Ley e Lavado de Activos, la Corte Suprema de Justicia, mediante el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, en sus fundamentos 28 y 29, ya había considerado que para la configuración del delito de lavado de activos no era necesario el monto de los activos lavados; sin embargo, ello era tomado en cuenta solo para la determinación de la pena. Asimismo, hacía referencia a la disminución de la pena cuando el monto era insignificante. Con la actual normatividad, quedan sin efecto estos criterios, ya que la norma ha establecido tipos agravados y atenuados según el monto y ha descartado un monto mínimo para la configuración del delito. No obstante, creemos que son válidos los argumentos enunciados en esta parte. La Corte Suprema había establecido en el Acuerdo Plenario antes referido:

“28°. Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de Conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278° del Código Penal de aquel país establece: “Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que

tampoco resulta satisfactoria este recurso, lamentablemente no contamos con otro referente patrimonial al respecto.

Hechas estas precisiones, desarrollaremos cada uno de los conceptos considerados por la norma penal como *objetos del delito* de lavado de activos (dinero, bienes, efecto, ganancias, títulos valores, etc.), los mismos que, a la vez, pueden ser objetos, efectos o ganancias del delito previo<sup>(59)</sup>.

#### A) DINERO

No existen mayores problemas al respecto; debemos entender como tal al efectivo circulante, esto es a la moneda o billetes de circulación monetaria corriente, sea moneda nacional o extranjera. Pero en este punto, no se trata de cualquier dinero (dinero en general) sino únicamente del dinero que es *objeto de la actividad delictiva previa*; es decir, al dinero del cual se ha despojado a su titular, como por ejemplo el dinero apropiado en un delito de extorsión, o el dinero proveniente del delito de peculado, del cual el agente se ha apropiado, y con dicho dinero, posteriormente, realiza las acciones de conversión

---

los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos ( S/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí”.

29°. No obstante ello, estando a lo establecido en el inciso 4 del artículo 46° del Código Penal, el juez deberá apreciar el valor de los bienes involucrados en la operación de lavado realizada por el agente, a fin de evaluar debidamente el grado de desvalor que la conducta representa y graduar en función de ella la proporcionalidad de la pena aplicable. Cabe anotar, además, que en otros delitos como el de defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a cinco unidades impositivas tributarias, motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. Artículo 3° del Decreto Legislativo 813 o Ley Penal Tributaria]. 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”.

- (59) No obstante, es necesario precisar que en otras legislaciones, como la española, para definir el objeto material se refiere en general a “*bienes*” que “*tienen su origen en una actividad delictiva*” (art. 301.1). Asimismo, en el art. 3 de la Convención de Viena se concreta el objeto material solo con la expresión “*bienes*” y los define en el art. 1 como “*los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*”; en el mismo sentido el art. 6 de la Convención de Palermo refiere que el blanqueo debe recaer sobre “*bienes*” que “*son producto del delito*”, concepto que define, casi en los mismos términos que la Convención de Viena, en el art. 2 literales d) y e).

y transferencia. En estos casos, la acción delictiva del agente ha recaído sobre el dinero apropiado. Asimismo, también puede tratarse del dinero dejado de entregar al fisco por parte del agente de retención en los delitos tributarios<sup>(60)</sup> o del dinero materia de devolución o de beneficios tributarios.

En tal sentido, en este concepto no debe comprenderse al dinero que es producto del delito, es decir el dinero que el agente genera con la acción delictiva; por ejemplo, el dinero proveniente de la venta de una cantidad de droga, porque en este caso, el dinero no es objeto sino efecto del delito previo, y estará comprendido en otro concepto que vamos a desarrollar seguidamente. Es necesario hacer esta precisión, pues, los conceptos dogmáticos de la ciencia del Derecho deben quedar debidamente definidos y diferenciados unos de otros; pues, si no hacemos esta diferenciación, una vez hallado o recuperado determinado dinero, no podríamos decidir qué medida aplicar, si la devolución a su titular (cuando es objeto de la actividad criminal previa) o imponer la medida cautelar de incautación con fines de decomiso sobre los efectos y ganancias del delito (producto del delito).

## B) BIENES

Para definir este elemento hay que considerar que se trata de un concepto normativo definido por la legislación civil y la legislación comercial, bancaria y financiera, la misma que considera como bienes a toda cosa con valor económico o patrimonial sobre la cual se pueden reconocer derechos reales; debiendo comprenderse dentro de estos (bienes) a los derechos y valores patrimoniales, que muchas veces se discute si se los puede incluir dentro del concepto de “bien” establecido por la legislación civil. Bien, no es solo una cosa material, sino también cualquier otra que goza de un valor de cambio en

---

(60) Debemos precisar que en los casos de delitos tributarios, solo será posible la configuración del delito de lavado de activos, cuando se trate de un agente de retención del tributo que no entrega al Fisco el dinero retenido; asimismo, cuando el agente a través de maniobras fraudulentas obtiene crédito o beneficios fiscales; sin embargo, en este último caso, no estaremos ante objeto del delito (*dinero*, al que nos estamos refiriendo) sino ante efectos del delito; pues, este dinero es obtenido precisamente por la acción delictiva. En los demás supuestos de delitos tributarios (en que se deja de pagar el tributo) no será posible identificar el dinero que se dejó de pagar como tributo, a la vez que dicho dinero dejado de pagar no constituye objeto, efecto o ganancia de delito previo alguno; en tal sentido, no se puede sostener que el dinero dejado de pagar tiene origen ilícito.

el mercado respecto a la cual puede establecerse un derecho transmisible<sup>(61)</sup>. La referencia a bienes alude a muebles e inmuebles, tanto corporales como incorporales y abarca también a derechos y valores<sup>(62)</sup>. Dicha noción de bienes coincide con el artículo 1º de la Convención de Viena que prescribe que por bienes debe entenderse a: “*Los activos de cualquier tipo, corporales e incorporales, muebles o raíces, tangibles e intangibles y los instrumentos legales que acrediten la propiedad sobre dichos activos*”.

No ingresan a la noción de bienes comprendidos dentro del alcance del delito de lavado de activos, aquellos objetos materiales o inmateriales que carecen de valor económico o valor de cambio en el mercado. Quedan así descartadas las cosas que solo poseen un valor afectivo o sentimental<sup>(63)</sup>. La razón para descartar del alcance del tipo a los objetos o derechos que carezcan de valor económico estriba en su misma inidoneidad para ser incorporados al tráfico económico<sup>(64)</sup>, y por tanto, en su incapacidad para afectar a la libre competencia o a la administración de justicia (objetos de protección del delito de lavado de activos).

Debe precisarse sin embargo, que también en este caso (al igual que en el caso del dinero) se deben considerar como bienes (objeto del delito de lavado) a todos aquellos que constituyen objetos de la actividad criminal

(61) Véase, BOTTKE, WILFRIED: “*Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania*”; en *Revista Penal*, N° 2, p. 4; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “*Derecho Penal. Parte Especial*”. Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 12ª ed., p. 522; “Por bien habrá que comprender cualquier beneficio valorable económicamente”.

(62) Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos: “*Derecho Penal Económico. P.E.*”. p. 297; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: “*Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*”. p. 708; MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco: “*Delitos socioeconómicos*”. p. 388 y 391; CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: “*Derecho Penal*”. T II, p. 338; DEL CARPIO DELGADO, Juana: “*El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal*”. p. 93 y 97: “Los bienes sobre los que recae las acciones constitutivas de blanqueo comprenden los muebles e inmuebles, corporales e incorporales, y los derechos y valores que, al ser susceptibles de ser valorados económicamente, están en condiciones de ser incorporados al tráfico económico”.

(63) Cfr. MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos: “*Derecho Penal Económico. P.E.*”. p. 298.

(64) Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana: “*El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal*”. p. 96.

previa, es decir, a los que existían antes del delito previo y respecto de los cuales se reconocía una titularidad, más no así a los bienes que son producidos o que se generan a partir del delito; pues, estos entrarán dentro de los conceptos de efectos o ganancias, como veremos a continuación.

### C) EFECTOS

Son todos los activos o productos que se obtienen o tienen como causa de su existencia a la actividad criminal previa; en otras palabras, son los objetos o elementos que provienen o son producidos por la acción delictiva<sup>(65)</sup>; en el caso que nos ocupa, deben provenir de los delitos previstos por el artículo 10° de la Ley. Sin embargo, como quiera que en nuestra legislación se diferencian a los efectos de las ganancias, se tendrá por “efectos” únicamente a los productos o consecuencias patrimoniales directas del delito; pues, los efectos mediatos o indirectos, serán incluidos en el concepto “ganancias”, no en el de efectos.

Obviamente, los efectos del delito pueden consistir en cualquier tipo de bienes o activos con contenido patrimonial, sobre los cuales puede realizarse la acción configurativa del delito de lavado de activos; esto es, puede tratarse de cualquier tipo de bienes, de dinero u otros activos, como el dinero obtenido por la venta de la droga, el dinero obtenido por el sicario, el dinero obtenido por el agente del delito tributario cuando este delito se comete a través de maniobras fraudulentas para obtener un crédito o un beneficio fiscal, etc.; asimismo, puede tratarse de bienes obtenidos como contraprestación por participar en el delito u otro tipo de bienes de contenido patrimonial obtenido a través del delito.

---

(65) En general constituyen *efectos*, conforme a la doctrina mayoritaria, los productos del delito (*producta scaeleris*). En el caso de los alimentos adulterados o la moneda o documentos falsificados, estos son elementos o bienes de ilícito comercio, por lo que su tenencia o posesión por parte del agente del delito o sus partícipes puede entrañar un peligro para la colectividad o para determinadas personas, resultando necesario asumir medidas preventivas frente a ello, lo que justifica su decomiso (lo que a la vez, significa una labor de prevención conforme al artículo 44° de la Constitución, relativo al deber del Estado de proteger a la población de las amenazas contra su seguridad. Sin embargo, a este tipo de efectos no se refiere la norma en comento, sino a los que tienen contenido económico y no son intrínsecamente ilícitos. En sentido similar, CHOCLAN MONTALVO: *Ob. Cit* p. 42.

#### D) GANANCIAS

Debe entenderse por tales a los efectos mediatos del delito, los que son obtenidos a través de operaciones aparentemente lícitas sobre los efectos del delito previo; es decir, los bienes, activos u objetos (en general cualquier provecho patrimonial o económico) que el agente del delito hubiese obtenido a partir de las actividades criminales previamente realizadas, pero cuyo origen o génesis no está directa ni inmediatamente vinculado a la acción delictiva, sino solo de modo mediato. Esto es, las ganancias, constituyen frutos o rentas de un efecto directo. Así, son ganancias, el producto de las operaciones financieras realizadas sobre los efectos del delito, como las operaciones realizadas con el dinero obtenido del tráfico ilícito de drogas por ejemplo. En buena cuenta, la ganancia es un fruto de los efectos directos del delito; y claro, los frutos que produzca el capital ilícito también deben ser considerados como ilícitos<sup>(66)</sup>. Estos frutos, pueden ser *naturales*, cuando provienen del bien sin intervención humana; *industriales*, cuando son producidos por el bien con intervención humana; o *civiles*, cuando son producto de una relación jurídica de disposición, intercambio, arrendamiento, etc. (art. 891° del Código Civil); caso especial de estos frutos civiles son las rentas o intereses producidos por el dinero en las operaciones financieras o bancarias<sup>(67)</sup>.

(66) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 212.

(67) Desde otro punto de vista, que no compartimos, se habla de ganancias como la utilidad obtenida a través de la comisión del delito restando los activos o dinero invertidos para su comisión. Así por ejemplo, en el delito del Tráfico Ilícito de Drogas, la inversión en la compra de la droga, pongamos un millón de soles, y la droga se vende a tres millones, en este caso se considera ganancia a los dos millones adicionales. Al respecto ver: BLANCO CORDERO: "*El delito de Blanqueo de capitales*". 3ª Edición, 2012, p. 252. Y Claro, no compartimos este criterio porque de asumir el mismo, se estaría dando, a la actividad delictiva, el mismo tratamiento que a la actividad lícita, esto es, que a las operaciones realizadas conforme a derecho. Obviamente, en este caso, los activos o dinero invertidos para financiar la comisión del delito, tiene la calidad de medios o instrumentos del delito, y por ello mismo su eventual titular ha perdido todo derecho real (propiedad) sobre los mismos; por lo que, aun cuando para el agente del delito pudiese tener algún sentido diferenciar entre lo invertido y el producto total del delito, en general para la administración de justicia carece de toda importancia; pues, todo el producto del delito será considerado como efecto del delito o producto del mismo, y en tal calidad será objeto del delito de lavado de activos el total del producto y en tal condición también será decomisado.

Siendo así, también se considerarán ganancias configurativas del delito de lavado, a los beneficios obtenidos de la actividad económico-productiva de las empresas creadas, precisamente, para blanquear dinero proveniente de las actividades criminales previas; en cuyo caso, aun cuando el capital empresarial constituiría objeto o efectos de los delitos previos, las utilidades de la empresa que se obtienen de la actividad empresarial constituirán ganancias del delito<sup>(68)</sup>. En el caso en que la empresa trabaje con capital mezclado, un porcentaje lícito con otro de origen delictivo, en principio, si el capital ilícito es significativo y los socios conocían de tal ilicitud, todas las utilidades de la empresa constituirán ganancias configurativas del delito de lavado, puesto que en este caso, los socios que aceptan el dinero de origen delictivo están recibiendo un dinero ilícito. Más aún si se tiene en cuenta que la *ratio legis* del delito de lavado de activos es aislar a los beneficios procedentes del delito evitando su ingreso al tráfico económico legal, y de permitirse su inversión en la actividad empresarial se estaría contradiciendo esta finalidad. Pero claro, determinar el nivel de significancia del porcentaje o fracción ilícita resulta de difícil determinación, por lo que debemos considerar las ideas esbozadas líneas antes.

Distinto será el caso en que alguno de los socios aportara una cantidad de dinero de origen delictivo sin que los demás conozcan tal origen, en cuyo caso, esta fracción de capital no puede contaminar a todo el capital de la empresa, puesto que no se puede afectar los derechos patrimoniales de los demás socios que actuaron de buena fe y con fondos de origen lícito, en este caso no podrá considerarse como objeto del delito de lavado a todo el capital de la empresa sino únicamente a la fracción de origen delictivo y no podrá considerarse como agente del delito más que al sujeto que aportó dicha suma ilícita.

En el caso de participación de terceros en actos de conversión y transferencia o de posesión y tenencia sobre los activos de la empresa dentro de los cuales se ha introducido el activo ilícito por parte de uno de los socios sin conocimiento de los demás, la participación de tal tercero será irrelevante

---

(68) *Ibidem*.

penalmente, aun cuando conozca del aporte ilícito del socio; puesto que no se podrá diferenciar qué parte del capital o activos de la empresa es ilícita y cuál es lícita y por tanto siempre será beneficiado por el principio *in dubio pro reo*. Claro que si el capital ilícito aportado a la empresa fuese mayoritario y el tercero está realizando acciones por la totalidad o por la mayoría del capital de la empresa y conoce del aporte ilícito, de todos modos su conducta quedará sujeta a las normas penales del lavado de activos, puesto que de todos modos estaría realizando acciones que comprenden al aporte ilícito del socio. Esto es, parte de los activos de la empresa sobre los que está operando comprenden a los aportes ilícitos del socio, con lo que el tercero estará realizando operaciones de conversión y transferencia sobre activos provenientes de la actividad criminal previa. Al respecto resultan de utilidad los criterios desarrollados por BLANCO CORDERO para determinar el monto el activo ilícito cuando se mezclan con activos lícitos<sup>(69)</sup>.

Las ganancias deben provenir de actos jurídicos aparentemente lícitos realizados sobre los efectos del delito, a diferencia de lo que sucede con los efectos o productos directos de la actividad criminal, cuya obtención siempre es ilícita, puesto que se obtienen o los produce la propia acción delictiva; tales

(69) BLANCO CORDERO, tratando de determinar cuándo las acciones de conversión y transferencia realizadas sobre el patrimonio del agente del delito tributario comprende a la cuota dejada de pagar al fisco por dicho agente, propone los siguientes criterios: "1. Una posibilidad es que la acción típica del delito de blanqueo de capitales recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte de la cuota tributaria. Ello ocurrirá cuando la acción de blanqueo se realiza sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo, o al menos sobre una proporción tan elevada de su patrimonio que supere la parte lícita y comprenda una porción del valor de la cuota tributaria impagada. En estos dos casos se establece con certeza que los bienes obtenidos del delito fiscal se encuentran total o parcialmente en el objeto sobre el que recae la acción típica del delito de blanqueo. Ejemplo: El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda a la Hacienda Pública una cuota tributaria por valor de 30. H compra a D un vehículo por 60. En este caso no se puede considerar que dicha cantidad proceda del delito fiscal, pues de acuerdo con el principio *in dubio pro reo* hay que considerar que los 60 que paga no proceden del delito previo. La cosa cambia si paga por el coche 80, porque al menos 10 de ellos proceden del delito fiscal". "*Los tributos defraudados como objeto material del delito de lavado de activos. El Delito tributario como delito previo del lavado de activos*". En Gaceta Penal y Procesal Penal, Tomo 19, enero 2011, pp. 160 a 183. Reitera este criterio en: "*El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales*". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 13-01, p. 01:1-01:46, ISSN 1695-0194 RECPC 13-01 (2011). p. 45. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>

son los casos del dinero obtenido por la venta de la droga o el dinero obtenido por el sicario, etc. Si con los efectos del delito previo se cometiera otro delito (se los usa como medios o instrumentos) y si se obtuviera algún rédito o beneficio a partir de este nuevo acto delictivo, dicho beneficio no serán ganancia del delito previo sino efecto del nuevo delito.

Los bienes obtenidos mediante robo, extorsión, etc., no son efectos ni ganancias de estos delitos, sino *objeto de los mismos*. En este caso, las utilidades o frutos que se hubieran obtenido a partir de estos objetos del delito tampoco son efectos o ganancias del delito, sino que pasarán a formar parte del objeto del delito, y por tanto pertenecen al titular de dichos objetos sustraídos. Si se realizan actos de conversión, transferencia, adquisición, etc., también se configurará el delito de lavado de activos, sin embargo, no podrán ser objeto de decomiso, por el contrario, deberán ser entregados a sus titulares conjuntamente con los bienes que conforman el objeto del cual provienen.

Las ganancias seguirán siendo tales aun cuando con ellas se realice una secuencia de actos jurídicos, a la vez que seguirán siendo ganancias, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar, puesto que todos estos seguirán teniendo su origen mediato en el delito previo. Al respecto, GARCÍA CAVERO<sup>(70)</sup> (con cita de diversos autores españoles), es del parecer que, a fin de mantener las condiciones mínimas de funcionamiento del mercado, se deben establecer ciertas limitaciones normativas en torno a las vinculaciones causales de las ganancias del delito previo con el delito de lavado de activos. Por nuestra parte consideramos que como quiera que los bienes o activos siguen teniendo como causa o fuente a la actividad delictiva previa, no existe razón alguna para legalizarlos normativamente; de hacerlo se estaría desnaturalizando la *ratio legis* o razón político criminal del delito de lavado de activos y se estaría levantando un gran manto de impunidad sobre este delito. Pues, de establecerse estos límites normativos, a los delincuentes les bastaría con realizar múltiples operaciones sobre las ganancias, para sustraerlos de la persecución penal y de este modo evitar la configuración de los delitos de lavado de activos, a la vez que lograrían evitar el decomiso del

---

(70) GARCÍA CAVERO: "Derecho Penal Económico. Parte especial". Grijley, Lima, 2007, p. 502.

producto del delito; con esto, obviamente se estaría generando una fuente de enriquecimiento a través del delito, lo que constituiría una especie de impulso o carta abierta a la delincuencia económica y a la actividad de las organizaciones criminales; a la vez que se defraudaría la justa finalidad político-criminal que llevó a la criminalización de estas conductas y que dan contenido a los convenios internacionales sobre esta materia.

De otro lado, se discute la determinación en forma específica de la *magnitud de las ganancias* como objeto del delito de lavado de activos, en casos en que por ejemplo, a través de negocios o actos aparentemente lícitos sobre las ganancias se ha incrementado el valor de estas (o cuando se han mezclado con bienes de origen lícito a partir de cuya mezcla se ha obtenido un bien único e indivisible o un conjunto de bienes cuyo antecedente causal no es identificable); en estos supuestos, a efectos de la configuración del delito de lavado de activos, puede apreciarse que las operaciones de conversión y transferencia se han realizado con activos que, por lo menos en parte, tienen su origen en el delito previo, por lo que no habrá problemas para la configuración del delito de lavado de activos. Asimismo, para efectos de decomiso, hay que considerar que cualesquiera que fuesen los cambios o los incrementos que hubieran experimentado las ganancias, estas siguen teniendo un origen delictivo; debiendo considerarse el monto total en su conjunto, es decir, tanto las ganancias primigenias así como los incrementos obtenidos mediante los actos aparentemente lícitos; pues, estos últimos siguen teniendo como su única fuente al delito (las ganancias del delito).

En este sentido, disentimos de la posición asumida por GARCÍA CAVERO, en cuanto refiere (parafraseando a ARÁNGUEZ SÁNCHEZ<sup>(71)</sup>) que no sería lo más adecuado para el funcionamiento de la economía, considerar que todos los fondos y los derivados de esos fondos se convierten en ilegales, puesto que la contaminación se extendería por la economía lícita como una mancha de aceite<sup>(72)</sup>; pues, no porque se establezca un límite a la

(71) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 210

(72) GARCÍA CAVERO, Percy: "*Derecho Penal Económico. Parte Especial*". Grijley, Lima, 2007, p. 503.

persecución penal desaparece la contaminación de la economía o esta queda limpia de la influencia perniciosa del delito, simplemente con ello se estaría evidenciando la tolerancia de la sociedad y la economía a la contaminación delictiva, a la vez que quedaría demostrada la ineficacia de la administración de justicia para proteger la limpieza del sistema económico.

Finalmente, otro supuesto que se discute en la doctrina, es si se considera o no como ganancia a un activo de origen delictivo pero que *se ha transformado totalmente* a través de actos o negocios lícitos, o el caso en que valor económico del activo de origen ilícito se ha reducido significativamente que ya no tiene incidencia en el mercado de bienes y valores. En el primer caso, como ya lo hemos adelantado en páginas anteriores, las ganancias y los efectos del delito siguen siendo tales sin interesar las transformaciones que hubieran podido experimentar, sea a través de actos lícitos o a través de actos ilícitos. En el segundo caso, igualmente, “en la medida en que sigue manteniendo un valor económico, susceptible también de tasación, el bien va a ser objeto idóneo para la configuración del delito de blanqueo de capitales, no produciéndose, la pérdida de la mancha”<sup>(73)</sup>. Por tanto, en estos casos, tal como lo admite la doctrina mayoritaria, de todos modos estaremos ante ganancias (o efectos) configurativos del delito de lavado de activos. Salvo claro está, que la reducción del valor del activo fuese de tal magnitud que por su insignificancia o escasa dañosidad social ya no resulte idóneo para afectar el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, y por tanto, resultaría desproporcionado prestar la severa respuesta penal con la que se sanciona al delito de lavado de activos.

#### E) TÍTULOS VALORES

También se considera como objeto del delito a los *títulos valores*, esto es, a los documentos que representan o en los que se ha incorporado un valor patrimonial o monetario (el valor se ha incorporado al soporte material del título). Obviamente, para tener la calidad de título valor tiene que reunir los requisitos estipulados por la ley de la materia (Ley de títulos valores o alguna

---

(73) BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 2ª Edición, 2002, p. 304.

ley específica). Es característica esencial del título valor su transmisión por endoso o por cualquier otro modo de transferencia (como su entrega material o la cesión del derecho contenido en el título) que implica, a la vez, la transferencia o entrega del valor patrimonial incorporado o representado por el título.

En este caso, si bien los títulos valores serán objeto del delito de *transporte, traslado, ingreso o salida del territorio nacional*, previsto en el artículo 3° de la Ley, si se tratara de la conversión o transferencia de los activos contenidos en estos títulos, también deberán ser considerados como objeto del delito previsto en el artículo 1° de la Ley.

#### F) INSTRUMENTOS DEL DELITO

Los *instrumentos del delito* no quedan comprendidos dentro del concepto “bienes” o “dinero”, así como tampoco dentro de “efectos” o “ganancias” que la norma penal considera como elementos sobre los cuales se realizan las actividades de lavado de activos; pues, estos no tienen origen delictivo ni son producidos por el delito; así como tampoco son objetos de la actividad criminal previa. Respecto de estos normalmente existen derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico a sus titulares; más aún, en la gran mayoría de casos los instrumentos del delito no configuran bienes o activos idóneos para ser lavados. Inclusive, en el caso que se trate de instrumentos o medios con valor económico o patrimonial significativo, como el dinero usado para blanquear los activos de origen ilícito, o un inmueble utilizado para almacenar la droga en un delito de TID, o también el vehículo usado para transportar la droga, estos no pueden ser considerados como objeto del delito de lavado de activos (y por tanto no estaremos ante este delito), puesto que pese a su utilización para la comisión del delito, no tienen *origen delictivo*, y en nuestra legislación solo se considera objeto del lavado a los activos que tienen este origen<sup>(74)</sup>. No obstante, el dinero, el inmueble o el vehículo en cuestión (utilizados como instrumentos o medios para cometer el delito) serán materia de decomiso a

(74) “Con respecto a los instrumentos (*instrumenta sceleris*) utilizados para cometer el delito previo, entiende la doctrina mayoritaria que no constituye objeto idóneo del delito de blanqueo”. BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. p. 242. En el mismo sentido ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 205.

fin de desterrar o descartar la peligrosidad objetiva de los mismos en poder de los agentes que los usaron para cometer los delitos o permitieron que otros lo usen con el mismo propósito<sup>(75)</sup>.

En este sentido suscribimos el criterio esgrimido por CARO CORIA, en cuanto refiere que "... no parece existir un argumento sólido para entender que los instrumentos del delito previo (*instrumenta sceleris*), es decir los objetos que, puestos en una relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución o para su preparación, puedan considerarse como objeto material de lavado de activos (...) se puede decomisar los instrumentos del delito conforme al art. 102 del CP, pero estos no conforman el objeto material del tipo de lavado"<sup>(76)</sup>; solo diferimos en cuanto este autor habla de un delito previo específico y nosotros consideramos que se trata de una actividad criminal genérica que no necesita ser acreditada en un debido proceso.

#### G) ACTIVOS DELICTIVOS MEZCLADOS CON ACTIVOS LÍCITOS

En el marco de la actividad delictiva, sobre todo en la actuación de las organizaciones criminales y la criminalidad económica, los agentes delictivos necesariamente buscan ocultar o blanquear sus ganancias ilícitas, y la mejor manera de hacerlo es a través de la mezcla o fusión con bienes de procedencia lícita; por ejemplo, cuando un narcotraficante decide aumentar el capital social de una empresa constituida con patrimonio de origen lícito y que realiza actividades formalmente lícitas en el mercado, aportando dinero proveniente del narcotráfico; en este caso, el dinero ilícito contamina a los activos lícitos y por ello, en conjunto se convierten en nocivos para la economía lícita.

---

(75) En el mismo sentido ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 205.

De otro lado, el fundamento jurídico del comiso de los instrumentos del delito no es, como en algún momento se entendió, la culpabilidad o la peligrosidad criminal, sino la *peligrosidad objetiva de los instrumentos* (la que sin embargo, en algunos casos deberá de vincularse con ciertos criterios subjetivos respecto a la conducta, intención o voluntad del agente), es decir, la posibilidad de que puedan ser utilizados en el futuro por el mismo agente o por terceros, para cometer nuevos delitos.

(76) CARO CORIA, Carlos Dino: "*Sobre el tipo básico de lavado de activos*".

[http://www.cedpe.com/centro\\_info/archivos/ainterres/doc06.pdf](http://www.cedpe.com/centro_info/archivos/ainterres/doc06.pdf) (Consulta 25 de febrero del 2013).

Al respecto, resulta problemático determinar en forma específica la *magnitud de los efectos o de las ganancias* objeto del delito de lavado de activos cuando estos se mezclan con bienes de origen lícito a partir de cuya mezcla se obtiene un bien único e indivisible o un conjunto de bienes cuyo antecedente causal no es identificable. En estos supuestos, a efectos de la configuración del delito de lavado de activos, puede apreciarse que las operaciones de conversión y transferencias se realizan con activos que, por lo menos en parte, tienen su origen en la actividad delictiva o criminal previa, por lo que no habrá problemas para la configuración del delito de lavado. Asimismo, para efectos de decomiso, hay que considerar que, independientemente de las cantidades de origen ilícito mezcladas con las de origen lícito, el bien único o los mezclados seguirán siendo objeto del delito de lavado de activos, debiendo considerarse para tal efecto el monto total en su conjunto, sin diferenciar los bienes antecedentes lícitos e ilícitos; pues, a los bienes de origen lícito mezclados con los efectos o ganancias ilícitas, siempre será posible considerarlos como instrumentos o medios para la comisión del delito de lavado de activos (nuevo delito, distinto de la actividad criminal antecedente), puesto que a estos bienes (de origen lícito) se los estaría utilizando para alejar a los efectos o ganancias de la actividad criminal de la cual provienen, con lo que se estaría encubriendo u ocultando su origen delictivo o evitando su incautación y decomiso.

En tal sentido, también en este rubro manejamos criterio distinto al de GARCÍA CAVERO, en cuanto señala que "... solamente la parte ilegal debería ser considerada a los efectos del delito de lavado de activos (teoría de la contaminación parcial)<sup>(77)</sup>"; pues, en estos casos, no será posible diferenciar la parte lícita de la ilícita; por lo que si aceptamos esta posición, bastaría con que los agentes de los delitos mezclen sus activos ilícitos con otros lícitos y realicen diversos actos jurídicos con el producto mezclado, para que opere la impunidad. De otro lado, si se considerase solo la parte ilegal de dicha mezcla para efectos de la tipificación del delito de lavado de activos, se correría el riesgo de no poder identificar y separar lo ilícito de lo lícito, y con ello estaríamos

---

(77) GARCÍA CAVERO, Percy: "*Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento*". En *Imputación y sistema penal*. Coordinadores: Manuel Abanto Vásquez, José Antonio Caro John y Luis Miguel Mayhua Quispe; Ara Editores, Lima, 2012, p. 424. En el mismo sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p.207.

levantando un manto de incertidumbre en la investigación de los hechos, que siempre tendría que resolverse aplicando el principio *in dubio pro reo* a favor de los presuntos agentes del delito. Obviamente, un criterio en este sentido sería contraproducente y contrario a los fines perseguidos con la criminalización de las conductas de lavado de activos, a la vez que desconocería los compromisos asumidos en los diversos Convenios Internacionales suscritos al respecto.

Pero ojo, este criterio solo será aplicable en los casos en que se mezclan bienes de origen delictivo con bienes de origen lícito y a partir de dicha mezcla se obtenga un bien único e indivisible o un conjunto de bienes cuyo antecedente causal no es identificable; pues, en los casos en que se pueden hacer las debidas diferenciaciones, sea directamente o a través de las correspondientes inferencias, solo se podrá considerar como objeto del delito de lavado a los bienes de origen delictivo, de este modo queda a salvo el patrimonio lícito del agente o imputado.

Un supuesto que sí nos parece relevante, respecto al *monto o valor de los efectos o ganancias del delito* en los casos de mezcla de activos lícitos con otros de origen delictivo, es la determinación de la medida de los activos ilícitos para la configuración de los supuestos agravados y atenuados en función al monto de los activos materia de lavado; monto superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, para el supuesto agravado y menor de cinco (5) unidades para el supuesto atenuado, ambos supuestos previstos en el artículo 4° de la Ley de Lavado de Activos. En este caso, si se conociera el monto de los activos ilícitos mezclados con los lícitos, se descontará del monto o valor económico total la fracción de activos lícitos, lo contrario implicaría imponer al agente una carga incriminatoria inexistente, lo cual no se condice con un sistema de vigencia de los derechos fundamentales propio de un Estado Constitucional de Derecho. Asimismo, si de la mezcla resultara un bien único e indivisible, a efectos de valorizar el monto del activo materia del lavado, igualmente se descontará una fracción proporcional al valor lícito mezclado.

En la doctrina se viene discutiendo si los supuestos de delitos de defraudación tributaria constituyen o no delitos previos al lavado de activos, sobre todo si la cuota o fracción de dinero que permanece en poder del agente del delito constituye o no objeto del delito de lavado. Al respecto, los que se

pronuncian afirmativamente, consideran que en estos casos nos encontramos ante supuestos de mezcla de activos ilícitos con activos lícitos, proponiendo diversos criterios de solución que no nos parecen adecuados, al respecto hemos expresado nuestra posición en nuestro trabajo sobre lavado de activos<sup>(78)</sup>.

## H) BIENES O ACTIVOS SUSTITUTOS

A efectos de la configuración del delito de lavado de activos, es irrelevante si los bienes o activos provienen directa o indirectamente de la actividad criminal previa. A diferencia de la receptación, en la que solo se castiga la recepción de un bien que proviene directamente del delito previo, es decir que constituyen el objeto de este delito (siendo impune la *receptación sustitutiva*), en el delito de lavado se considera a los bienes que proceden indirectamente de una actividad criminal, admitiéndose el llamado blanqueo o lavado de *bienes sustitutivos*<sup>(79)</sup> así como el lavado de dinero *en cadena*<sup>(80)</sup> (que los bienes que se pretenden blanquear provengan a su vez de actividades criminales de lavado de activos<sup>(81)</sup>). Esto es, no existe problema alguno para considerar como objeto del delito de lavado a los bienes que se obtienen luego de realizar cualquier operación comercial, financiera o económica, sobre objetos cuyo origen está a su vez, en la infracción penal precedente<sup>(82)</sup>. En este caso los bienes pueden cambiar de naturaleza o de estructura física, o transformarse (a través de

(78) Ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos*. Instituto pacífico, Lima, 2014. pp. 99 y ss.

(79) Cfr. VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Los Delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código penal de 199*". p. 109; MUÑOZ CONDE, Francisco: "*Derecho Penal P. E.*". Valencia; p. 523.

(80) Cfr. MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos: "*Derecho Penal Económico. Parte Especial*". p. 299; MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco: "*Delitos socioeconómico*". p. 388; QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "*Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*". p. 708; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y VIVES ANTÓN, Tomás: "*Comentarios al Código penal de 1995*". T II; p. 1465. También GARCÍA CAVERO: "*Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos...*". p. 424. "se refiere al lavado de activos en cadena, señalando que se trata de ganancias directas del delito que han pasado por su primer acto de lavado.

(81) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: "*Comentarios a la Parte especial del Derecho penal*". p. 708; GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis y VIVES ANTÓN, Tomás: "*Comentarios al Código penal de 1995*". T II; p. 1465.

(82) Cfr. DEL CARPIO DELGADO; Juana: "*El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal*". p. 104.

múltiples transacciones o acciones de intermediación) en otros bienes equivalentes o de distinta naturaleza, sin que ello sea obstáculo para la aplicación de las normas relativas al delito en estudio, con lo que se facilita la persecución del llamado blanqueo de bienes sustitutos.

La sustitución de un bien por otro puede producirse a través de cualquier acto o negocio jurídico que suponga un intercambio como la compraventa, permuta, e incluso la hipoteca<sup>(83)</sup>; pero en este caso, el valor del bien se mantiene más o menos equivalente; si a través de estos negocios el bien objeto del delito experimentara un incremento, ya estaremos hablando de ganancias del delito (respecto a este incremento). En este caso, los activos en conjunto estarán integrados por el objeto o por efectos del delito así como por las ganancias de este.

No existe ninguna razón para excluir la punición de las operaciones realizadas con los llamados *bienes sustitutos*, puesto que no interesa que los bienes tengan un origen o fuente delictiva directa o indirecta; pues, desde la óptica político criminal, constituiría una grave ventaja y concesión al crimen organizado y a la delincuencia en general, el restringir la punición únicamente a los bienes que provienen directamente de los delitos indicados por la ley, descuidando la represión y comiso cuando estos bienes son transformados en otros de distinta naturaleza, o excluyendo de la represión cuando se trata de otras ventajas que se obtuviesen a través del delito. Una ley que pretenda ser eficaz y que aspire a cumplir determinados objetivos de prevención y disuasión del delito, debe tener una amplia y vasta cobertura, reprimiendo las diversas modalidades a través de las cuales puede manifestarse el blanqueo de bienes, en la medida que se respete los alcances del principio de legalidad.

#### 2.1.4. ORIGEN DELICTIVO DEL DINERO, BIENES, EFECTOS Y GANANCIAS

El dinero, bienes, efectos o ganancias, materia de la conversión o transferencia, deben tener un *origen "ilícito"*; es característica esencial del objeto del delito su vinculación o conexión a cierta actividad criminal previa. Aun

---

(83) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p.207.

cuando la ley en su artículo primero, referido al tipo básico que nos ocupa, hace referencia únicamente al término *ilícito* (por lo que podría sostenerse que no diferencia entre los ilícitos penales, civiles o administrativos), sin embargo, concordando esta primera parte del artículo 1° con el segundo párrafo del artículo 10° de la Ley (D. Leg. 1106), que hace referencia a “*actividades criminales*”, y se refiere específicamente a una serie de delitos, se concluye sin lugar a dudas, que los ilícitos previos a los cuales deben estar vinculados los activos materia de la conversión o transferencia, solo pueden ser delitos, descartándose cualquier otro ilícito (civil, administrativo, etc.), inclusive los ilícitos penales configurativos de faltas. Es más, no debe tratarse de cualquier delito, sino de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, contra la administración pública, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales<sup>(84)</sup>.

De otro lado, entre los delitos idóneos para generar ganancias ilegales se puede comprender a los delitos económicos, financieros, contra la fe pública, etc., siempre que de ellos se deriven beneficios económicos. Asimismo, el artículo 10°, excluye como delitos previos a un grupo de delitos, pese a que ordinariamente producen beneficios económicos, tales son los supuestos configurativos del delito de receptación de bienes o efectos comprendidos en el artículo 194° del Código Penal.

## 2.2. TIPO SUBJETIVO

### 2.2.1. EL DOLO COMO ÚNICA MODALIDAD COMISIVA

En general, en las diversas legislaciones comparadas se admiten tipos dolosos e imprudentes (Alemania, España, Argentina, etc.), de igual modo en

---

(84) En la relación de delitos previos ya no se pueden comprender a los delitos de *secuestro*, *extorsión* y *robo*, a los mismos que la ley posterior N° 30076, los considera como delitos previos al delito de receptación agravada (artículo 195° del Código Penal). Debiendo precisarse que si bien en el delito de receptación agravada no se habla de robo en general sino únicamente de *robo agravado*, aplicando el criterio o argumento *ab majoris ad minus* (si es posible lo más, con mayor razón lo menos), podemos considerar también al robo simple en el tipo de receptación agravada y ya no en el lavado de activos que es un delito más grave

los convenios internacionales, como también en el Reglamento Modelo de la CICAD. Se asume que actúa dolosamente quien ha obrado con determinados conocimientos respecto a los elementos configurativos de determinado tipo penal<sup>(85)</sup>. Sin embargo, independientemente de las teorías existentes sobre el dolo (congnitiva o volitiva) en algunas legislaciones se pone énfasis en el conocimiento, como cuando se utiliza el término “a sabiendas” o “sabiendo” de los numerales 1) y 2) del artículo 301 del Código Penal español, y en otras se incide en el reforzamiento de la voluntad, como cuando se considera, en la configuración del tipo, alguna intencionalidad adicional, como en el caso de nuestra legislación (con la finalidad de ocultar su origen o evitar su decomiso o incautación), circunstancia que sin embargo, no determina la naturaleza del dolo sino únicamente evidencia una consideración adicional de la voluntad.

En nuestro medio, los diversos tipos de lavado de activos solo pueden ser cometidos por dolo; admitiéndose el dolo directo de primer y segundo grado (de consecuencias necesarias) así como el dolo eventual. Se asume que el dolo eventual provendría de la frase “debía presumir” el origen delictivo de los activos, pese a que existen criterios que consideran que ello es innecesario, puesto que queda claro en la doctrina y la jurisprudencia penales que no es necesaria una cláusula de incriminación especial para sancionar el dolo eventual<sup>(86)</sup>. No obstante, por nuestra parte consideramos que, si bien, resulta correcta esta última aseveración, la cláusula “debía presumir” puede ayudar a los operadores jurídicos a determinar el dolo eventual en los casos concretos; pues, con ello se consideran como supuestos típicos dolosos a los casos en que el agente, dadas las circunstancias que rodean al hecho, se encuentra en la posición de “presumir” (y en efecto presume) el origen delictivo de los activos, y por ello tiene el deber de indagar más sobre el origen de estos a efectos de tomar un real conocimiento, y al no hacerlo estaría manteniéndose deliberadamente en la ignorancia; y claro, los supuestos de ignorancia deliberada son

---

(85) Al respecto, ver información amplia y detallada en RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón: *“El dolo y su prueba en el proceso penal”*. Bosch, Barcelona, 1999. Y del mismo autor: *“La ignorancia deliberada en Derecho penal”*. Atelier, Barcelona, 2007.

(86) GARCÍA CAVERO: *“El delito de lavado de activos”*. p. 122.

considerados como casos de dolo eventual<sup>(87)</sup>, como veremos más adelante. Ello a la vez significa que si el agente “debía presumir” y realmente presume y actúa bajo tal presunción y convencimiento, buscando ocultar el origen de los bienes o evitar su decomiso, el dolo eventual queda claro.

No obstante, la cláusula “debía presumir”, literalmente, también comprende a los casos en que el sujeto, efectivamente, estaba en la posición de presumir el origen delictivo de los activos, pero por ligereza o imprudencia, no llega a presumir tal origen; por lo que se podría sostener que a través de esta cláusula se ha establecido el tipo penal de lavado de activos *culposo* (imprudente) en nuestro sistema penal. En efecto, GARCÍA CAVERO con toda claridad señala que “... el término “debía presumir introduce en el ámbito de lo punible una actuación culposa especialmente grave (la temeridad). La extensa normativa jurídico-administrativa sobre las llamadas transacciones sospechosas, así como los códigos de conducta elaborados al interior de las organizaciones, hacen que la actuación absolutamente desconsiderada de tales deberes de cuidado (deber de presumir) pueda equipararse a la actuación dolosa (conoce o presume)”<sup>(88)</sup>.

Por nuestra parte, disentimos de este criterio, puesto que no podemos agotar la interpretación de la norma en el análisis estrictamente literal, dejando de lado la finalidad político criminal y la funcionalidad del tipo penal así como los criterios de proporcionalidad en la determinación de las penas conminadas en los tipos penales. Pues, si aceptásemos los tipos dolosos y culposos, a ambos les resultaría aplicable la misma pena conminada y una solución de este tipo no

(87) RAGUÉS i VALLÉS, Ramón: “La ignorancia deliberada en el proceso penal”. Atelier, Barcelona, 2007.

(88) GARCÍA CAVERO: “El delito de lavado de activos”. p. 125.

Criterio similar parecería sostener SALAZAR SÁNCHEZ, aun cuando lo hace comentando la legislación anterior y de modo muy confuso, pues considera que estamos frente a supuestos imprudentes pero que la ley los considera como supuestos dolosos. Específicamente señala: “Los tipos en cuestión incluso van más allá: consideran una forma de actuación dolosa el mero actuar imprudente, en tanto se habla de un conocimiento presunto, lo cual no es más que una auténtica forma de imprudencia”. “Los delitos de lavado de activos en la legislación peruana”. En Política Criminal y Dogmática Penal y los delitos de Blanqueo de Capitales; Coordinadores: Urquiza Olaechea y Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012, pp. 355.

resulta satisfactoria; y si bien puede resultar adecuada en un sistema funcional-sistémico, en el que la diferenciación entre el dolo y la culpa no es más que cuantitativa, ello no resulta de recibo en nuestro medio, en donde se le da especial relevancia a los elementos subjetivos del tipo, y los supuestos dolosos se sancionan con penas muchos más graves que los culposos; así, puede apreciarse que en la misma ley de lavado de activos, se sanciona el tipo penal doloso de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, multa e inhabilitación, en cambio los supuestos culposos se sancionan únicamente con pena de multa e inhabilitación, descartándose la pena privativa de libertad. Más aún, como ya lo hemos señalado en otro lugar, conforme al artículo 12° del Código Penal, los delitos culposos solo se sancionan cuando se establece expresamente en la ley.

Por ello, la cláusula “debía presumir” debe interpretarse como que, en efecto, el sujeto llega efectivamente a presumir el origen delictivo de los bienes o activos, y estando a tal presunción actúa con el fin de ocultar o evitar el decomiso. Obviamente, el conocimiento o presunción del origen ilícito de los activos que debe tener el agente se deberá acreditar a partir de datos objetivos que rodean a la comisión del hecho.

De otro lado, algunos consideran que la exigencia de finalidades específicas de ocultar o encubrir el origen de los activos o la referencia a especiales intenciones del autor, excluye el dolo directo de segundo grado y el dolo eventual, considerándose como modalidades de realización únicamente al dolo directo de primer grado; o en todo caso, que excluye el dolo eventual<sup>(89)</sup>. Por nuestra parte creemos que el hecho de considerar finalidades subjetivas específicas (intencionalidad) no incide en la exclusión del dolo eventual, y menos del dolo directo de segundo grado; pues, el dolo está referido al conocimiento o alta probabilidad de conocimiento de los elementos objetivos del tipo penal, en este caso, el agente debe saber o debía presumir el origen delictivo de los activos, por ello el conocimiento o probabilidad de conocer es abarcado por

---

(89) PERREZ MANZANO, en cita de de BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 3ª Edición, 2012, p. 673.

el dolo y en él se agota, en cambio, la finalidad o intencionalidad de ocultar el origen o evitar el decomiso o incautación de los activos (que conoce o debía conocer su origen ilícito), es un elemento subjetivo adicional no comprendido por el dolo<sup>(90)</sup>.

El dolo del autor exige que medie conocimiento respecto de todos los elementos objetivos del tipo; el agente deberá conocer que los bienes sobre los que recaen las acciones de *conversión y transferencia* (o las de ocultamiento y tenencia) resultan vinculados a una actividad criminal idónea para generar ganancias, a excepción de los supuestos delictivos que son abarcados por el delito de receptación previsto en el artículo 194° del Código penal. No obstante, al admitirse el *dolo eventual*, para el conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo y especialmente para el origen de los activos, a partir de la frase "*debía presumir*" introducido por la norma en actual (D. Leg. N° 1106), se admite como conductas dolosas configurativas de lavado de activos los supuestos en que el sujeto, dadas las circunstancias o el contexto en que se realizan las conductas, estaba en la posibilidad de percatarse o de sospechar que, en efecto, los activos estaban vinculados o provenían de alguna actividad criminal idónea para producir ganancias ilegales; esto es, tenía la obligación de actuar diligentemente a fin de informarse debidamente del origen de los activos<sup>(91)</sup>. Con ello se diferencia de la antigua terminología de la Ley N° 27765 que utilizaba la frase "*puede presumir*", con lo que se dejaba abierta la posibilidad de incluir entre los supuestos típicos a la actuación culposa, puesto que era posible interpretar como uno de los supuestos normativos, el hecho en que el sujeto podía presumir pero por negligencia no lo hacía; en cambio, con

(90) En efecto, en la doctrina se considera este elemento de tendencia o intencional como una expresión de la voluntad, así Fabián Caparrós refiere: "No nos parece desacertada la incorporación al tipo de un elemento subjetivo complementario que exija al juzgador que dé por probada la voluntad del agente de actuar con el ánimo de lograr esa finalidad encubridora". FABIÁN CAPARRÓS Eduardo: "*El Delito de Blanqueo de Capitales*". Madrid, 1998, pp. 343 y 344].

(91) Bajo estas consideraciones, estaremos frente a una conducta típica de lavado de activos, si el autor actúa con conocimiento o debiendo conocer que esos bienes son de procedencia delictiva y pese a ello realiza una conducta voluntaria que sabe que va a evitar su eventual identificación, incautación o decomiso. PERCY GARCÍA CAVERO: "*Derecho Penal económico. Parte Especial*". pp. 510 y 511.

la nueva redacción resulta más claro que solo se comprende a los supuestos dolosos, descartándose los culposos<sup>(92)</sup>.

Pero claro, el conocimiento de la vinculación de los activos a la actividad criminal previa no debe ser exhaustivo, siendo suficiente con que se aprecie cierto nivel de conexión, tal como lo establece la propia Corte Suprema, la que señala en el fundamento 18 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116: “(...) 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”. Esto es, para tener por acreditado el origen delictivo de los activos solo se requiere acreditar la vinculación de estos con la actividad criminal previa y para ello bastará con la presencia de una actividad delictiva de modo genérico que, en atención a las circunstancias del caso concreto, permita excluir otros posibles orígenes de los bienes, no siendo necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico ni de los concretos partícipes en el mismo<sup>(93)</sup>; ello obviamente en consonancia con nuestra posición, en la que concluimos que el “delito previo” no es un elemento objetivo (normativo) del tipo; por el contrario, consideramos que es suficiente con el objeto del lavado se vincula a una actividad criminal previa, la que debe ser apreciada de modo general y no específico, y

---

(92) En efecto se sostiene que “el término “*puede presumir*” de la Ley N° 27765 que en general se ha considerado como inclusivo del dolo eventual, no ha sido reproducido por el D. Leg. N° 1106 que introduce la expresión “*debía presumir*” del tipo de receptación del art. 194 del CP, lo que se viene entendiendo como una ampliación por parte del legislador de los deberes de conocimiento en torno al origen ilícito del bien con el que se trafica. Esto es, “el término “*debía presumir*”, en lugar del “*puede presumir*” (...), expresa una mayor exigencia (...), la norma en vigencia le otorga un deber de presunción en el entendido que, en una valoración paralela en la esfera del profano, es perfectamente factible sospechar la ilicitud de la procedencia de los bienes en cuestión”. Así, se afirma que “se convierte en una exigencia para el ciudadano, pues en una investigación o proceso no se analizará si él podía presumir, esto es, que hubiera contado con algunos datos que le hubieran permitido suponer que el dinero, efectos, bienes y ganancias tenían proveniencia ilícita, sino –sólo– si debía presumirlo. Esto obliga a la ciudadanía a tener un deber de cuidado en relación con activos de dudosa procedencia”. CARIO CORIA, Dino Carlos: “*Sobre el tipo básico de lavado de activos*”. En Anuario de Derecho Penal y de la Empresa, Lima, 2012, p. 220. Con citas de Christian Salas Beteta y Edith Hernández Miranda.

(93) BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 3ª Edición, 2012, p. 682.

esta circunstancia debe ser conocida por el agente del lavado, o por lo menos este debía conocer tal situación.

A este respecto, ni siquiera los que consideran que el delito previo es un elemento objetivo (normativo) del tipo exigen detalles del delito previo; pues, tal como refiere ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, por tratarse de un elemento normativo del tipo, no se requiere una subsunción jurídica exacta del delito previo, siendo suficiente una valoración en la esfera del profano<sup>(94)</sup>; y claro no puede ser de otra manera, puesto que de exigirse una apreciación exacta de la calificación del delito previo, solo podrían cometer el delito de lavado de activos, “los abogados penalistas”, que en buena cuenta, son los únicos capacitados para apreciar la real tipificación del delito. Asimismo, no es indispensable que el autor sepa que se trata de un hecho culpable y punible<sup>(95)</sup>, tampoco debe esperarse que el sujeto conozca que se trata de un injusto penal, puesto que ello solo lo podrá hacer un abogado penalista, como se ha indicado. Tampoco se requiere que el autor conozca quiénes han realizado la actividad criminal previa (o han cometido el delito previo), las circunstancias de esta o que exista un trato personal con ellos<sup>(96)</sup>.

Asimismo, el conocimiento no debe abarcar las circunstancias de tiempo, lugar, forma de comisión, autor, víctimas, etc., de la actividad criminal previa (delito previo). En definitiva, el conocimiento ha de recaer sobre la comisión de un delito que se conecta con la procedencia delictiva de los bienes<sup>(97)</sup>. No debe valorar que tales hechos configuran específicamente tal delito en concreto o realizar la calificación jurídica precisa del delito, con sus circunstancias y detalles, sino únicamente apreciar su connotación antijurídica general o que los hechos son constitutivos de una infracción penal, por lo que será irrelevante que el agente presuma que los bienes proceden de una concreta figura delictiva

(94) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, en cita de GARCÍA CAVERO: “*Delito de lavado de activos*”. p.120.

(95) Al respecto BLANCO CORDERO refiere que: “No es necesario, por tanto, que los responsables del delito previo sean culpables o hayan sido efectivamente penados”. “*Programa de Capacitación. Combate al lavado de Dinero desde los sistemas judiciales*”. OEA-CICAD, La Paz-Bolivia. Setiembre 2002.

(96) Cfr. MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco: *Ob. Cit.* p. 392.

(97) BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 3ª Edición, 2012, pp. 660 y 661.

pero en realidad provienen o se vinculan a otra<sup>(98)</sup>. Obviamente, si es que se considerara que el “delito previo” es un elemento objetivo (normativo) del tipo, todos los elementos de este delito tendrían que ser probados detalladamente en un debido proceso, más allá de la duda razonable; lo cual obviamente no es el espíritu de la norma nacional ni de los convenios internacionales. Es por ello que hemos descartado una posición de este tipo puesto que si asumiéramos esta postura, el delito de lavado de activos simplemente sería de imposible ejecución; tal como ha señalado el propio Acuerdo Plenario de la Corte Suprema y también lo reconoce la doctrina<sup>(99)</sup>.

De otro lado, el momento del conocimiento de la vinculación de los activos a la actividad criminal o a alguno de los delitos previos generadores de ganancias ilícitas debe ser previo o simultáneo con la comisión del delito de lavado; el dolo subsecuente debe descartarse. En tal sentido, si recién con posterioridad a la comisión de las acciones de conversión y transferencia el agente conoce o se encuentra en una situación en que debía conocer el origen ilícito de los activos, este supuesto será atípico. En este mismo sentido se pronuncia la doctrina<sup>(100)</sup>. Salvo claro está, que se trate de una acción típica permanente como las previstas en el artículo 2º de la Ley (guarda, custodia, oculta o mantiene) en cuyo caso la acción típica se prolonga por todo el período de permanencia y en tal sentido, aun cuando el agente conozca o llegue a la situación en que debía conocer el origen ilícito de los activos después de iniciar la acción delictiva, esta aun se está prolongando durante el tiempo en el cual el agente ya tiene conocimiento; por tanto, en este caso, el conocimiento resulta simultáneo.

Finalmente, la “ley exige que cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las operaciones en las que se ve

---

(98) SILVA SÁNCHEZ y PEREZ MANZANO: En cita de BLANCO CORDERO, *Ob. Cit.* p.662.

(99) En el mismo sentido en la STS español, del 10 de enero del 2000 (Ponente Giménez García), se señala “... sin que el conocimiento del autor exija, ni por lo tanto sea precisa prueba al respecto, el cumplido y completo conocimiento de las anteriores operaciones de droga generadoras de tal beneficio, pues ello equivaldría a concebir este delito como de imposible ejecución”. En BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 3ª Edición, 2012, p. 682.

(100) Cfr. MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Ob. Cit.*, p. 305; CALDERÓN CEREZO, Ángel y CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio: *Ob. Cit.*, p. 338.

involucrado tienen como objeto el producto de las ganancias del delito<sup>(101)</sup>; igualmente la última parte del segundo párrafo del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 señala que el origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso; por ejemplo el manejo de inusuales cantidades de dinero en efectivo, la ausencia de negocios legales que justifiquen los ingresos, la utilización de sociedades de fachada o testaferros, la falsificación de documentos para acreditar la titularidad de los bienes, el hecho que los bienes queden sujetos a alguna medida restrictiva de derechos (incautación, embargo u otras medidas), etc.; lo cual ratifica que el aspecto subjetivo del delito debe inferirse a partir de elementos objetivos que rodean al hecho; en el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema<sup>(102)</sup>.

(101) PRADO SALDARRIAGA Víctor: *Ob. Cit.* p.153.

(102) “33°. *La prueba sobre el conocimiento del delito fuente y del conjunto de los elementos objetivos del lavado de activos será normalmente la prueba indiciaria —no es habitual, al respecto, la existencia de prueba directa—. En esta clase de actividades delictivas, muy propias de la criminalidad organizada, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal analizado deberá ser inferida —a partir de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten llegar a una conclusión a partir de determinadas premisas— de los datos externos y objetivos acreditados, conforme se ha establecido en la Ejecutoria Suprema Vinculante número 1912-2005/Piura, del 6 de septiembre de 2005 (Acuerdo Plenario número 1-2006/ESV-22, del 13 de octubre de 2006).*

*Los indicios han de estar plenamente acreditados, así como relacionados entre sí y no desvirtuados por otras pruebas o contraindicios. El Tribunal deberá explicitar el juicio de inferencia de un modo razonable.*

*Como presupuestos generales —materiales y formales— en orden a la habilidad de la prueba indiciaria para constatar la realidad del delito de lavado de activos, se requiere:*

- A. Existencia de hechos base o indicios plenamente acreditados, que en función a su frecuente ambivalencia, han de ser plurales, concomitantes al hecho que se trata de probar e interrelacionados —de modo que se refuercen entre sí—.*
- B. Entre los hechos base, apreciados en su globalidad, y el hecho consecuencia ha de existir un enlace preciso según las reglas del pensamiento humano [perspectiva material].*
- C. El razonamiento del Tribunal ha de ser explícito y claro, debe (i) detallar y justificar el conjunto de indicios y su prueba, que van a servir de fundamento a la deducción o inferencia, así como (ii) sustentar un discurso lógico inductivo de enlace y valoración de los indicios, que aún cuando sucinto o escueto es imprescindible para posibilitar el control impugnativo de la racional de la inferencia [perspectiva formal].*

34°. Desde luego no es posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos -gran capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de la delincuencia organizada, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento-, establecer criterios cerrados o parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en este sector delictivo. Empero, a partir de los aportes criminológicos, la experiencia criminalística y la evolución de la doctrina jurisprudencial, es del caso catalogar algunas aplicaciones de la prueba indiciaria, sobre la base cierta de la efectiva determinación de actos que sean susceptibles de ser calificados como irregulares o atípicos desde una perspectiva financiera y comercial y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito. Así:

- A. Es de rigor examinar todos los indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado. Varios ejemplos de este incremento patrimonial pueden destacarse: adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen, compra de bienes cuyo precio abona otra persona, transacciones respecto de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada, etcétera.
- 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. Pueden ejemplificar estos supuestos, el transporte o posesión en efectivo de grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia; movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas hacia paraísos fiscales; utilización de identidades supuestas o de testafierros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades meramente instrumentales; cambio de divisas, constitución de sociedades, titularidad de vehículos por un testafierro, etcétera.
- 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. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios -tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de causa que la excluyen-.
- E. La constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Ese vínculo o conexión —contactos personales, cesión de medios de transporte, vínculos con personas condenadas por delitos graves: terrorismo, tráfico ilícito de drogas, corrupción— ha de estar en función con un hecho punible en el que los bienes deben tener su origen, 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 relaciones con las mismas, podrá ir acompañada, por

## A) LA IGNORANCIA DELIBERADA Y LA INDIFERENCIA EXTREMA COMO ELEMENTOS SUBJETIVOS

Más allá del convencimiento que la alta probabilidad de conocimiento o que la representación de la realidad lesiva para el bien jurídico u objeto de protección, constituye claramente indicio de una conducta orientada por un dolo eventual, en la doctrina y la jurisprudencia se viene discutiendo si los casos de *ignorancia deliberada* o los supuestos de *indiferencia extrema*, constituyen supuestos que exigen el reproche penal correspondiente a las conductas dolosas<sup>(103)</sup>, aun cuando estemos ante la ausencia del conocimiento

*ejemplo, de aumento de patrimonio durante el período de tiempo de dicha vinculación, y/o de la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el aumento de patrimonio.*

35°. *El tipo legal de lavado de activos sólo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, a concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves -las previstas en el artículo 6° de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal.*

*El conocimiento, a título de dolo directo o eventual, puede "...inferirse de los indicios concurrentes en cada caso" (artículo 6°, primer párrafo, de la Ley). En este mismo sentido se inclina el artículo 3°.3 de la Convención de Viena contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, en cuya virtud el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso. Es obvio que no bastarán las simples sospechas, recelos o dudas sobre la procedencia del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino que será precisa la certeza respecto al origen ilícito. Tal certeza, como se ha indicado, puede provenir de la prueba indiciaria, que ha de acreditar la presencia antecedente de una actividad delictiva grave —de las indicadas en el citado artículo 6° de la Ley— que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesario ni la demostración acabada de un acto delictivo específico con todas sus circunstancias ni de los concretos partícipes en el mismo.*

*Salvo la confesión —muy inusual en estos casos, aunque no imposible—, los elementos subjetivos del tipo, por su propia naturaleza, al no poder percibirse por los sentidos no pueden ser objeto de prueba en sentido estricto. Éstos se obtienen a partir de los datos objetivos y materiales, mediante juicio de inferencia. Sobre el particular ya se han fijado algunos criterios básicos en el párrafo anterior". Acuerdo Plenario N° 3-2020/CJ-116. 16/11/2010.*

(103) Tal como lo señala RAGUÉS Y VALLÉS, al comentar las decisiones de la Corte Norteamericana y la doctrina del *willful blindness*. *Ob. Cit.* p. 77. En estos casos, se equipara el reproche penal previsto para los supuestos de ignorancia deliberada con el previsto para las conductas dolosas. O también las conductas orientadas por la indiferencia en el actuar del agente; tal como lo señala JAKOBS: *Ob. Cit.* pp. 345 y ss.

o la representación de los elementos objetivos del tipo. Al respecto, BLANCO CORDERO<sup>(104)</sup> refiere que la doctrina de la ignorancia deliberada ha tenido un importante desarrollo jurisprudencial en la última década.

Por nuestra parte consideramos que el supuesto de *ignorancia deliberada* puede asimilarse sin problema alguno a los casos de dolo eventual; o por lo menos, el reproche penal sería el mismo. En efecto "... el no querer saber los elementos del tipo objetivo que caracteriza al dolo, equivale a querer y aceptar todos los elementos que vertebran el tipo delictivo cometido"<sup>(105)</sup>. Tanto más, si el sujeto puede y debe conocer, es decir, si está en la posibilidad de acceder a la información necesaria, a la vez que está en la obligación de hacerlo y deliberadamente no lo hace. Por ello, BLANCO CORDERO señala que "... quizás con carácter general podría ser conveniente introducir una referencia que ofreciera seguridad jurídica, en el sentido de que los supuestos de ignorancia deliberada sean castigados como dolosos"<sup>(106)</sup>. Más aún, a nivel de la normativa internacional el Reglamento Modelo de CICAD, en su artículo 2 señala: "*Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves*"; con lo que se aprecia que, por lo menos para los delitos graves, el reproche penal por ignorancia deliberada es igual a la que corresponde al dolo, con lo que se equipara el dolo directo, el dolo eventual y la ignorancia deliberada o intencional.

Actuará en estado de ignorancia deliberada, tal como refiere RAGUÉS Y VALLÉS, "... todo aquel que pudiendo y debiendo conocer determinadas circunstancias penalmente relevantes de su conducta, toma deliberada o conscientemente la decisión de mantenerse en la ignorancia respecto de

---

(104) BLANCO CORDERO: "*El delito de blanqueo de capitales*". 2012, p. 705.

(105) Sentencia del Tribunal Supremo español. Citado en RAGUÉS Y VALLÉS: *Ob.cit.* p.28. O como se dice en la doctrina norteamericana: "*quien no quiere conocer lo que ignora, en realidad conoce aquello que cree ignorar*".

(106) BLANCO CORDERO: "*El delito de blanqueo de capitales*". 2012, p. 706. Aun cuando también sugiere la creación de una nueva categoría intermedia entre el dolo y la imprudencia, como una pena proporcionada a su gravedad.

ellas”<sup>(107)</sup>. El mismo autor define las características de la ignorancia deliberada, señalando como tales: *a) ausencia de representación suficiente; b) capacidad de obtener la información ignorada; c) deber de obtener la información ignorada; d) decisión de no conocer*<sup>(108)</sup>. En estos casos, la doctrina y cierta jurisprudencia del Tribunal Supremo Español así como la jurisprudencia Norteamericana, equiparan el reproche penal correspondiente a estas conductas al que corresponde a los supuestos dolosos<sup>(109)</sup>. En tal sentido, puede decirse que en el caso del

(107) RAGUÉS Y VALLÉS, Ramón: *Ob. Cit.* p. 158.

(108) RAGUÉS Y VALLÉS: *Ob. Cit.* pp. 156 y 157.

(109) Estos supuestos de ignorancia deliberada o de indiferencia, tal como refiere la doctrina, merecen un reproche mayor que las conductas simplemente imprudentes, equiparándose con las conductas dolosas. Por lo que resulta pertinente, en nuestro medio, investigar, desde una perspectiva de *lege ferenda*, las posibilidades de complementar los criterios de imputación penal subjetivos, puesto que éstos se muestran insuficientes, tal como lo ha constatado la doctrina. Al respecto, inclusive se sostiene que el Sistema Jurídico Norteamericano resulta superior que el europeo continental, al considerar factores de imputación subjetivos adicionales al dolo y la culpa.

En este sentido, RAGUÉS Y VALLÉS, señala: “El sujeto que realiza una conducta objetivamente típica sin representarse que concurren en ella los concretos elementos de un tipo legal, pero sospechando que está actuando de manera potencialmente lesiva para algún interés ajeno y que, pudiendo desistir de tal conducta, prefiere realizarla manteniéndose deliberada o conscientemente en una ignorancia prolongada en el tiempo como medio para obtener algún beneficio, sin asumir riesgos propios ni responsabilidad, muestra un grado de indiferencia hacia el interés lesionado no inferior al del delincuente doloso-eventual y, en términos preventivos merece la misma pena que éste”. *Ob. Cit.* p. 192.

Por ello este autor, con toda razón, agrega: “... resulta obvio que *no existe vulneración alguna de la legalidad* en la decisión de incluir los casos de ignorancia deliberada en el dolo, precisamente porque éste es un concepto cuya definición se encuentra totalmente en manos de los consensos de la ciencia penal, que puede perfilarlos según sus necesidades con el único límite de que las consecuencias sean asumibles por el propio sistema jurídico. Con todo, aun en el caso de asumirse la versión más restringida de dolo, como “engaño, fraude o simulación”, no existiría problemas insalvables para incluir en estos términos, casos como los de ignorancia deliberada, en que el sujeto construye artificiosamente su desconocimiento con el ánimo de eludir su responsabilidad”. *Ob. Cit.* pp. 195 y 196.

Al respecto, dicho autor hace referencia a planteamientos modernos respecto a los factores subjetivos de imputación penal, orientados a redefinir el concepto de dolo, dando cabida a ciertos casos de ignorancia deliberada, señalando las siguientes opciones: *a) abandonar la férrea vinculación del concepto de dolo con determinadas hechos psíquicos y tratar de reformular este concepto partiendo de expresiones de sentido de las actuaciones que se consideran dolosas; incluyendo las expresiones de hostilidad e indiferencia. b) Mantener la tradicional referencia a los hechos psíquicos en la definición general, pero dando entrada en ella a los casos de ignorancia deliberada (como una excepción).*

delito de lavado de activos, este se configura cuando se convierta, transfiera (o cuando se realizan las demás conductas típicas) a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito idóneo para producir ganancias ilegales; tal como lo establece el Reglamento Modelo sobre delitos de lavado relacionados con el tráfico ilícito de drogas, y otros delitos graves (CICAD).

Procesalmente también resulta relevante la figura de la ignorancia deliberada, pues tal como refiere BLANCO CORDERO: “La doctrina de la ignorancia deliberada exime a los Tribunales de advertir aquellos indicios que en aplicación de las reglas de la experiencia, les llevan a concluir que el sujeto es conocedor del objeto que posee. Esencialmente porque el sujeto pudo haber comprobado lo que llevaba y no lo ha hecho, por lo que no puede quedar exento de responsabilidad”<sup>(110)</sup>.

De otro lado, en el caso de la *indiferencia extrema*, desde una perspectiva de *lege lata*, no podemos asumirla como supuesto de dolo eventual o una situación con un reproche penal equivalente, puesto que se trata de ignorancia configurativa de delitos imprudentes. Y aun cuando en estos casos el reproche penal puede ser mayor al correspondiente a la simple imprudencia, y por tanto, requieran, sin lugar a dudas, de una pena mayor, estando al contenido de la norma no podemos equipararlos a los delitos dolosos, puesto que atentáramos contra el principio de legalidad. Más allá que desde una perspectiva de *lege ferenda*, se pueda tomar una opción en sentido contrario; a la vez que desde una perspectiva funcional-normativa, se pueda asumir que estos casos también serían dolosos.

---

A la vez que señala que parece imponerse la evolución hacia sistemas como el *Model Penal Code* que acoge un mayor número de modalidades de imputación subjetiva, que a su vez permiten captar adecuadamente las peculiaridades de cada caso y disponer un tratamiento más proporcionado en las consecuencias. En efecto, en *Model Penal Code* en su sección 2.02. bajo el epígrafe de “requisitos generales de culpabilidad” establece que un sujeto solo puede ser declarado culpable si actúa a *propósito* (purposefully), a *sabiendas* (knowingly), con *desconsideración* (recklessly) o *negligentemente* (negligently) respecto de los elementos materiales que configuran la infracción penal. RAGUÉS Y VALLÉS: *Ob. Cit.* pp. 205 y ss.

(110) BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 2012, p. 705.

## 2.2.2. ELEMENTO DE TENDENCIA INTERNA TRASCENDENTE

El artículo 1° (así como también los artículos 2° y 3°) del Decreto Legislativo N° 1106 establece un elemento subjetivo adicional al dolo, esto es, un elemento de tendencia o de intención, cuando estipula la fórmula: “con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”. Con lo que obviamente, más allá del conocimiento de los elementos objetivos del tipo abarcados por el dolo, se requiere que el agente del delito, realice la conducta dolosa con la *intencionalidad adicional*, de “ocultar el origen de los activos o su incautación o decomiso”<sup>(111)</sup>; o como refiere GARCÍA CAVERO, “con independencia del nivel de conocimiento, el delito de lavado de activos se configura si es que el autor realiza la conducta típica orientada a evitar la identificación del origen incautación o decomiso de los activos<sup>(112)</sup>”. En tal sentido, pueden presentarse casos en que el sujeto conozca plenamente el origen delictivo de los activos, pero si no tenía la finalidad de ocultarlos de la acción de la justicia, no se cumple con los elementos subjetivos del tipo. Este elemento de tendencia delimita las conductas que deben ser consideradas dentro del tipo penal y descarta las que se realizan sin la finalidad de ocultar los activos frente a la administración de justicia. Esta delimitación cobra mayor importancia para los casos de ocultamiento y tenencia, en que deben descartarse los actos de simple utilización, custodia o recepción, que se realizan sin ánimo de ocultamiento<sup>(113)</sup>.

(111) “... comprendemos que no es nada extraña la adición de este género de elementos en la tipicidad del lavado de capitales y, en especial, por aquéllos que están constituidos por lo que la doctrina viene denominando una “tendencia interna trascendente”, es decir por una finalidad o motivo que va más allá de la realización del hecho típico (...). Tres son las finalidades o motivos específicos que hemos podido aislar entre el material normativo con el que contamos: *el ánimo de encubrir, el ánimo de lucro y el ánimo de favorecer el desarrollo de otras actividades delictivas*”. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *Ob. Cit.* p.342.

(112) GARCÍA CAVERO: “*El delito de lavado de activos*”. p.128.

(113) En la legislación española, que no prevé claramente este elemento de tendencia interna adicional, se descartan los supuestos de simple uso o recepción a través de la teoría de adecuación social o de la aplicación de criterios de insignificancia. Al respecto, ver BLANCO CORDERO, Isidoro: “*Acciones socialmente adecuadas y delito de blanqueo de capitales*”; en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1997, pp. 263 a 291.

Este elemento subjetivo adicional, si bien estuvo presente en el texto original de la Ley N° 27765, a través del Decreto Legislativo N° 986 fue eliminado, habiéndose configurado en esta última norma un tipo penal que exigía que la intención del agente debía concretarse en un resultado que constituya realmente una forma de ocultamiento o de evitación del decomiso o incautación, con lo que obviamente se dificultaba la configuración de este delito. Ante estas dificultades, en la nueva normatividad (D. Leg. N° 1106) nuevamente se ha considerado a esta intencionalidad solo como un elemento de tendencia o intención y no como la exigencia de un resultado. Con ello, actualmente se considera a la intención del agente de dificultar la identificación del origen de los activos o de evitar su incautación y decomiso, como un elemento subjetivo de *tendencia interna trascendente*. En tal sentido, a la fecha, para la configuración del delito no es necesario que la intencionalidad de ocultar los activos, se materialice a través de una acción idónea para lograr este propósito, o que el resultado “ocultamiento” tenga que concretarse, sino que bastará con que la conducta se realice con esta finalidad, independientemente de que el agente logre o no su propósito. En la práctica esta intencionalidad debe apreciarse de la propia secuencia de los acontecimientos o de la proyección de la direccionalidad que se da a los hechos (una sucesión de hechos en determinada dirección).

Este elemento de tendencia también se considera en la legislación española, como refiere BLANCO CORDERO: “... en España es precisa la intención (...). Por tanto, quien vende y recibe dinero de un traficante de drogas, pese a que conozca su origen delictivo, sino actúa con la intención de ocultar o encubrir el origen de tales bienes, o de ayudar al delincuente a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos, no realiza el tipo del delito de blanqueo de capitales”<sup>(114)</sup>.

Este criterio sin embargo, no es unánime en nuestro medio, así GARCÍA CAVERO sostiene que esta intencionalidad no debe identificarse como una finalidad psicológica de cada autor, sino que debe ser interpretada como la proyección de una sucesión de hechos en una determinada dirección. Que si

---

(114) BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. p. 330.

bien esta finalidad psicológica del delincuente generador de los activos contendrá el cauce que ha de seguir el proceso de reciclamiento, esta finalidad no necesariamente debe estar presente en todos los intervinientes en el eslabón de la cadena. Que se trata de una ordenación del hecho global, no de una disposición interna en cada acto del proceso del lavado. Por lo que concluye que la intencionalidad en cuestión, no es un elemento subjetivo especial del autor del delito, sino el contexto que ordena la actuación concretamente realizada hacia un determinado fin<sup>(115)</sup>. Criterio similar esgrime SALAZAR SÁNCHEZ, quien niega la existencia de este elemento, señalando: “La tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, no contempla elemento subjetivo del injusto alguno. Es indiferente si la conducta del agente estuvo precedida o no de una finalidad especial. Es decir, no es relevante a efectos de la configuración de la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos que el móvil psicológico del sujeto activo haya estado orientado al dificultamiento de la identificación de tales dineros, ganancias o bienes. Es suficiente que el agente haya conocido que su comportamiento estaba creando riesgos no permitidos en el sentido de los tipos penales de lavado de activos”<sup>(116)</sup>.

Respecto a las aseveraciones de GARCÍA CAVERO, es de señalar que estas tendrían sentido en una concepción funcional - sistémica del delito, la que considera como aspecto subjetivo del delito, no a aquello que pertenece al fuero interno o psíquico del sujeto, sino a la valoración de la conducta de un individuo en particular o en concreto y la apreciación individual del cumplimiento de sus expectativas, mientras que se consideran como aspecto objetivo a las expectativas sociales, sin interesar la identificación del sujeto que realiza la acción. En otras palabras “mientras lo objetivo será el estudio de la conducta del hombre en cuanto ser social, lo subjetivo hará referencia al análisis del comportamiento del hombre en cuanto individuo”<sup>(117)</sup>; pero como ya lo hemos adelantado desde la perspectiva mayoritaria del Derecho penal (que es la que asumimos) se considera “objetivo” a todo aquello que se encuentra fuera

(115) GARCÍA CAVERO: “*El delito de lavado de activos*”. p. 127.

(116) *Ob. Cit.* pp. 354 y 355.

(117) REYES ALVARADO, Yesid: “*El concepto de imputación objetiva*”. En *Derecho Penal contemporáneo. Revista internacional*. N° 1, Legis, Bogotá, diciembre 2002, p. 31;

del ámbito interno (psíquico o mental) de la persona, y que tiene existencia autónoma de la mente humana; en cambio lo “subjetivo” es aquello que pertenece al fuero interno o psíquico del sujeto. Desde esta última perspectiva, no resultaría de recibo las ideas de este destacado autor nacional; pues, el contexto que orienta la actuación concretamente realizada hacia un determinado fin, constituye precisamente una intencionalidad de carácter subjetivo, que si bien su existencia se debe determinar a partir de datos objetivos, ello no cambia su naturaleza.

Respecto a la postura de SALAZAR SÁNCHEZ, en cuanto señala que es indiferente si la conducta del agente estuvo precedida o no de una finalidad especial, creemos que este análisis no agota la configuración del tipo penal, el que expresamente se refiere a la intencionalidad con la que debe actuar el agente del delito, intencionalidad que, como lo señala GARCÍA CAVERO, opera con independencia del nivel de conocimiento (del origen de los activos).

### 2.2.3. ERROR DE TIPO

Pueden presentarse casos en que el sujeto actúe desconociendo alguno de los elementos objetivos del tipo, como la naturaleza de la operación que realiza, el origen de los activos, etc.; en estos casos estaremos frente al *error de tipo*. Si el agente desconoce que los bienes que convierte o transfiere tienen procedencia ilícita, no podrá responder por ninguna modalidad de lavado de activos. Si el sujeto cree que el lavado de activos que viene realizando tiene su origen en ilícitos civiles, administrativos o, incluso, en delitos excluidos por el tipo penal (artículo 10° de la Ley), igualmente, habrá incurrido en un error de tipo<sup>(118)</sup>; dado que uno de los elementos del tipo objetivo del lavado de dinero es que los bienes procedan de una actividad criminal constituida por los delitos indicados, de faltar este conocimiento –ya sea por un error vencible o invencible– estaremos frente a un supuesto de atipicidad, por no reunir la conducta, los elementos subjetivos del tipo penal.

Obviamente, debemos entender por error de tipo a toda representación falsa (déficit de conocimiento) o falta de representación (ignorancia) respecto

---

(118) VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Ob. Cit.* p. 130, refiriéndose a la legislación española anterior.

de los elementos que constituyen la faz objetiva del tipo delictivo. Por esta razón, el error de tipo puede recaer tanto respecto de los elementos descriptivos como normativos del tipo objetivo

#### 2.2.4. LA CULPA O IMPRUDENCIA

En la norma peruana de lavado de activos, no se han previsto supuestos culposos o imprudentes, habiéndose considerado el dolo como única modalidad comisiva. En este sentido, los comportamientos imprudentes, por más graves que sean, o por más que puedan cumplir con el merecimiento y necesidad de pena, no son punibles. De tal forma que si, por ejemplo, alguien facilita, sin quererlo, una operación de conversión o transferencia infringiendo el deber objetivo de cuidado propio de su ámbito de organización o del sector de la vida social al que pertenece, pero no actúa con intención o plena conciencia de ello, no realizará la conducta típica de lavado de activos. En esto se distingue la legislación peruana de otras legislaciones, como la alemana, la española o la Argentina, en las que se castiga la forma imprudente de lavado de dinero.

Sin embargo, los instrumentos internacionales, recomiendan la criminalización de los comportamientos imprudentes (culposos), pero dejan a cada uno de los estados decidir si asumen este criterio o no, de conformidad con las conveniencias o inconveniencias propias de cada ordenamiento jurídico interno. También la doctrina extranjera, tomando las tendencias de los convenios internacionales y las diversas legislaciones nacionales, considera las formas culposas del delito de lavado de activos<sup>(119)</sup>. En cuanto al Derecho peruano, tal como señala PRADO SALDARRIAGA, la ausencia del tipo penal de lavado de activos culposo parece, de momento, sensata y prudente; pues, nuestra realidad socioeconómica se sustenta aún en altas cuotas de informalidad y prácticas paralelas por parte de grandes sectores de la población nacional; por lo que la criminalización culposa de actos de conversión, transferencia y tenencia de activos de origen ilícito puede promover efectos perversos no del

---

(119) Al respecto ver GARCÍA CAVERO: *"Derecho penal. Parte especial"* p. 510, cita N° 172.

La legislación española considera el supuesto culposo en el artículo 301.3 de su Código Penal en el que se establece: *"si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo"*.

todo compatibles con los objetivos y políticas de prevención de esta clase de delitos<sup>(120)</sup>.

En términos de la ley anterior (Ley N° 27765) podía sostenerse que cuando la ley hacía referencia al supuesto “*puede presumir*” el origen ilícito del dinero, bienes, efectos o ganancias, no se descartaba la posibilidad de un supuesto culposo o imprudente. Puesto que en tal caso, podía sostenerse que si el agente, aun pudiendo presumir, no lo hacía, precisamente, por su actuar imprudente, y a consecuencia de ello se realizaba la conducta propia del lavado, esta configuraría el delito imprudente. Como sabemos esta fórmula ha sido sustituida en la nueva ley de lavado de activos, D. Leg. N° 1106, por la cláusula “*debía presumir*”<sup>(121)</sup>, la misma que resulta igual a la terminología utilizada en los artículos 243° del Código Penal de 1924 y 194° del Código Penal de 1991, relativos al delito de receptación, cuya exégesis doctrinaria y jurisprudencial, en ningún momento ha sostenido que esta fórmula pudiese comprender un supuesto imprudente del delito de receptación. En este sentido, por tradición interpretativa doctrinaria, legislativa y jurisprudencial no se puede asumir la presencia de un supuesto imprudente de lavado de activos a partir de la fórmula asumida por nuestra legislación en materia de lavado de activos. Además de que por mandato expreso del artículo 12° del Código Penal, cuando el legislador va a considerar el supuesto imprudente, debe recurrir a una fórmula expresa. En este orden de ideas, si el legislador hubiera querido introducir el supuesto culposo, lo hubiese referido de forma expresa, y no recurriendo a la fórmula “*debía presumir*”, que como se ha venido interpretando, solo hace referencia al dolo eventual. Pues, tal como ya lo hemos adelantado, la cláusula “*debía presumir*” limita el tipo penal a supuestos en que el agente que debía presumir, realmente presume y actúa bajo tal presunción y convencimiento, buscando ocultar el origen de los bienes o evitar su decomiso; y claro, si el agente debió presumir el origen ilícito, pero por imprudencia o ligereza realmente no lo hace, será imposible que pueda actuar con la finalidad de ocultar el origen o

---

(120) PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de activos*”. p. 307.

(121) Al respecto ver CARIO CORIA, Dino Carlos: “*Sobre el tipo básico de lavado de activos*”. p.220.

de evitar el decomiso de los activos como lo exige el tipo penal, pues no sabría qué origen se pretende ocultar o qué decomiso o incautación podría evitar<sup>(122)</sup>.

Consecuentemente, debemos reiterar que si bien la cláusula “debía presumir”, literalmente podría dar cabida al supuesto imprudente como los casos en que el sujeto estaba en la posición de presumir el origen delictivo de los activos, pero por ligereza o imprudencia no llega a presumir tal origen, y por ello se podría sostener que a través de esta cláusula se ha establecido el tipo penal de lavado de activos *culposo* (imprudente) en nuestro sistema penal; sin embargo, como ya lo indicamos, no podemos agotar la interpretación de la norma en el análisis estrictamente literal, dejando de lado la finalidad político criminal y la funcionalidad del tipo penal así como los criterios de proporcionalidad en la determinación de las penas conminadas en los tipos penales; lo que nos lleva indefectiblemente a no dar el mismo tratamiento a supuestos dolosos que a los culposos. En el presente caso, si aceptásemos los tipos dolosos y culposos a partir de la cláusula “debía presumir”, estaríamos dando el mismo tratamiento a los supuestos dolosos que a los culposos, lo cual no es de recibo en nuestro sistema jurídico; pues, en nuestro medio se da gran relevancia a los elementos subjetivos del tipo, y claro, los supuestos dolosos se sancionan con penas mucho más severas que los culposos; como puede verse en la propia ley de lavado de activos en la que se diferencia totalmente el tipo penal doloso de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, del tipo culposo.

Más aún, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116, asume con toda claridad que nuestro sistema no admite el delito de lavado de activos culposo y descarta las posiciones que consideran que sí estarían previstos. Y si bien esta conclusión de la Corte Suprema se realizó con anterioridad a la vigencia de la presente ley, que ha cambiado la cláusula “puede presumir” por “debía presumir”, estando a la tradición legislativa y jurisprudencial, a

---

(122) Claro que en una perspectiva funcional sistémica como la sostenida por García Caveró, en la que descarta los elementos subjetivos de intención y aprecia lo subjetivo, no como un componente del mundo interno del sujeto, sino como datos objetivos en torno a la persona del agente, no podría sostenerse el presente razonamiento

la que hemos hecho referencia, esta nueva redacción más bien abonaría al descarte del tipo culposo.

Debemos precisar no obstante, que existen autores como GARCÍA CAVERO y SALAZAR SÁNCHEZ, que consideran que en nuestro medio está legislado el tipo culposo, criterio con el cual discrepamos respetuosamente<sup>(123)</sup>.

De otro lado, debemos reiterar que los mismos convenios internacionales, en algunos casos recomiendan la tipificación del delito de lavado de activos culposo y en otros casos no; así, el Reglamento Modelo de la CICAD recomienda comprender a los supuestos imprudentes; sin embargo, tal como refiere AMBOS: “Desde el punto de vista subjetivo, la posibilidad de lavado imprudente de dinero está contemplada, pero solo en el plano regional, en la Convención europea de 1990 (art.6 [3] [a]); en el plano internacional-universal, se exige el conocimiento referido al origen ilegal, a saber, en la Convención de Viena (art. 3 [1] [b] y [c]), la Directiva europea sobre lavado de dinero 91/308, de 10 de junio de 1991, así como en la recientemente aprobada Convención de las Naciones Unidas contra el Crimen Transnacional Organizado (*“UN-Convention against Transnational Organized Crime”*) de 15 de diciembre de 2000”<sup>(124)</sup>.

También en las legislaciones que comprenden el supuesto imprudente se establecen límites al tipo, así, se sostiene que solamente cabrá imputar un

---

(123) Al respecto, GARCÍA CAVERO señala: “En cuanto al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, el tipo penal exige un nivel de conocimiento doloso (“conoce”) e incluso culposo (“puede presumir”); *“El delito de lavado de activos”*. p. 128.

Además, este autor considera que “... el actual tenor de las distintas modalidades del delito de lavado de activos sí autoriza ahora el castigo de los casos de culpa grave” (p. 125); conclusión a la cual arriba al tomar en cuenta un párrafo del Acuerdo Plenario N° 3-2010, en el que se señala que el Reglamento Modelo de la CICAD - OEA se refiere a la tipicidad culposa con el uso de la expresión “*debiendo saber*”, que el mismo Reglamento lo interpreta como culpa; y al parecer este autor identifica como iguales a las cláusulas “*debía presumir*” de la ley de lavado de activos con “*debiendo saber*” del Reglamento Modelo, a partir de lo cual se decanta por la existencia del tipo culposo. Sin embargo, a nuestro juicio estas son cláusulas totalmente distintas y no se puede sacar conclusiones respecto a una a partir de la otra.

(124) AMBOS, Kai: *Ob. Cit.* pp. 64 y 65.

delito de blanqueo imprudente a aquellos que, estando jurídicamente obligados, infrinjan sus específicos deberes de diligencia. Ello ocurrirá básicamente, respecto de los sujetos que desarrollan sus actividades en el sector financiero y otros sectores económicos vulnerables, pues, es a ellos a quienes la normativa administrativa relativa al blanqueo de capitales les impone unas concretas obligaciones<sup>(125)</sup>. Estos casos sin embargo, en nuestro medio no están considerados propiamente como casos de lavado de activos, sino como tipos complementarios con los cuales se refuerza la lucha contra el lavado de activos, los mismos cuya acción penal se configura a través de la omisión de información a las autoridades competentes.

Entre los cuestionamientos al delito de lavado de activos imprudente se aduce que este desbordaría los principios limitadores del *ius puniendi* y el principio de proporcionalidad; asimismo, que es contrario al sistema que protege el interés del tráfico económico; que infringe el principio de determinación (puesto que se sancionan solo supuestos de culpa grave y esta no se puede diferenciar de los supuestos leves o no graves, o de los supuestos de temeridad, previstos en la legislación alemana); que los actos de lavado son muy difíciles de percibir exteriormente y por ello no resulta fácil advertirlo para el sujeto activo del presunto lavado imprudente; otra crítica fuerte es que se ha formulado el tipo de lavado imprudente para facilitar la prueba del dolo ante las dificultades existentes (como expresamente se ha señalado en Alemania), lo cual significa que se busca solucionar problemas procesales a través del derecho sustantivo, lo que no resulta correcto; por ello, se dice que se trata propiamente de un tipo penal de sospecha, que a la vez afecta el derecho a la presunción de inocencia. Finalmente, se aduce que el blanqueo imprudente lleva a distorsiones de aplicación práctica, puesto que ante el fracaso en la investigación y procesamiento de los agentes dolosos, se busca obtener resultados mediante la persecución penal a los empleados de la banca<sup>(126)</sup>.

---

(125) BLANCO CORDERO: "El delito de blanqueo de capitales". 3ª Edición, 2012, p. 734.

(126) Al respecto, ver amplio desarrollo en BLANCO CORDERO: "El delito de blanqueo de capitales". 3ª Edición, 2012, pp. 733 a 742.

## A) LA IGNORANCIA DELIBERADA Y LA INDIFERENCIA EXTREMA COMO ELEMENTOS DEL TIPO IMPRUDENTE

Finalmente, es de precisar, que si bien se descartan los casos de *ignorancia deliberada* como supuestos imprudentes o culposos, por constituir tipos dolosos (dolo eventual) o de igual reproche penal que estos, los supuestos de *indiferencia extrema*, desde una perspectiva de *lege lata* o normativa, constituyen supuestos culposos. Aun cuando desde una perspectiva de *lege ferenda* puede optarse por una solución distinta. En tal sentido, en nuestro medio los casos de indiferencia extrema no resultan típicos, puesto que no tenemos imprudentes.

### 2.3. ANTIJURICIDAD

Sabido es que, si el análisis de la conducta supera el nivel de la tipicidad penal, se tiene todos los elementos para presumir que la conducta típica es, además, antijurídica. Sin embargo, para asegurarse de la antijuricidad, es necesario descartar la concurrencia de cualquier causal de justificación. En el delito que nos ocupa, en la doctrina se sostiene que pueden presentarse dos supuestos o causas de justificación; el primero referido al *estado de necesidad justificante*, entre los que se consideran la *intervención en una operación de blanqueo para facilitar su detección y el derecho a la asistencia jurídica*, incluyendo en la primera a los casos de agente encubierto y entrega vigilada; y en la segunda a la participación de profesionales, prestando asesoramiento técnico o patrocinio para el derecho de defensa<sup>(127)</sup>. Al respecto sin embargo, es de apreciarse que (por lo menos conforme a nuestra legislación) estas conductas no son típicas; en el primer caso (agente encubierto o entrega vigilada) porque no se cumple con la finalidad adicional al dolo configurada por la intención del agente de ocultar el origen de los activos o de evitar su incautación o decomiso, pues en este caso, el agente actúa precisamente con la finalidad de poner al descubierto el delito y no con fines de ocultamiento o de evitación del decomiso o incautación. Asimismo, en el segundo caso (defensa del letrado) tampoco resultan típicas estas conductas, puesto que,

---

(127) BLANCO CORDERO, Isidoro: *Ob. Cit.* p. 61 y ss.

igualmente, no tienen como fin ocultar los activos o evitar su decomiso; salvo los supuestos en que se trata de una actuación eminentemente dolosa que ya no está comprendida en la defensa jurídico-técnica.

Finalmente, en cuanto al supuesto *cumplimiento de un deber en los casos de secreto bancario*<sup>(128)</sup>, es de apreciarse que no se trata de supuestos que puedan justificar las conductas típicas, puesto que la propia normativa nacional e internacional (los convenios) como por ejemplo nuestra Ley o el Reglamento Modelo de CIDAD, consideran que las reglas del secreto bancario no serán óbice para el cumplimiento de sus obligaciones por parte de las entidades obligadas.

#### 2.4. CULPABILIDAD. ERROR DE PROHIBICIÓN

A este nivel, es posible hablar del error de prohibición, cuando por ejemplo el sujeto activo pese a conocer la naturaleza del hecho y actuar con la voluntad de encubrir u ocultar el origen o evitar el decomiso o incautación de los activos ilícitos, cree que su conducta no está prohibida, por considerar que actúa premunido de *exención de pena*, por mantener con el agente del delito previo, relaciones tan estrechas como para excusar su conducta; esto es, cree que actúa al amparo de la *excusa absolutoria* prevista en el artículo 406° del Código Penal. Igualmente, si el agente que realiza el ocultamiento de los activos a través de actos de conversión o transferencia es el propio agente del delito previo, y considera que está realizando un acto copenado o impune propio del agotamiento del primer delito; esto último, al haberse establecido que también los agentes de los delitos previos, pueden cometer el delito de lavado en concurso con el delito que originó los activos ilícitos. En estos caso, puede presentarse el error de prohibición y por tanto se puede negar la culpabilidad; no obstante, no existe problema alguno para que pueda realizarse el decomiso de los activos, a la vez que el agente, si bien puede quedar exento de responsabilidad penal (el error es invencible) puede quedar sujeto a otros tipos de responsabilidad (civil o administrativa).

---

(128) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *Ob. Cit.* pp. 252 a 263.

## 2.5. TENTATIVA Y CONSUMACIÓN

La tentativa se configurará cuando los actos dirigidos a la conversión no han alcanzado el objetivo, ya sea de fingir la licitud o de transformar materialmente el bien<sup>(129)</sup>, v. gr. se detiene a la persona cuando pretendía cambiar dinero proveniente del tráfico de drogas por títulos al portador o pagarés.

En principio, es de tenerse en cuenta que la mayoría de los documentos y convenios internacionales como la Convención de Viena, el Reglamento Modelo de la CICAD, etc., recomiendan la punición de la tentativa de los delitos de lavado de activos. Sin embargo, como refiere BLANCO CORDERO<sup>(130)</sup>, ello dependerá de la descripción de las conductas típicas del ordenamiento jurídico de cada Estado en particular; aun cuando en la práctica resulta difícil diferenciar cuándo nos podemos encontrar ante verdaderos casos de tentativa, tal como se establece en la doctrina. En nuestro medio, en el caso de las conductas de *conversión y transferencia*, por sí mismas configuran tentativas de ocultación y encubrimiento de los activos; pero, inclusive en estos casos, es posible la tentativa; por ejemplo, cuando el propio agente del delito previo trata de realizar una conversión o transferencia a través del sistema bancario, y no lo logra precisamente porque el funcionario del banco comunica a la autoridad competente o rechaza la operación. En este caso no se habrá consumado la conversión o la transferencia ni se habrá concretado la dificultad de la identificación del origen de los activos, su incautación o decomiso; sin embargo, al haber sido intentada la comisión del delito, se responsabilizará al agente por el delito de lavado de activos en grado de tentativa<sup>(131)</sup>. En cambio resultará más difícil que, en los casos de ocultación

---

(129) Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana: *Ob. Cit.*, p. 181. Acepta también la tentativa, SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos, en *Compendio de Derecho penal*, Vol. II, p. 567; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty: *Ob. Cit.* p. 137.

(130) "Programa de capacitación. Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales". p. 42.

(131) En este caso, tal como hemos señalado en páginas anteriores, el agente del delito previo solo puede ser agente del delito de lavado de activos en los casos de conversión y transferencia y algunos casos excepcionales de ocultamiento y tenencia (cuando realiza algunos actos de disposición con la participación de terceros y con ello aleja del delito previo a los activos ilícitos), pero en general no resulta a la vez, autor del delito de lavado de activos; en tal sentido, si se trata de un agente del delito previo que realiza las acciones de conversión y transferencia y el delito de lavado de activos queda en grado de tentativa, responderá por lavado en grado

y tenencia previstos por la Ley, se pueda dar la tentativa, porque en estos la sola tenencia o recepción ya configuran delitos consumados. Sin embargo, pudiera presentarse algún caso de tentativa, en los supuestos de *adquisición* (que implica transferencia de propiedad o titularidad en general) si es que para la consumación de la transferencia de la titularidad de los bienes o activos, se requiriese más de un acto y no se llegaran a realizar todos estos.

También la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, Fj.15, admite la posibilidad de que en los delitos de lavado de activos se presenten casos de tentativa, tanto para los supuestos de ocultamiento y tenencia (art. 2° de la Ley) así como también para los casos de conversión y transferencia del artículo 1°. En los casos de tentativa, de todas maneras el agente será sancionado con una pena menor, de conformidad con el artículo 16° del Código Penal.

## 2.6. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

No existe mayor inconveniente para aceptar cualquier modalidad de autoría en la configuración del injusto típico del lavado de activos, tal como la autoría directa, la autoría mediata o la coautoría. En la *autoría directa* existe dominio de la acción que realiza por sí misma todos los elementos del tipo objetivo. En la *autoría mediata* hay un dominio de la voluntad y la utilización de una persona humana como instrumento, la cual se encuentra sometida a error o a coacción, v. gr. X aprovechándose del error de Y, que ignora que determinados bienes provienen del tráfico de drogas, le hace transformar o convertir determinados activos o derechos patrimoniales. Caso especial de autoría mediata, aplicable a las organizaciones criminales, es la llamada autoría mediata por dominio del aparato organizado de poder ideada por ROXIN,

---

de tentativa. En cambio si se trata de un tercero y la acción de conversión y transferencia quedase en grado de tentativa, de todos modos estaremos ante un supuesto de un activo que el agente mantiene en su poder y por tanta estaríamos ante su supuesto de ocultamiento y tenencia en grado consumado. Y como quiera que los supuestos de tentativa son subsidiarios de los consumados, en este caso responderá por el delito consumado y no por el delito en grado de tentativa.

que se aplica para imputar responsabilidad a título de autor mediato al jefe o dirigente que domina una organización que funciona al margen del derecho (sea que se domine totalmente la organización o solo alguna de sus esferas o niveles que funciona con cierta autonomía), en cuyos casos el autor ejecutivo no es un simple instrumento, sino también una persona responsable pero actúa condicionado por las reglas de la organización criminal de la cual forma parte, y por ello se convierte en un elemento fungible de la organización, a tal punto que si no realiza la acción encomendada, siempre habrá otra persona que esté dispuesta a ejecutarla, con lo que se asegura que la orden o disposición del jefe de la organización de todos modos se ejecute<sup>(132)</sup>. Este supuesto de autoría mediata es plenamente posible en el delito de lavado de activos.

En la *coautoría* existe un dominio funcional del hecho basado en la distribución de funciones y roles y en el que cada persona realiza todos o alguno de los elementos del tipo penal; en este caso el dominio de cada interviniente se circunscribe a los actos o funciones que se le asigna en el curso de la comisión del delito. Aquí más que un dominio de la acción existe un dominio colectivo del suceso, v. gr. varias personas que, en base a un plan común, realizan determinadas acciones que en conjunto configuran el injusto penal referido al lavado de activos.

También es posible admitir cualquier forma de participación, inducción y complicidad. Hay *inducción o instigación* cuando se determina a una persona mediante influjo psíquico (empleando una variedad de medios) a realizar el injusto del lavado de activos, ya sea, por ejemplo, a través de un favor personal o a manera de un servicio profesional remunerado. Resulta decisivo aquí que un tercero genere en el autor la decisión criminal de cometer el delito, lavando

---

(132) Desde una perspectiva funcional sistémica, existen autores como GARCÍA CAVERO (*Ob. Cit.* p.131), que a pesar de que reconocen la utilidad práctica de la autoría mediata por dominio de la organización, consideran que no resulta necesario acudir a esta figura para comprender a los dirigentes de las organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos sino que basta con una comprensión normativa de la autoría en la que se pueda atribuir un hecho como autor a quien resulta competente por su realización, aunque no tome parte en su ejecución directa. En realidad este es el criterio de la teoría funcional sistémica, que como hemos señalado con anterioridad, no es asumida mayoritariamente en el Derecho penal, aun cuando muchos de sus desarrollos conceptuales se vienen aplicando en nuestro medio.

los activos al ejecutar cualquiera de los comportamientos típicos descritos en los distintos artículos previstos en la ley. Normalmente en el lavado de activos la instigación se manifiesta a través de ofertas, promesas o pagos de naturaleza económica a quien ejecuta las acciones de lavado, aunque no se descarta el empleo de otros medios.

La *complicidad* es el auxilio o ayuda que se brinda al autor para la comisión de un delito. Ella puede ser a través de la entrega de determinados medios o procedimientos (complicidad material) o a través de consejos, adiestramiento o indicaciones de cómo debe efectuar, en este caso, el lavado de activos. En la comisión de este delito, resulta decisivo reparar en la ayuda o apoyo técnico—que muchas veces se convierte en un auténtico dominio del hecho— de especialistas en economía, contabilidad, mercado de valores o profesionales del derecho, v. gr. abogados tributaristas que facilitan y hacen viable una eficaz y oportuna operación de lavado de activos<sup>(133)</sup>. En la medida que se trata de aportes esenciales sin los cuales no se hubiera realizado el delito, la calificación correcta, en la inmensa mayoría de casos, es la de complicidad necesaria. En todos los casos de complicidad, como es lógico, resulta indispensable el conocimiento de que los bienes que se convierten o transfieren tienen origen delictivo o que el cómplice debía presumir tal situación; asimismo, conocer que las personas a quienes se presta el auxilio o cooperación, están realizando las acciones propias de lavado de activos.

También los abogados, especialistas o no en cualquier rama del Derecho, cuando prestan labores de asesoría real o aparente, pueden ser considerados, según el caso, como autores o partícipes del delito de lavado de dinero<sup>(134)</sup>. Sin embargo, no se debe incurrir en el error de pensar que cualquier servicio de asesoría jurídica remunerado que se brinda a terceros que se encuentran involucrados en el delito previo (v. gr. tráfico de drogas) da lugar al delito de lavado de activos, pues un acto de la vida cotidiana que corresponde justamente a un trabajo o un servicio profesional, no puede generar

---

(133) Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana: “El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal”; p. 260 y 261.

(134) Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco: “Derecho Penal Parte Especial”; p. 524.

responsabilidad penal alguna. El abogado que recibe una suma de dinero, por ejemplo, de un traficante de drogas, en virtud a una defensa letrada que viene llevando a cabo, no está blanqueando dinero sucio, sino está cobrando por un servicio que presta; pues, en estos casos, la recepción del dinero o cualquier otro bien, no tiene como finalidad el ocultamiento, sino el pago por un servicio prestado.

Finalmente, es necesario precisar que la autoría o la participación puede darse en cualquier nivel del proceso de lavado de activos, bastando con que se realice o se contribuya a la realización de cualquiera de las conductas consideradas típicas; si la actuación del agente no se enmarcara en el contexto general de un proceso de lavado iniciado o por iniciar, tal como refiere GARCÍA CAVERO, la conducta no podrá castigarse con base en el delito de lavado de activos sino en todo caso como los tipos penales de encubrimiento<sup>(135)</sup>.

## 2.7. CONCURSO DE DELITOS Y NORMAS PENALES

Pueden presentarse casos de concursos de delitos y de normas penales, entre el *lavado de activos* y los delitos de *receptación*, *encubrimiento real*, *enriquecimiento ilícito* y *asociación ilícita para delinquir*<sup>(136)</sup>, ya que están referidos a acciones realizadas sobre bienes, activos o ganancias que provienen de delitos previos<sup>(137)</sup> (a excepción del último), por lo que en ciertos casos comparten algunos elementos típicos, a la vez que presentan estructuras típicas similares; asimismo, en otros casos presentan cierta analogía respecto a los criterios político criminales determinantes de su criminalización; igualmente, también puede entrar en concurso con *delitos contra la fe pública* y obviamente, entran en concurso con los delitos previos de los cuales provienen los activos materia del lavado. Finalmente, también pueden presentarse aparentes concursos de delitos cuando el sujeto participa en las diversas etapas del proceso de lavado

---

(135) GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 127.

(136) Además de otros tipos de concursos que pueden presentarse en los procesos en razón a la persona del imputado

(137) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *Ob. Cit.* p. 361.

de activos dando la apariencia de la realización de varios delitos configurativos de un concurso real, lo cual sin embargo, constituye un solo delito de lavado.

Entre el *lavado de activos* y la *receptación* aparentemente se presenta un *concurso ideal* de delitos, por ejemplo en los casos en que los bienes o activos materia del lavado provienen de delitos contra el patrimonio<sup>(138)</sup>; sin embargo, si se realiza una interpretación adecuada de las normas pertinentes, encontramos que no existe tal concurso, puesto que la ley de lavado de activos, excluye expresamente, del ámbito de estos delitos a la receptación (art. 10° de la Ley). Sin embargo, cuando los bienes o activos provienen de los delitos contra el patrimonio como el *robo* y la *extorsión* (así como también de los delitos de secuestro y trata de personas) estos delitos se encuentran previstos en ambas normas penales (artículos 10° y 4° de la ley de lavado de activos y el artículo 195° del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076); si ello es así, supuestamente nos encontraríamos ante un *concurso ideal de delitos* o

---

(138) Como se sabe, aun cuando las acciones típicas son similares, el lavado de activos se diferencia de la receptación fundamentalmente en los siguientes aspectos: a) en cuanto al bien jurídico, mientras en la *receptación* es el patrimonio, en el *lavado de activos*, es la libre competencia y la administración de justicia en cuanto representan y se vinculan al sistema económico nacional e internacional; b) en cuanto al objeto sobre el cual recae o se concreta la acción típica, en la *receptación* es el propio objeto del delito previo, es decir, el mismo bien sobre el cual recayó la acción causándole un perjuicio o afectando el interés de su titular (es el propio objeto robado o hurtado, etc.), mientras que en el *lavado de activos* los bienes o activos en los cuales se concreta la acción, pueden ser los efectos o ganancias del delito cualquiera sea la forma en que se hubieran convertido o transformado (no obstante, también la acción típica de lavado de activos puede concretarse o recaer sobre el propio objeto del delito previo); c) en nuestra legislación no está permitida la receptación sustitutiva (cuando el objeto del delito se convierte en otro bien) mientras que en el lavado de activos no hay problema alguno para la configuración del lavado de activos sobre bienes sustitutivos; d) en la *receptación* el agraviado será el propio agraviado del delito previo contra el patrimonio, en cambio en el *lavado de activos* el agraviado siempre será el Estado; e) en la receptación resulta relevante el ánimo de lucro del agente, mientras que en el lavado de activos este es irrelevante, por el contrario se requiere que el agente actúe con la finalidad de ocultar el origen de los activos delictivos o de evitar su decomiso o incautación; etc.

un concurso aparente de leyes<sup>(139)</sup>, sin embargo, propiamente nos encontramos ante una *antinomia legal* y no así ante un concurso ideal o ante un concurso aparente de normas, pues, una de las normas contrapuestas o en aparente concurso no está vigente, a tenor de lo dispuesto por el artículo I del Título Preliminar del Código Civil (referida a la derogación tácita), al haber sido comprendido todo su contenido en una norma posterior, la misma que le da diverso tratamiento; consecuentemente esta antinomia se resuelve aplicando el principio cronológico, en virtud al cual, en el presente caso, resulta de aplicación al artículo 195° del Código Penal modificado por la Ley N° 30076, dejando de lado a la ley de lavado de activos. Pero claro, ello sucederá siempre y cuando se trate de actos de ocultamiento y tenencia (art. 2°) y se realicen sobre los objetos del delito previo (contra el patrimonio), mas no así si se trata de actos de conversión y transferencia (art. 1°) o si la acción de lavado se realiza sobre efectos o ganancias del delito (dentro de los que se incluye los bienes sustitutos)<sup>(140)</sup>.

En cuanto al *lavado de activos y el encubrimiento real*, se aprecia que las acciones configurativas de ambos delitos, efectivamente afectan la eficacia de

---

(139) En efecto analizando la normatividad derogada, en la edición anterior de este trabajo, habíamos sostenido que se presentaba este tipo de concurso, para cuya resolución planteábamos la aplicación del principio de *especialidad*; sin embargo analizando la normatividad actual, concluimos que nos encontramos ante una *antinomia legal*, mas no así ante un concurso aparente de normas penales.

En el concurso aparente de normas penales nos encontramos ante dos normas vigentes y se trata de resolver un problema de interpretación normativa para determinar cuál de dichas normas resultan aplicables al caso; los problemas concursales en este caso se resuelven aplicando los criterios de *especialidad, consunción y subsidiariedad* (aun cuando JAKOS considera que el único criterio que debe aplicarse es el de especialidad); es este caso, si bien la norma dejada de lado no se aplica al caso concreto, ello no afecta su vigencia y su calidad de pertenencia al sistema jurídico. En cambio, la antinomia legal se produce cuando una norma legal dispone algo y otra establece lo contrario o algo distinto; en este caso las normas pueden estar vigentes o su vigencia puede ser solo aparente, y por tanto alguna de las normas puede estar derogada o puede ser excluida del sistema jurídico, precisamente por contradecir a una norma de mayor jerarquía. En estos supuestos es el propio ordenamiento jurídico que excluye a alguna de las normas para salvar la coherencia lógica del sistema jurídico; los criterios para resolver las antinomias son el principio de *jerarquía normativa*, el *criterio de especialidad*, el *criterio cronológico*, el *principio pro libertatis o pro homine* y en casos excepcionales el *criterio pro deudor*.

(140) Al respecto ver amplia información en GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos*. pp. 112 y ss.

la administración de justicia, y ambos tienen como bien jurídico protegido a la administración de justicia entre otros, por lo que en principio, ambas normas resultarían aplicables a un mismo supuesto fáctico, presentándose un aparente concurso ideal de delitos. Sin embargo, ello no es así, por el contrario, en estos casos nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes penales que se resuelve aplicando el principio de *consunción*<sup>(141)</sup>. En efecto, los actos de encubrimiento real, cuando se realizan a través del ocultamiento de efectos o ganancias o del propio objeto del delito previo, solo afectan a la administración de justicia y en base a ello se determina su valoración y reproche penal, en cambio, los supuestos de lavados de activos, además de afectar la administración de justicia, afectan al sistema económico nacional o internacional representado por la libre y leal competencia y también a la

(141) Se presenta la relación de *consunción*, cuando concurre una norma que contiene o incluye por sí sola el desvalor considerado en otra norma respecto a determinado hecho; esto es, cuando “uno de los tipos comporta una valoración tan francamente superior, que tanto el tipo como la pena de la figura más grave realizan cumplidamente la función punitiva no sólo por cuenta propia, sino por cuenta del otro tipo”; es decir, el tipo más grave consume al menos grave; o como dice BACIGALUPO (Ob. Cit. p. 421): “La relación de consunción se da cuando el contenido de un ilícito y la culpabilidad de un delito está incluido en otro (...). En otras palabras se dará una relación de consunción cuando la realización de un tipo (más grave) por lo menos, por regla general, incluye la realización de otro (menos grave)”. Se presentan relaciones de consunción, en primer lugar en el *hecho que acompaña normalmente a otro*, y en segundo lugar en *los actos posteriores impunes o copenados*. Nos encontramos en el primer caso por ejemplo, en el delito de hurto con fractura, en el mismo que se sustrae un bien mueble y a la vez se causa daños en las puertas o ventanas del domicilio del agraviado; en este caso, el tipo del hurto consume al tipo de daños que también se cometería con la fractura; por lo que la norma aplicable será únicamente la que tipifica el delito de hurto con fractura (hurto agravado), mas no así la que prevé el tipo de daños. Y nos encontramos ante actos copenados, por ejemplo cuando se comete un acto que realiza un tipo penal posterior a otro, pero ello se hace con la finalidad de aprovechar las ventajas o beneficios del primer tipo penal, ya que si no se realizase esta segunda conducta, la primera no tendría sentido para el agente del delito. En este caso, el desvalor del segundo hecho ya está contenido y consumido por el tipo y la pena del primero; este sería el caso por ejemplo de los supuestos de agotamiento del delito, pero también podría tratarse de un supuesto anterior al delito, como el caso en que se anticipe la pena para considerar como delitos consumados a determinados actos preparatorios dentro del *iter criminis* de determinado delito, en cuyo caso, la norma que sanciona los actos preparatorios será desplazada por el norma que sanciona al hecho consumado en su integridad. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “*Delito de Enriquecimiento Ilícito*”. Idemsa, Lima, 2001, p. 194 y ss.

En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA CAVERO, con citas de ARÁNGUEZ SÁNCHEZ y DEL CARIPÍO DELGADO. Ob. Cit. p. 515.

administración de justicia; en este caso la última norma contiene o incluye por sí sola el desvalor considerado en la norma del encubrimiento y comporta una valoración francamente superior, tanto respecto al tipo como a la pena. Consecuentemente, será la norma correspondiente al lavado de activos la que se aplique, excluyendo a la referida al encubrimiento real<sup>(142)</sup>; ello sin embargo, siempre que se trate de activos de un valor significativo, en los que la acción, más allá del simple encubrimiento, busca evitar su decomiso o incautación, además de ocultar el origen de los activos.

Respecto al *lavado de activos* y el delito de *enriquecimiento ilícito*, se pueden presentar casos de concursos de delitos. En efecto, el tipo penal de *enriquecimiento ilícito* (artículo 401° del Código Penal) se configura con el incremento patrimonial ilícito realizado por el funcionario o servidor público abusando de su cargo. En el contenido del tipo se comprende como acciones configurativas de enriquecimiento ilícito a todos los supuestos con los cuales se puede incrementar el patrimonio personal o familiar del funcionario o servidor público; esto es, se comprende a las acciones de *convertir, transferir* (a su favor), *adquirir* (por compraventa, por donación, por permuta, por adjudicación, etc.) o *recibir* los bienes o activos materia del incremento patrimonial<sup>(143)</sup>. Pero, precisamente, todas estas formas de incremento patrimonial configurativas de enriquecimiento ilícito pueden constituir además, acciones comprendidas en el delito de lavado de activos, conforme a los artículos 1° y 2°, concordantes con el artículo 4° de la Ley de lavado de activos. Entonces, surgen problemas interpretativos para determinar cuál es la norma aplicable a los casos concretos (*concurso aparente de normas penales*) así como para determinar si estamos o no ante un *concurso de delitos*.

---

(142) En este caso, PALMA HERRERA, José Manuel: *“Los Delitos de Blanqueo de Capitales”*. Madrid, 2000, p. 697; refiere que el desvalor del lavado de activos consume al de la receptación en los casos en los que las conductas son coincidentes. (cita de BLANCO CORDERO.: *Ob. Cit.* p. 72). Claro que en este caso se refiere a la receptación, lo que en nuestro caso no se produciría, por tratarse de objetos del delito distintos.

(143) Debe precisarse que son estas las únicas formas idóneas con las que se puede incrementar el patrimonio, aún cuando existen otras formas como la adquisición *mortis causa*, las mismas que no pueden configurar incrementos ilícitos a los que se refiere el tipo penal y tampoco configuran supuestos de lavado de activos.

Al respecto es de precisar que la acción de enriquecimiento ilícito se realiza sobre bienes o activos que no tienen origen delictivo, es decir, no tienen como fuente un delito o una actividad criminal previa, y por ello de ningún modo pueden configurar delito de lavado de activos. Recién con el incremento patrimonial ilícito del funcionario o servidor público se ingresa en la esfera de ilicitud y los bienes materia del incremento se convierten en efectos del delito de enriquecimiento ilícito; por lo que, si sobre los bienes o activos materia del enriquecimiento, con posterioridad al incremento patrimonial ilícito, se realizan las acciones de *convertir, transferir, adquirir o recibir*, estas configuran delito de lavado de activos. Pues, las acciones de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia se realizarían sobre los efectos del delito de enriquecimiento ilícito (activos materia del incremento patrimonial ilícito). Como puede apreciarse claramente, en estos casos estamos ante más de una acción delictiva configurativa de un *concurso real de delitos*, y por tanto resultará de aplicación la sumatoria de penas.

Hay que diferenciar sin embargo, si las acciones de lavado (posteriores a las del inicial incremento patrimonial ilícito) las realiza el propio agente del enriquecimiento o un tercero; asimismo, si se trata de acciones de conversión y transferencia o de simples acciones de ocultamiento y tenencia (supuestos de agotamiento del delito previo). Pues, si se tratase del propio agente del enriquecimiento y de las acciones de conversión y transferencia estaremos ante un *concurso real* de delitos, pero si se tratase de acciones de ocultamiento y tenencia realizadas por el propio agente del enriquecimiento no cometerá nuevo delito (lavado de activos), tal como lo hemos desarrollado al tratar los sujetos del delito; obviamente, si fueran terceros los que realizan las acciones de ocultamiento y tenencia, estaremos ante el delito de lavado de activos, pero en este caso no habrá concurso real, puesto que el tercero no participó en el delito previo.

De otro lado, debemos diferenciar si se trata de la participación de un funcionario o simplemente de un servidor público, puesto que de tratarse de un funcionario estaremos ante un concurso real entre el delito de enriquecimiento ilícito y el tipo penal previsto en el artículo 4° del D. Leg. N° 1106 y si se tratara de un servidor, ante un concurso con el tipo penal previsto en los artículos 1° y 2° de dicho D. Leg.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el delito de *enriquecimiento ilícito* se consuma con la sola realización de la acción que incrementa el patrimonio, pues, todas las acciones posteriores a esta resultan irrelevantes a efectos de la configuración o calificación de este delito; asimismo, tampoco se requiere de una intencionalidad adicional, más allá de la de asumir la titularidad de los bienes con los cuales se incrementa el patrimonio. En cambio, las acciones de *lavado de activos* se realizan como parte de un proceso de ocultamiento o encubrimiento de activos que provienen de delitos previos<sup>(144)</sup> con la finalidad (intencionalidad) adicional de ocultar el origen de los activos o evitar su decomiso o incautación; en este caso, es irrelevante que el agente del delito asuma alguna titularidad sobre los activos, pues, es suficiente con que realice la acción típica con la intención adicional; y claro, puede tratarse de una secuencia de acciones configurativas de un delito continuado o de una acción permanente que le imprime tal calidad al delito cometido, pero también puede tratarse de una sola acción instantánea realizada para ocultar los bienes de origen delictivo<sup>(145)</sup>.

---

(144) Solo excepcionalmente la acción típica de lavado puede realizarse a través de un único acto que se considera suficiente para la realización del ocultamiento o evitación del decomiso; o claro, si se descubriese la acción delictiva realizada dentro del proceso de blanqueo, y por ello ya no continúa o concluye dicho proceso, esta sola acción será suficiente para configurar el delito.

(145) De otro lado, en cuanto al *enriquecimiento ilícito*, si se tratara de un funcionario o servidor público y la acción de enriquecimiento significa simultáneamente una apropiación de dinero y un incremento patrimonial del agente (personalmente o mediando un testaferro), por ejemplo, cuando la apropiación se hace a través de una transferencia de una cuenta de la entidad pública manejada por el funcionario o servidor público a la cuenta del agente o de un testaferro, esta acción configura el tipo penal de peculado y el de enriquecimiento ilícito, pues la misma acción realiza ambos tipos penales; en tal caso, estaremos ante un *concurso ideal de delitos* que se resuelve aplicando el artículo 48° del Código Penal, esto es, aplicando hasta el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso se supere los 35 años. Pero como quiera que ambos delitos (peculado y enriquecimiento ilícito) presentan agravantes, la pena a aplicarse dependerá de la presencia o ausencia de dichas agravantes; así, si se tratara de un funcionario público con prerrogativa de antejuicio (o también de un funcionario público que ha ocupado u ocupa cargos de la alta dirección en las entidades, organismos o empresas del Estado) se aplicará la pena correspondiente al *enriquecimiento ilícito agravado*, esto es, una pena privativa de libertad de hasta 15 años, la misma que puede extenderse hasta un cuarto más de este extremo, es decir hasta 18 años y 9 meses. Si no se tratara de altos funcionarios pero se comprometiera caudales o efectos destinados a fines asistenciales o programas de apoyo social, se aplicará la pena correspondiente al peculado agravado, esto es, una pena privativa de libertad hasta de 12 años, la misma que puede extenderse hasta 15 años. Y si se tratara de los supuestos básicos de ambos delitos, se aplicará la pena correspondiente al delito de enriquecimiento ilícito, esto es, una pena privativa de libertad de hasta 10 años, la que puede extenderse hasta 12 años y 6 meses.

Finalmente, para concluir este punto, es necesario precisar que debe quedar claro que el concurso real de delitos puede presentarse entre el delito de lavado de activos y los delitos previos, siempre que sea posible investigar este último delito porque aún es posible acreditarlo o porque aun no ha prescrito<sup>(146)</sup>.

Igualmente, puede presentarse *concurso aparente de normas penales*, entre el delito de *lavado de activos y el delito de asociación ilícita para delinquir*, en los supuestos agravados previstos en el numeral 2 del artículo 4° de la Ley de Lavado de Activos, en el que se ha previsto la agravante por cometerse el delito de lavado integrando una organización criminal. En este caso estamos ante un concurso aparente de normas penales que se resuelve aplicando el principio de *consumción*, puesto que la norma de lavado de activos consume al delito de asociación ilícita, ya que este último es considerado como circunstancia agravante del primero; consecuentemente, se aplicará únicamente la norma correspondiente al lavado de activos agravado, que abarca el reproche penal previsto para ambos delitos.

En cuanto al *lavado de activos y los delitos contra la fe pública*, es posible el *concurso ideal de delitos*; por ejemplo, cuando para realizar la acción de inversión o transferencia o las demás conductas de posesión y tenencia, el agente se vale de la elaboración de un documento falso, o falsifica uno verdadero, o utiliza un documento de estas condiciones<sup>(147)</sup>.

De otro lado, debe precisarse que siempre será posible el *concurso real* de delitos entre el delito de *lavado de activos y los delitos precedentes*, sobre

---

(146) Como se sabe, para la configuración del delito de lavado de activos, no es necesario que el delito previo se investigue, procese o sancione, ya que este no es un elemento objetivo del tipo, como erradamente se ha sostenido.

(147) DEL CARPIO DELGADO, sostiene al respecto que puede darse casos de concurso ideal, pero también concurso real, en el primer caso, cuando la falsificación es para ocultar al verdadero propietario de los derechos sobre los bienes, y el segundo, cuando la falsificación solo sirve para asegurar la ocultación. *Ob. Cit.* p. 373 y 374. Sin embargo, al igual que BLANCO CORDERO, creemos que en ambos casos se trata de concurso ideal de delitos, pues si se sigue buscando ocultar el dinero, bienes, efectos o ganancias del delito, es porque aún no se ha logrado su real ocultamiento; por lo que la última conducta a la vez que falsificación, cumple con los elementos del lavado. BLANCO CORDERO, Isidoro: *Ob. Cit.* p. 74.

todo en el caso de este artículo 1º de la Ley, en que el propio agente del delito previo, puede, a su vez, ser agente del delito de lavado. En este caso, se aplicará la correspondiente sumatoria de pena conforme al artículo 50º del Código Penal, hasta duplicar el monto máximo de la pena correspondiente al delito más grave, sin que se pueda exceder los 35 años de pena privativa de libertad<sup>(148)</sup>.

---

(148) DEL CARPIO DELGADO: "*Principales aspectos ...*". p. 95

### 3. ACTOS DE OCULTAMIENTO Y TENENCIA

*Artículo 2.- Actos de ocultamiento y tenencia.*

*“El que adquiere, utiliza, guarda, administra, custodia, recibe, oculta o mantiene en su poder dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.*

En principio, es necesario precisar que la gran mayoría de ideas desarrolladas al tratar los actos de *conversión y transferencia* resultan de aplicación al presente supuesto, referido a los actos de *ocultamiento y tenencia*; por lo que, en todo caso, vamos a desarrollar en este punto solo los aspectos en que existe alguna diferencia entre ambos supuestos o cuando haya que desarrollar puntos no contenidos en el primer caso (conversión y transferencia).

Es necesario precisar que buen número de acciones de ocultamiento y tenencia están referidas a conductas de lavado realizadas fuera de las organizaciones criminales, y en gran medida constituyen las diversas acciones de posesión u ocultamiento de los propios objetos, efectos y ganancias directamente provenientes del delito previo llevadas a cabo por los propios agentes de estos delitos sin haber realizado una conversión, transferencia o disposición; aun cuando también pueden realizarse dentro de un proceso general de lavado de activos, en los que las acciones de ocultamiento y tenencia solo constituyen un eslabón en la cadena de la actividad de legitimación de las organizaciones criminales.

Estas acciones de ocultamiento y tenencia en muchos casos constituyen actos de agotamiento del delito previo, muy similar a los casos del delito de receptación; aun cuando si se realizase actos de disposición sobre los activos ilícitos con la participación de terceros y con un evidente alejamiento de los activos del delito precedente, no hay duda que nos encontraremos ante del delito de lavado de activos previsto en el artículo 2° de la Ley. Este tipo penal tiene mayor vinculación con el delito de receptación (art. 194° del C.P.), del que constituye un caso de receptación específica.

### 3.1. TIPO OBJETIVO

#### 3.1.1. SUJETOS

##### A) ACTIVO

En general, al igual que el artículo anterior, este tipo penal está formulado como un delito común que puede ser cometido por cualquier persona<sup>(149)</sup>. Igualmente, si se tratase de un funcionario público, de un agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil, cometerá el tipo agravado previsto en el artículo 4°.1 de la Ley y no el tipo básico del artículo 2°. La diferencia entre este tipo y el anterior (conversión y transferencia), está en que en el presente artículo, en todos los casos, no podrá ser sujeto activo del delito *el propio agente del delito previo*; pues en estos supuestos, si fuera el propio agente quien realiza las conductas típicas de ocultamiento y tenencia, se tratará únicamente de actos copenados o de agotamiento del delito previo<sup>(150)</sup>; salvo los casos en que el agente realiza actos de disposición con la participación de terceros y con ello aleja del delito previo a los activos sub materia, en cuyo caso serán agente de este delito los referidos terceros.

---

(149) Cfr. DEL CARPIO DELGADO, Juana: *Ob. Cit.* p. 231 y ss; MARTÍNEZ – BUJÁN PÉREZ, Carlos: *Ob. Cit.* p. 303; MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco: *Ob. Cit.* p. 386.

(150) Este mismo criterio maneja REÁTEGUI SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 201. Este autor con toda precisión señala: "... existen dos supuestos de verificación necesaria, a efectos de realizar un juicio de correspondencia típica: i) ... ii) que el autor del delito de lavado de activos no haya intervenido ni como autor ni como partícipe en el delito previo".

En este sentido, el lavado de dinero solo sería, para quien ha intervenido en el hecho previo, una consecuencia implícita de la comisión del delito anterior, pues, nadie emprende la comisión de un delito, del que espera obtener beneficios (efectos o ganancias), y una vez cometido deja de utilizar, guardar o consumir tales beneficios; al contrario, los empleará en los más diversos fines. Siendo así, no parece correcto, por ejemplo, que a un agente del delito de robo se le sancione por haber realizado el robo y a la vez por haber gastado el dinero robado adquiriendo un bien que mantiene en posesión o lo mantiene oculto; la doble sanción en este caso, claramente constituiría una infracción a la garantía *ne bis in idem*.

Es por ello que consideramos adecuado a derecho diferenciar entre las conductas de *conversión y transferencia* (que significan directamente la inserción de los activos ilícitos en el mercado, afectando a la libre competencia) de los simples actos de *tenencia, administración y ocultamiento* de los activos realizados por el propio agente del delito previo, los mismos que son simples actos de agotamiento de dicho delito y no implican propiamente una inserción mercantil o un distanciamiento de los activos del delito previo, sobre todo cuando estos se mantienen a nombre del propio agente de este delito. En tal sentido, disentimos de lo sostenido en el Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116. (06/12/2011. FV: 6 a 15), en el que se sostiene que todos los actos de agotamiento de un delito previo configuran delitos de lavado de activos<sup>(151)</sup>. Obviamente, ello no significa que estas conductas no merezcan reproche penal, sino simplemente que el mismo ya está contenido en el reproche y sanción del

(151) “12°. La doctrina clásica solía referirse al agotamiento de un hecho punible como una fase del “*iter criminis*” posterior a la consumación, pero intrascendente para la punibilidad del delito cometido por el agente. Se le calificaba como el hecho de “*obtener el injusto provecho*” que aquél se propuso. No obstante, su utilidad dogmática se presentó siempre como discutible o fue abiertamente negada (JIMÉNEZ DE ASUA: *Tratado de Derecho Penal -Tomo VII*, 2ª. Edición, Editorial Losada, Buenos Aires, 1977, p. 978 y ss.).

13°. El agotamiento del delito era entendido, pues, como alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un delito. En el ámbito de los delitos patrimoniales, de ejecución instantánea e individual, se asociaba al agotamiento con el disfrute de las ganancias ilícitamente obtenidas, incluso a través de las transformaciones de las mismas en otros bienes: compra de inmuebles, vehículos de lujo, etcétera. La posición común de los autores era que esos actos posteriores a la consumación de un hurto, robo o estafa carecían de un significado punitivo distinto al generado por el delito ya consumado.

delito previo; por lo que consideramos que resulta de aplicación el principio de *consumción*<sup>(152)</sup>, por el cual se entiende que las posteriores acciones del sujeto, de aprovecharse de los beneficios o ganancias quedan consumidas por el reproche y sanción del delito previo<sup>(153)</sup>, las cuales en todo caso, desplegarán alguna importancia en la fase de determinación de la pena correspondiente al delito previo, pero no en la configuración de un nuevo injusto penal. Sin embargo, el hecho sería distinto, si el agente realizara alguna acción de disposición a nombre de terceros o actos que signifiquen un alejamiento de los activos del delito previo, puesto que de ser así ya estaríamos ante hechos distintos al mero disfrute del producto del delito. Igualmente, si se tratara de la actuación de un tercero que actúa en calidad de autor, este responderá por el delito de lavado de activos, toda vez que su accionar ilícito no está contenido o consumido por delito previo alguno, y obviamente, queda expedito el *jus puniendi* del Estado. Si el tercero actuara solo en calidad de cómplice de una acción del agente del delito previo que propiamente no significa un acto de disposición, al no existir un autor de lavado de activos, tampoco habrá un cómplice de dicho delito;

---

14°. Sin embargo, el agotamiento deja de ser irrelevante para la dogmática moderna cuando en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas de 1998 se promueve la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero. Tal cambio de perspectiva se sustentó, fundamentalmente, en el hecho cierto de que las ganancias obtenidas ilícitamente se erigían en el capital de organizaciones delictivas, el cual debía ser incautado y, luego, decomisado como estrategia para debilitar el accionar futuro de tales estructuras criminales o impedir su reinversión en fines ilícitos.

A partir de este antecedente, todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos, (i) sea que se produzca una transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado o que se proceda simplemente a su ocultamiento o traslado físico encubierto; (ii) sea que se disfruten tales ganancias o que solamente se procure asegurar las mismas; (iii) sea que intervenga en ello el propio delincuente generador del ingreso ilegal o que este contrate a terceros para lavar tales recursos y disimular su origen delictivo.

15°. Por tanto, el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo. En tal virtud, es posible –y legalmente necesario– aplicar las medidas de coerción pertinentes a los actos de transformación que se ejecuten con los bienes provenientes de un delito consumado por el mismo agente o por terceros”.

Acuerdo Plenario N° 7-2011/CJ-116. (06/12/2011).

(152) Véase GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “*Delito de Enriquecimiento Ilícito*”. IDEMSA, Lima, 2001, p. 194.

(153) En sentido similar ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 205.

en todo caso, su conducta podrá configurar un supuesto de encubrimiento o receptación, pero no uno de lavado de activos.

De otro lado, si se tratara de un acto de ocultamiento, este de todos modos afectará a la administración de justicia, pero no en cuanto a su conexión con el sistema económico, sino en su ámbito vinculado con la investigación y procesamiento de los delitos, en cuyo caso estaremos ante meros actos de encubrimiento, que de ser realizados por el propio agente del delito previo estará amparado por el beneficio de defensa por autoencubrimiento.

La diferenciación entre actos de conversión y transferencia y los de ocultamiento y tenencia para efectos de determinar el sujeto activo del delito de lavado de activos, tal como lo venimos sosteniendo, puede discutirse, sobre todo a partir del contenido de la última parte del artículo 10° de la Ley (D. Leg. N° 1106) en cuanto dispone que: “*También podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias*”. En efecto, GARCÍA CAVERO, tomando en cuenta la citada modificación sostiene: “... los partícipes en los delitos previos pueden cometer perfectamente el delito de lavado de activos”<sup>(154)</sup>, criterio que lo considera de aplicación general, esto es, para los actos de conversión y transferencia así como también para los de ocultamiento y tenencia. Asimismo, PRADO SALDARRIAGA sostiene: “La legislación peruana no excluye, pues, que el autor del delito pueda serlo también aquel que intervino en la comisión del delito precedente, siempre que ejecute actos posteriores de movilización, transformación y ocultamiento de los activos ilícitos generados por su conducta delictiva previa. Esto último ha sido destacado con mayor claridad por el párrafo *in fine* del artículo 10°...”, agregando que los actos de autolavado también fueron precisados en el fundamento 14° del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; criterio que ha sido ratificado por la jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>(155)</sup>.

(154) GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 494.

(155) PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: “*Criminalidad organizada y lavado de activos*”. Idemsa, Lima, 2013, pp. 215 y 216; y señala la Ejecutoria suprema del 15 de enero del 2013, recaída en el Recurso de Nulidad N° 1052-2012 de la Sala Penal Transitoria.

No obstante, puede apreciarse que el criterio expresado por el profesor PRADO SALDARRIAGA, es desarrollado desde una perspectiva en la que se considera a los actos de ocultamiento y tenencia como actos que representan la fase final del proceso de lavado de activos (fase de integración), tal como se ha señalado líneas antes. Obviamente, si se tratara de supuestos de este tipo no existiría duda alguna para considerar que el agente del delito previo lo será también del delito de lavado de activos (actos de ocultamiento y tenencia); sin embargo, si así fuera este supuesto carecería de toda importancia, puesto que si el agente del delito previo ya realizó actos de conversión y transferencia sobre los activos procedentes de dicho delito, será también autor del delito de lavado de activos sin duda alguna, pero no por haber realizado actos de ocultamiento y tenencia sino por haber realizado los actos de conversión y transferencia. Y claro, no podemos sostener que estamos ante un concurso de dos tipos de delitos, uno de conversión y transferencia y otro de ocultamiento y tenencia. Inclusive en el caso que los actos de conversión y transferencia los hubiera realizado un tercero, el agente del delito previo ya será autor del delito de lavado al haber dispuesto de los activos a favor del tercero para que este realice las acciones de conversión y transferencia.

Más aún, gran parte de la doctrina y legislación comparada, también excluye de la autoría del delito de lavado de activos al propio agente del delito previo, como puede verse en la legislación argentina (artículo 278° del Código Penal). Asimismo, en el ordenamiento jurídico italiano se excluye a los agentes del delito previo como agentes del delito de lavado de activos (*riciclaggio*); lo mismo puede decirse del legislador alemán quien también excluye del lavado de activos al agente del delito previo<sup>(156)</sup>. BLANCO CORDERO también expresa idea similar cuando, refiriéndose al delito de defraudación tributaria como delito previo al lavado de activos, afirma: “La conducta de poseer bienes de origen delictivo debería desaparecer. Pero en caso de no ser así, dicha conducta debe quedar impune cuando quien la realiza es el propio defraudador fiscal, para evitar así un posible *bis in idem*. Cuestión distinta es que el defraudador realice actos dirigidos a ocultar o encubrir tales bienes, dotándoles de la apariencia de legalidad. En este caso serán claramente diferenciables tales actos

---

(156) Al respecto ver: DEL CARPIO DELGADO: “*Principales aspectos ...*”. p. 92.

estrictamente de blanqueo, de los del delito fiscal previo, y por lo tanto serán susceptibles de sanción penal por el delito de blanqueo<sup>(157)</sup>.

De otro lado, analizando el texto *in fine* del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, puede apreciarse que este no hace más que dejar en claro que, efectivamente, también los agentes del delito previo pueden ser autores del delito de lavado de activos, con lo que se descartan las opiniones en sentido contrario existentes al respecto. Sin embargo, ello no necesariamente lleva a una conclusión general aplicable también para los casos de ocultamiento y tenencia previstos en el artículo 2° de la Ley. Pues, en estos supuestos las acciones típicas no significan propiamente una incorporación de los bienes, dinero, efectos o ganancias de origen ilícito al circuito del mercado de bienes y servicios, por lo que no constituye una afectación del bien jurídico u objeto de protección de la norma penal de lavado de activos, ya que no se trata de alguna transferencia o disposición que aleje del delito a los activos ilícitos, por el contrario, los bienes o activos permanecen a nombre del mismo agente del delito previo. Como señala la doctrina "... las conductas concretamente tipificadas adquieren su sentido objetivo en la incorporación de capitales de procedencia delictiva a los círculos económicos con una apariencia de legalidad"<sup>(158)</sup>. Sin embargo, serán distintos los casos en que se realicen actos de disposición a nombre de terceros, en cuyo supuesto, la participación de estos terceros ya implica actos de tráfico o circulación de los activos en el mercado, por lo que ya se afectará al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, y por tanto, estos terceros conjuntamente con los autores del delito previo serán agentes del delito de lavado de activos (siempre que se presenten los demás presupuestos de este delito).

En conclusión, en los supuestos de ocultamiento y tenencia, hay que diferenciar los casos en que participan terceros conjuntamente con agentes del

(157) BLANCO CORDERO Isidoro: "El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. RECPC 13-01 (2011) – <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194. p. 45.

(158) GARCÍA CAVERO: "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento". En Imputación y sistema penal. Coord: Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe. Ara Editores, Lima, 2012, p. 436.

delito previo, de los casos en que las acciones típicas son realizadas únicamente por los propios agentes del delito previo (sin la participación de terceros); en el primer caso, habrá delito de lavado de activos imputable a los terceros así como al agente del delito previo, en el segundo caso no habrá delito de lavado de activos.

En este orden de ideas, tal como lo dijéramos al analizar el artículo 1° de la Ley, los autores o partícipes del delito previo podrán ser agentes del delito de lavado de activos en su modalidad de *conversión y transferencia*, mas no así en los casos de actos de *ocultamiento y tenencia*, salvo, en este último supuesto, que el agente del delito previo disponga de los activos a favor de tercero<sup>(159)</sup>.

## B) PASIVO

En cuanto al sujeto pasivo, al igual que el artículo anterior, está constituido por la sociedad, en cuanto es titular del bien jurídico afectado. Y como el Estado es el garante de la incolumidad del mismo, será este el que se considere afectado y se constituirá en sujeto procesal, de ser el caso.

### 3.1.2. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS

El artículo 2° de la Ley recoge varias acciones típicas a las que la considera configurativas del delito de lavado de activos en su modalidad de ocultamiento y tenencia. Con la ley anterior podía encuadrarse dentro del ámbito de esta norma a varias acciones que no significaban una afectación al bien jurídico, y que constituían propiamente acciones socialmente adecuadas carentes de dañosidad social; con la ley actual, estos supuestos ya no se subsumen en el tipo, porque se ha limitado las acciones penalmente relevantes a supuestos que implican ocultamiento de los bienes, generando con ello difi-

---

(159) Manejando criterios distintos DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO: también trata de limitar los casos de autolavado y plantea no considerar como agente del delito de lavado, cuando el delito previo ya supone la afectación de los intereses que se pretenden proteger en el blanqueo. "*Blanqueo de bienes*". En Enciclopedia Penal Básica. Coord. Luzón Peña, Comares, Granada, 2002, p. 200. En sentido similar DEL CARPIO DELGADO también plantea límites para casos en que el castigo por el delito previo ya se incluye el desvalor por el blanqueo. "*Principales aspectos...*". p. 95.

cultad para la identificación de su origen o evitar su incautación o su decomiso; descartándose del tipo las conductas que no tienen tal entidad.

Las conductas típicas consideradas por esta modalidad delictiva (art. 2° del D. Leg. N° 1106) deben recaer sobre el dinero, bienes, efectos o ganancias, provenientes de actividad criminal previa. Tal como refiere PRADO SALDARRIAGA, en este artículo, arrastrando un reiterado defecto de técnica legislativa que impera en el derecho extranjero, sobre todo en Latinoamérica (por influencia de las propuestas de tipificación contenidas en el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA), se utilizan varios verbos rectores, los que se han visto incrementados con la reciente modificación. Estos verbos rectores que definen las conductas típicas son:

1. “**Adquirir**”, implica recibir el bien o activo a título gratuito u oneroso a través de cualquier acto jurídico. Dicho término es equivalente a lograr la transferencia de la propiedad, y puede equipararse a comprar, permutar o recibir en donación<sup>(160)</sup>; debiendo diferenciarse, del supuesto de transferir, en cuanto este último hace referencia al que transfiere el activo, en cambio “adquirir” está referido al que recibe (obtiene) el bien. Para algunos autores no basta que el contrato de compraventa logre perfeccionarse civilmente, dado que es necesario que el receptor ejerza algún poder de hecho sobre el bien. Sin embargo, creemos que será suficiente con que se concrete cualquiera de las formas de tradición de la propiedad, dependiendo de si se trata de bienes mueble o inmuebles; en los primeros será necesaria la *traditio*, y en los segundos será suficiente el simple consenso; pues, la traslación de la propiedad de un bien inmueble se perfecciona con la simple obligación de enajenar, de conformidad con el artículo 949° del Código Civil; aun cuando la verdadera acción de ocultamiento generalmente se concretará a través de la inscripción en los respectivos registros públicos, puesto que solo así se logrará

(160) PRADO SALDARRIAGA: “*Lavado de activos y financiación del terrorismo*”, p. 147, considera que debe tratarse siempre de un acto a título oneroso, descartándose la adquisición mediante actos de liberalidad como el caso de la donación, etc. Criterio que reitera en “*Criminalidad organizada y lavado de Activos*”, p. 222, aun cuando no expresa el fundamento de su afirmación. Más aún, BLANCO CORDERO, con toda razón sostiene que la adquisición puede ser a título gratuito u oneroso. “*El delito de blanqueo de capitales*”. 3a. Edición, 2012, pp. 449 y ss.

alejar a los activos, del delito previo. Asimismo, si se trata de bienes sujetos a algún título valor (Warrant, certificado de depósito, etc.) será suficiente con el endoso o la transmisión del título valor.

2. “Utilizar”, significa usar una cosa o bien, aprovechando sus bondades o beneficios. Esto es, implica aprovechar los activos provenientes de los delitos previos, sea de modo directo o indirecto, independientemente del tiempo por el cual se use. Es distinto del derecho de usufructo previsto en Derecho civil<sup>(161)</sup>, puesto que este está referido al aprovechamiento de bienes o cosas cuya propiedad u otro derecho real es legítimo, aun cuando pertenece a terceros, en cambio, la acción “utilizar”, configurativa del delito de lavado de activos, siempre estará referida a una situación ilícita (al aparente ejercicio de derechos reales) por cuanto el detentador de los activos no tiene un derecho reconocido sobre los mismos.

3. “Guardar” desde el punto de vista semántico es el “*tener cuidado de una cosa, vigilarla o defenderla*”, aunque en algunos casos es suficiente con ponerla en lugar seguro, sin necesidad de vigilarla. Desde la perspectiva jurídica es el detentar una cosa con el fin de protegerla de peligros externos cualquiera sea su fuente, trátese de peligros lícitos o ilícitos. En el caso del delito en análisis, “guardar” implica cuidar o vigilar los bienes, dinero, efectos o ganancias, ocultándolos de la identificación por la autoridad, de la pesquisa o de las averiguaciones que las autoridades realicen sobre ellos; aun cuando en algunos casos no necesariamente implique vigilancia sino únicamente su ubicación en un lugar seguro<sup>(162)</sup>.

---

(161) PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de Activos*”, p. 223, maneja criterio distinto respecto al usufructo, sin embargo, no precisa cual es el fundamento de su posición.

(162) PRADO SALDARRIAGA: “*Lavado de activos y financiación del terrorismo*”, p.147, considera que este caso más bien constituye actos de tenencia y no de ocultamiento, lo cual también es posible según la significación neutra del término, pero estando referido al delito de lavado de activos, caracterizado por el ocultamiento, consideramos que la acepción que manejamos, resultaría más apropiada, más allá de que ello resulta plenamente compatible con los demás elementos del tipo penal de lavado.

4. “Administrar”, en general significa organizar, manejar, dirigir, gestionar, gobernar o ejercer la autoridad o mando sobre algo o alguien. En el caso que nos ocupa, al tratarse de la administración de bienes o activos ilícitos, estará referido al manejo, graduación o dosificación de estos a fin de obtener su mayor rendimiento o para que produzca mejor efecto. Siempre estará referido a la realización de diversas acciones orientadas a lograr optimizar el rendimiento de los bienes. A diferencia de los otros verbos rectores como guardar, custodiar u ocultar, que significan proteger al bien para evitar su menoscabo o que pueda ser descubierto por las autoridades competentes, “administrar” implica optimizar las cualidades del bien y los provechos que de él se pudieran obtener a través de actos de gerenciamiento y gestión. En este caso el agente tiene facultades de administración, pero no de disposición, puesto que no detenta facultades dominicales sobre los activos sub materia. No tiene que tratarse de activos “ya lavados”, puesto que no se requiere que se haya cumplido con todo el proceso de legitimación<sup>(163)</sup>.

5. “Custodiar” literalmente significa *guardar con cuidado y vigilancia*. Custodiar alude a la idea de vigilar. El que custodia realiza labores de cuidado sobre los bienes, ganancias o efectos. No necesariamente quien custodia guarda u oculta el bien. Solo es necesario que vigile, ya sea de manera directa o indirecta o de modo transitorio o permanente. En este caso, el agente no ejerce sobre los activos dominio o posesión, aun cuando sus actos pueden estar orientados a asegurar el goce de derechos reales por parte de terceros<sup>(164)</sup>.

6. “Recibir” importa la tenencia material y efectiva del bien; o como refiere PRADO SALDARRIAGA, son actos con los que el receptor incorpora activos a su tenencia física<sup>(165)</sup>. A diferencia de adquirir, no implica transferencia

---

(163) PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de Activos*”, p. 223, maneja criterio contrario, como en los demás actos de ocultamiento y tenencia.

(164) Algunos autores nacionales como BRAMONT-ARIAS TORRES, consideran que este término es sinónimo del término “guardar”, antes referido. “*Algunas precisiones referentes a la Ley Penal contra el Lavado de Activos*”. En Libro Homenaje al Profesor Luis Alberto Bramont Arias. Editorial San Marcos, Lima, 2003, 524. Criterio similar esbozan SALAZAR SÁNCHEZ (*Ob. Cit.* pp. 345 y ss) y PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de Activos*”, p. 224.

(165) PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de Activos*”, p. 224.

de la propiedad o dominio sino únicamente el establecimiento de una relación material entre el agente del lavado y el bien o activo materia de este. Asimismo, no interesa si se recibe en forma definitiva o solo temporalmente. En realidad, esta acción ya estaría comprendida en el verbo rector “adquirir”, puesto que en este se comprende a los casos a recepción material o de recepción jurídica, así como a los de recibir en propiedad o solo en posesión o usufructo; sin embargo, al haberse reiterado este verbo rector en la norma, corresponde darle una interpretación; y la única manera que podemos explicarla y diferenciarla es del modo aquí expresado.

7. “Ocultar” es otro de los verbos típicos con los que se consuma el delito en comentario. Significa desplegar maniobras y actos comisivos tendentes a esconder y a volver ineficaz la identificación de una cosa, en este caso, un bien, dinero, ganancias o efectos provenientes de una actividad delictiva previa. Ocultar tiene un significado y un sentido distinto al simple hecho de poseer o tener la cosa para sí o dentro de una esfera de dominio. Implica desplegar acciones dirigidas a volver estéril la identificación de algo respecto a alguien. Ocultar, empero, no supone necesariamente cambiar la naturaleza del bien o transformar su esencia (aun cuando en algunos casos puede serlo) sino más bien imposibilitar, total o parcialmente, su identificación y ubicación. PRADO SALDARRIAGA considera como objetos de este delito únicamente los “bienes lavados”; obviamente dentro de su concepción de que los actos de ocultamiento y tenencia solo pueden realizarse en la última etapa del proceso de lavado, es decir, en la etapa de integración, en la que se supone que previamente se han realizado actos de conversión y transferencia<sup>(166)</sup>. Por nuestra parte ya hemos dejado en claro que, aun cuando puede tratarse de estos supuestos, nada impide que todos los casos de ocultamiento y tenencia puedan realizarse sobre bienes que aún no han sido objeto de acción de lavado alguna, por el contrario, puede tratarse de la primera acción de ocultamiento realizada sobre los activos ilícitos, siempre que se trate de algún acto de disposición realizado por el agente del delito previo con la participación de terceros.

---

(166) PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de Activos*”, p. 224

8. “**Mantener en su poder**”, debe interpretarse como alusión a la posesión que tiene una persona de los bienes, efectos, ganancias o dinero que provienen de la actividad delictiva previa. La **posesión** se refiere a aquella relación de hecho que existe entre una persona y una cosa, ya sea bien mueble o inmueble, al margen si es legítima o ilegítima o si se produce a cambio de un precio o a título gratuito. No interesa el tiempo en el que se viene ejerciendo la posesión ni las condiciones jurídicas en las que esta se cumple. Es de precisar, tal como refiere PRADO SALDARRIAGA<sup>(167)</sup>, que este supuesto implica tenencia de manera abierta, al contrario de otros supuestos caracterizados por el ocultamiento; pero claro, también reitera que solo puede realizarse sobre los bienes ya reciclados, criterio respecto del cual nosotros manejamos ideas distintas. En realidad, como señala el profesor sanmarquino, esta conducta típica estaría ya comprendida en “recibir”, pero el legislador ha querido reiterar al respecto a fin de comprender a todas las conductas de tenencia posibles.

De otro lado, debe precisarse, que en todos los casos de ocultamiento y tenencia deben descartarse las acciones propias de los usos sociales o de adecuación social, fundamentalmente las referidas al verbo “utilizar”, las que en todo caso no tienen por finalidad ocultar los activos ilícitos; siendo su finalidad exclusivamente de uso o utilización.

Asimismo, es necesario precisar que no se ha considerado entre las conductas típicas el hecho de “vender”, el mismo que sí estaba considerado en la legislación anterior. Sin embargo, estos actos pueden comprenderse en el artículo anterior, en el supuesto “transferir”.

Finalmente, debe quedar claro que si bien la realización de cada una de estas conductas por sí solas configuran el delito de lavado de activos en su modalidad de ocultamiento y tenencia, si se realizaran concurrentemente algunas de ellas, todas estas expresan una misma voluntad criminal, por lo que deberán considerarse como un solo delito continuado, aplicándose los criterios contenidos en el artículo 49° del Código Penal; en tal sentido, descartamos la

---

(167) PRADO SALDARRIAGA: “*Lavado de activos y financiación del terrorismo*”, p.149, reiterado en “*Criminalidad organizada y lavado de Activos*”, p. 225.

presencia de un concurso real de delitos<sup>(168)</sup>. El concurso real no se presenta ni siquiera entre estas conductas y las acciones de conversión y transferencia previstas en el artículo 1° de la Ley; puesto que se trata de acciones de naturaleza semejante, realizadas en momentos distintos y expresivas de la misma voluntad criminal; las mismas que quedan claramente comprendidas en el artículo 49° del Código Penal. Más aún, debemos recordar lo ya expresado en páginas anteriores, respecto a que el lavado de activos es un delito de realización típica iterativa que contempla distintas fases del proceso de lavado, pero cada una de estas fases o etapas no implica la realización de un delito independiente, sino por el contrario verifica una unidad de delito<sup>(169)</sup>.

Debe resaltarse finalmente, que las acciones de *utilizar, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder* un bien o efecto del delito no constituye una real transferencia de la propiedad, muy por el contrario, representan ejemplos clásicos de una posesión temporal que genera la implícita y velada obligación de devolver o entregar. Desde el punto de vista político-criminal los verbos típicos aludidos contienen un injusto menor, pero su sanción se justifica en la medida que estas acciones de ocultar, custodiar, guardar o recibir los bienes, facilitan el lavado a través del ocultamiento de los activos.

---

(168) PRADO SALDARRIAGA señala: "... es común que en la etapa de integración el agente se vea relacionado con más de una de las opciones de ocultamiento y tenencia que han sido descritas, lo que, según los casos, y conforme a nuestra legislación penal, podría dar lugar a un delito continuado o a supuestos de concurso real homogéneo de delitos". "*Criminalidad organizada y lavado de Activos*", p. 225. Obviamente, compartimos con el profesor sanmarquino la primera posibilidad (dar lugar a un delito continuado) pero descartamos el concurso real homogéneo.

(169) GARCÍA CAVERO: "*El delito de lavado de activos*". p.131.

#### 4. TRANSPORTE, TRASLADO, INGRESO O SALIDA DE DINERO O TÍTULOS VALORES DE ILÍCITO COMERCIO

*Artículo 3.- Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito*

*“El que transporta o traslada dentro del territorio nacional dinero o títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir, con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso; o hace ingresar o salir del país tales bienes con igual finalidad, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento veinte a trescientos cincuenta días multa”.*

La tipificación penal de los comportamientos de transporte de activos a través de las fronteras o dentro del territorio nacional, está contenida y recomendada por instrumentos internacionales como el Reglamento Modelo de CICAD, el que en su artículo 2 señala: *“Comete delito penal la persona que convierta, transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son producto de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves”*<sup>(170)</sup>. Igualmente en las recomendaciones del GAFI se estipula

---

(170) Asimismo, el Artículo 18 del Reglamento Modelo de CICAD respecto al traslado y envío de moneda y títulos valores al portador a través de fronteras, refiere:

1. Conforme a derecho, los Estados miembros requerirán a quien transporte o envíe moneda nacional o extranjera, o títulos valores, a través de las fronteras nacionales, que lo notifique a las autoridades competentes.
2. La notificación referida en el inciso anterior deberá incluir, por lo menos, la siguiente información:
  - a) la identidad, firma y dirección de las personas que transporten o envíen el dinero o los títulos valores;

que todos los países deben tomar medidas en cuanto al transporte a través de sus fronteras de dinero en efectivo e instrumentos monetarios; asimismo, que deben implementar leyes que les permita confiscar estos valores que podrían ser producto de lavado de dinero y puedan ser utilizados como apoyo a los grupos terroristas. En consonancia con estos instrumentos internacionales, entre otros, nuestra norma penal criminaliza estas conductas<sup>(171)</sup>.

Las tres acciones típicas comprendidas en este artículo de la Ley: *transportar* dentro del territorio nacional, *hacer ingresar* o *salir del país* los bienes o activos de origen delictivo, ya estaban comprendidos en la Ley anterior. La diferencia entre el actual tratamiento normativo y el anterior estriba en que en esta última se consideraba a todo tipo de activos (dinero, bienes, efectos o ganancias), en cambio en la nueva ley solo se considera *dinero en efectivo y títulos valores*. Obviamente con la actual ley se ha mejorado la tipificación puesto que los actos de transporte (nacional o internacional) difieren de algún modo de las conductas de ocultamiento y tenencia, las mismas que se caracterizan porque en todas ellas lo significativo es la voluntad de posesión de los activos ilícitos por parte del agente del delito, en cambio en el transporte la voluntad posesoria no es lo relevante sino el hecho del traslado del dinero y los activos de un lugar a otro. Asimismo, con la delimitación de los objetos

- 
- b) la identidad y la dirección en nombre de quien se realiza el transporte o el envío; el origen, destino y ruta del dinero o de los títulos valores;
  - c) la cantidad y clase de dinero o de títulos valores que se transportan o envían
3. Conforme a derecho, la persona que no declare o declare falsamente a las autoridades competentes la información referida al transporte o envío, a través de fronteras, de dinero o títulos valores cuyo monto exceda a los valores máximos establecidos, estará sujeta a sanciones penales, civiles o administrativas.

(171) Asimismo, el GAFISUD en su evaluación del 2008, recomienda la efectividad del cumplimiento de la declaración de movimiento de dinero a la entrada y salida del país. Asimismo, precisa que se debe definir cómo se ha de efectuar la obligación de declaración, así como el procedimiento aplicable para la eventual incautación o decomiso. Precisando que se debe emitir una norma que establezca claramente cuál es la autoridad capaz de incautar el dinero y/o instrumentos ante una omisión o falsedad de declaración. Igualmente recomienda el establecimiento de un área en los terminales aéreos, marítimos, terrestres y otros destinados a llevar a cabo el trámite necesario ante una omisión o falsa declaración. Igualmente, que se debe extender la obligación a la totalidad de los operadores de comercio exterior respecto de la entrega de los formularios de declaración de entrada o salida y establecer un procedimiento claro y concreto sobre la actuación y sanciones en caso de omisión o falsa declaración de entrada o salida.

del delito solo a dinero y títulos valores se ha precisado de modo específico los objetos materia de transporte o traslado; lo que a nuestro juicio resulta positivo en el marco de la evolución de la normatividad.

Al igual que para los supuestos de ocultamiento y tenencia previstos en el artículo 2° de la Ley, también en el análisis del artículo 3°, materia de comentario, resultan de aplicación la mayoría de los criterios desarrollados al tratar el artículo 1° de la Ley (actos de conversión y transferencia), por lo que en este acápite solo desarrollaremos los aspectos o cuestiones específicas o que de algún modo resulten particulares.

#### **4.1. COMPORTAMIENTOS TÍPICOS**

##### **4.1.1. “TRANSPORTAR” O “TRASLADAR” DENTRO DEL TERRITORIO NACIONAL**

Consiste en llevar, desplazar o movilizar los activos ilícitos (dinero en efectivo o títulos valores) de un lugar a otro dentro del territorio nacional, no interesando el medio en el cual se realiza el transporte. A estos efectos conviene precisar qué debemos entender por territorio nacional, debiendo recurrirse al concepto normativo previsto en el artículo 54° de la Constitución Política del Estado, referido al territorio en el cual el Estado ejerce soberanía y jurisdicción, en el que se comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. A la vez que el dominio marítimo comprende el mar adyacente a sus costas así como el lecho y subsuelo hasta la distancia de doscientas millas marinas medidas desde las líneas de base que establece la ley. A ello debemos agregar las naves y aeronaves nacionales públicas (de propiedad del Estado), donde quiera que se encuentren; y, las naves y aeronaves nacionales privadas (de propiedad de particulares que llevan bandera peruana) que se encuentren en alta mar o en espacio aéreo donde ningún Estado ejerce soberanía (art. 1° del Código Penal).

Los actos de transporte o traslado son tipos permanentes mientras dure la acción de desplazamiento<sup>(172)</sup>; y obviamente, se trata de conductas dolosas

---

(172) GARCÍA CAVERO: “*El Delito de lavado de activos*”. Jurista Editores, Lima, 2013, p. 130.

y premunidas de la intencionalidad o finalidad de evitar la identificación del origen delictivo de los activos o evitar su incautación o decomiso; en este sentido disentimos del criterio esbozado por PRADO SALDARRIAGA en cuanto sostiene que el “objetivo o razones específicas del transporte son intrascendentes para que la conducta adquiera plena tipicidad”<sup>(173)</sup>; pues la norma expresamente establece esta condición. Pero claro, deben comprenderse como supuestos típicos, las conductas dolosas (dolo directo y eventual) así como también los casos de ignorancia deliberada o intencional.

#### 4.1.2. “HACER INGRESAR” AL PAÍS (AL TERRITORIO NACIONAL)

Significa introducir al territorio nacional los activos ilícitos (dinero o títulos valores) provenientes de actividad delictiva previa; esto es, hacer que los activos traspasen las fronteras e ingresen o internen en territorio nacional, configurando de este modo un acto de trascendencia internacional. No interesan los medios con los cuales se realiza el ingreso ni la forma como se concreta dicho ingreso (o salida) del territorio nacional; pues, se pueden hacer ingresar al dinero o títulos valores a través de las diversas modalidades que constituyen las tipologías elaboradas por las autoridades, como la ingesta de cápsulas conteniendo el dinero (alcancías humanas), dinero adherido al cuerpo sujeto con fajas o cintas adhesivas (la momia), con maletas de doble fondo donde se camufla el dinero o títulos, o a través de cualquier otra modalidad<sup>(174)</sup>. Tampoco interesa si la operación a través de la cual se ingresa el dinero tiene apariencia de licitud o no; en efecto, puede tratarse de actos realizados en los aeropuertos o puertos internacionales o en cualquier puesto de control fronterizo a través de acciones aparentemente lícitas o ingresos realizados de contrabando<sup>(175)</sup>;

---

(173) PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de activos*”. p. 230.

(174) Al respecto ver: PRADO SALDARRIAGA: “*Criminalidad organizada y lavado de activos*”. pp. 226 y ss.

(175) En este caso, se puede hablar de la existencia de un concurso ideal de delitos, un concurso aparente de normas penales o una antinomia normativa entre este tipo penal y el delito de contrabando. Al respecto, consideramos que propiamente se trata de un concurso aparente de normas penales que se resuelve aplicando el principio de especialidad a favor de la ley de lavado de activos, dejando de lado las normas relativa al contrabando, puesto que en este caso se trata de objetos específicos y no mercancías en general como se considera en las normas relativas al contrabando.

esto es, los activos pueden ingresarse cumpliendo con las exigencias aduaneras o tributarias o a través de actos de contrabando o de cualquier otro mecanismo ilícito.

Sin embargo, la forma como se ingresa el dinero o títulos, así como la conducta observada por el agente, debe tomarse en cuenta como indicio del delito de lavado de activos antes que de una operación sujeta a sanción administrativa. En efecto, si el dinero o títulos están camuflados o acondicionados de tal forma que se pretende ocultarlo de la autoridad competente, válidamente se puede presumir su origen ilícito; en cambio, si se lo ingresa sin ocultarlo de la autoridad y no se aprecia vinculación con alguna actividad criminal, podrá sumirse que se trata únicamente de un ilícito administrativo, y aun cuando el dinero o títulos también será intervenido, no se da inicio a una investigación penal.

Obviamente, se requiere que los activos ilícitos se encuentren en el interior del territorio nacional, no siendo suficiente que se encuentren en zonas de tránsito internacional o que aún no hayan traspasado los límites o barreras aduaneras. De intentarse el ingreso pero el agente es intervenido por las autoridades, el delito quedará en grado de tentativa; lo que a la vez nos lleva a concluir que este supuesto se trata de un tipo penal de resultado. Asimismo, no interesa que se realice a título individual o por una pluralidad de agentes. Sin embargo, si se tratase de organizaciones criminales (al igual que si los activos provienen de los delitos de minería ilegal, TID, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas), no será de aplicación este tipo básico (art. 3°) sino el tipo agravado previsto en el artículo 4° de la Ley.

#### **4.1.3. “HACER SALIR” DEL PAÍS (“RETIRAR” DEL TERRITORIO NACIONAL)**

Consiste en la operación inversa de la anterior, es decir en sacar fuera del territorio nacional al dinero o a los títulos valores. Igualmente, puede tratarse de una salida realizada de modo aparentemente lícito, esto es, por los puestos de control aduanero, declarándolos y eventualmente pagando los derechos correspondientes, o también puede realizarse de modo subrepticio a

través de prácticas de contrabando. Si el traslado del dinero o títulos valores se hubiese realizado por el territorio nacional pero con la finalidad de sacarlo del país, no se tratará de actos preparatorios o tentativa de este tipo penal (sacar dinero del país), sino que estaremos ante el supuesto de traslado de dinero dentro del territorio nacional subsumible en la acción típica desarrollada en el punto 4.2.1.; en este caso discrepamos de los sostenido por PRADO SALDARRIAGA en cuanto señala que también son comprendidos en este tipo penal los casos en que los activos circulan por el territorio nacional en tránsito hasta superar las fronteras<sup>(176)</sup>. Pues, el simple tránsito ya configura un delito consumado, y por tanto, será este el tipo penal aplicable antes que el de salir del país en grado de tentativa o acto preparatorio, puesto que los casos de tentativa son subsidiarios de los tipos consumados.

#### 4.1.4. OBJETO DEL DELITO

A diferencia de los tipos penales previstos en el artículo 1° y 2° de la Ley (D. Leg. N° 1106) que tienen como objeto del delito (o acción penal) a toda clase de activos de origen delictivo (dinero, bienes efectos o ganancias), en los tipos penales previstos en este artículo solo se consideran dos objetos especiales: **dinero y títulos valores** cuyo origen está vinculado a actividades delictivas.

En este caso, el transporte o traslado de **dinero** debe ser el circulante en efectivo, sea en moneda nacional o en moneda extranjera. Hablar de dinero implica referirnos al medio de intercambio común y aceptado por la comunidad como medio de pago de bienes y servicios y de cualquier tipo de obligaciones. Debiendo resaltarse que a través del dinero circula el valor patrimonial sin requerir de alguna actuación o reconocimiento por parte de persona o entidad alguna.

Por **títulos valores** debe entenderse a los documentos que representan o en los que se han incorporado un valor patrimonial o monetario (el valor se ha incorporado al soporte material del título). Obviamente, para tener la calidad de título valor tiene que reunir los requisitos estipulados por la ley de la materia (Ley de títulos valores o alguna ley específica). Es característica esencial del

---

(176) PRADO SALDARRIAGA: "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". p. 231.

título valor su transmisión por endoso o por cualquier otro modo de transferencia (como su entrega material o la cesión del derecho contenido en el título) que implica, a la vez, la transferencia o entrega del valor patrimonial incorporado o representado en el título. Existen tipos de títulos valores que circulan fácilmente y con ellos se puede hacer pagos o cumplir obligaciones y otros que requieren de ciertos requisitos para su circulación y la consiguiente transferencia de los valores patrimoniales incorporados en ellos; en este sentido, algunos se asemejan al propio dinero puesto que con su entrega o endoso transfieren el valor patrimonial, mientras que otros no tienen tal característica.

Por el grado de determinación del titular o beneficiario de los títulos valores y su nivel o posibilidad (facilidad) de circulación, estos pueden ser: **nominales o nominativos**, cuando está debidamente identificado su titular y solo este puede hacer valer el derecho consignado en el título; en estos casos su transferencia se hace por cesión de derechos y para que surta efectos frente a terceros y frente al emisor, la cesión debe ser comunicada a este para su registro respectivo. **A la orden**, cuando el título tiene debidamente identificado a su titular pero su transferencia se realiza por endoso y entrega del título, sin necesidad de una cesión de derechos y de comunicar la transferencia al emisor ni de registro alguno. Y finalmente, los títulos valores **al portador**, que son los que otorgan la calidad de titular de los derechos que representa el título a su legítimo poseedor y para su transmisión no se requiere de más formalidades que su simple tradición o entrega física; los títulos valores de pago dinerario al portador solo pueden emitirse en los casos permitidos expresamente por la ley.

En el artículo 3° de la Ley se ha diferenciado el transporte de dinero y de título valores de los demás bienes, efectos o ganancias, debido a la facilidad con que puede realizarse el transporte, ingreso y salida del país de estos elementos, así como debido a la facilidad con que estos pueden ocultarse de la autoridad o cambiar de titular, pues estos por antonomasia están destinados a la circulación. Precisamente, estas características configuran el fundamento o razón para la existencia del tipo penal del artículo 3°, diferenciado de los previstos en los artículos 1° y 2° de la Ley (los que comprenden a todo tipo de bienes, efectos o ganancias de origen delictivo). Consecuentemente, en el artículo bajo comentario (artículo 3°), debemos considerar como objetos de este delito

solo a los títulos valores cuya circulación se asemeja a la del dinero (transferibles por entrega o por endoso), dejando de lado aquellos que requieren de actos adicionales para transferir el valor contenido en ellos; pues, en estos últimos la transferencia y ocultamiento del valor en cuestión no dependerá exclusivamente de la entrega del título o su endoso y, por tanto, su circulación no puede significar, propiamente, la circulación de los valores patrimoniales de origen delictivo. Inclusive, ciertos títulos valores a la orden quedarán excluidos de este tipo penal en la medida que su salida o ingreso al país no implique, a la vez, la posibilidad de hacerlos efectivo fuera del país o en el interior del mismo respectivamente<sup>(177)</sup>. Así, si se tratase de una letra de cambio o un pagaré (salvo, en este caso, los pagarés al portador) cuyo lugar de emisión y lugar de pago está en el país, su salida del territorio nacional no implica el traslado de activos de origen delictivo al exterior; en el sentido contrario, si el lugar de emisión y de pago está en el extranjero, su ingreso a territorio nacional no significa que se estén ingresando activos ilícitos al país; y si bien con estos títulos se pueden realizar operaciones en el país (caso de ingreso) o en el extranjero (caso de salida), estas operaciones no significan propiamente que se esté operando con los bienes o activos, sino solo con compromisos de pagos o similares.

Siendo así, debe considerarse como objetos de este delito solo a los *títulos al portador* y algunos *a la orden*, mas no así a los títulos valores *nominales*<sup>(178)</sup> o aquellos cuya transferencia no se realiza con la simple entrega o endoso sino que requieren adicionalmente de otros actos confirmatorios. Pues, en estos últimos casos no estaría circulando propiamente el valor patrimonial sino solo un título con el cual se exigirá el reconocimiento a través de determinadas acciones del emitente o del obligado, quien en determinados casos puede, inclusive, negarse a concretar la transferencia.

---

(177) Este criterio resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 1° b) del Reglamento de la Obligación de Declarar el Ingreso y Salida de Dinero en Efectivo y/o Instrumentos Financieros Negociables emitidos al Portador (Anexo del Decreto N° 195-2013-EF del 1 de agosto del 2013), al que nos referimos más adelante.

(178) Al respecto PRADO SALDARRIAGA, es de distinto criterio y sostiene que debe comprenderse en este artículo a títulos valores negociables y al portador o nominales. "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". p.230.

Por tanto, no se considerarán como objetos de este delito el traslado de letras de cambio, certificados de depósitos, warrants, valores inmobiliarios, etc. Pues en estos últimos, no se está poniendo en circulación, alejando del hecho delictivo u ocultando a los activos vinculados al delito (materia del lavado de activos). Este criterio resulta compatible con lo dispuesto por la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306, modificada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106, referida al ingreso y salida del país de dinero en efectivo y títulos valores, la misma que impone en su numeral 6.1. la obligación de toda persona, nacional o extranjera, que ingrese a salga del país, de **declarar bajo juramento los instrumentos financieros negociables emitidos al "portador"** y dinero en efectivo que porta consigo; criterio clarificado por el artículo 1°.b) del Reglamento de la Obligación de Declarar el Ingreso y Salida de Dinero en Efectivo y/o Instrumentos Financieros Negociables emitidos al Portador (Anexo del Decreto N° 195-2013-EF del 1 de agosto del 2013) que define a **instrumentos financieros negociables emitidos al portador - IFN**, y comprende en estos a los *cheques de viajero, cheques al portador, pagarés al portador, que se transmitan con la entrega; bonos, certificados bancarios en moneda extranjera, instrumentos incompletos firmados o no en los cuales se consigna el monto pero se omite el nombre del beneficiario*. Como puede apreciarse, dentro de las reglas de control y prohibiciones del ingreso y salida de títulos valores (instrumentos financieros negociables) del territorio de la República, no se comprende a otro tipo de títulos que no sean los emitidos al portador, dejándose de lado los *a la orden, nominativos y otros*; más aún, el numeral 6.6. del referido Reglamento estipula expresamente que no serán de aplicación las obligaciones y prohibiciones referidas en dicha norma a los instrumentos financieros negociables diferentes a los emitidos "al portador", independientemente de su valor, aun cuando estos también deben ser declarados<sup>(179)</sup>.

En tal sentido, en estas normas se considera solo a títulos valores emitidos al portador; sin embargo, por nuestra parte consideramos que en

(179) Este criterio resulta concordante, a la vez con lo dispuesto por el Reglamento de la Ley N° 27693 (que crea la UIF), que en su artículo 27° que para efectos de la declaración referida, se consideran instrumentos financieros: 1. Cheques de viajeros; 2. Acciones; 3. Bonos; 4. Certificados de depósito; y, 5. Otros instrumentos financieros.

el tipo penal bajo análisis, también debe incluirse ciertos títulos valores a la orden, puesto que a través de estos, realmente, se puede poner en circulación, ocultar, transferir o disponer de activos de origen delictivo, con lo que también nos encontraríamos ante el fundamento de la tipificación diferenciada prevista en el artículo 3° de la Ley.

De otro lado, debe precisarse que cuando la norma se refiere a “títulos valores cuyo origen ilícito conoce o debía presumir”, se refiere a títulos que representan o comprende a activos vinculados al delito (bienes, dinero, efectos o ganancias del delito) y por ello resultan ilícitos, y precisamente por esta razón estamos dentro de la estructura de los delitos de lavado de activos. En cambio, si se tratara de títulos que encierran otro tipo de ilicitudes, como su falsificación, adulteración, su naturaleza fraudulenta u otro origen ilícito, estos no estarán comprendidas en el presente tipo penal, es decir, estos títulos ilícitos no configurarían objeto de este delito (Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio Nacional de bienes o título valores de origen ilícito).

#### **4.1.5. MEDIDAS ADMINISTRATIVAS DE CONTROL DE INGRESO Y SALIDA DEL PAÍS DE DINERO EN EFECTIVO Y TÍTULOS VALORES (INSTRUMENTOS FINANCIEROS NEGOCIABLES) Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS**

En concordancia con la configuración del tipo penal de ingreso y salida del país de dinero en efectivo y títulos valores la normatividad administrativa ha establecido mecanismos de control a través de los cuales se impone la obligación de declarar, controlar, registrar, retener, incautar y sancionar el ingreso de dinero en efectivo y títulos valores o instrumentos financieros negociables emitidos al portador que porte consigo la persona que sale o ingresa al país.

En efecto, tal como ya hicimos referencia, la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306, modificada por la Cuarta Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106, concordante con el numeral artículo 1°.b) del Reglamento de la Obligación de Declarar el Ingreso y Salida de Dinero en Efectivo y/o Instrumentos Financieros Negociables emitidos al Portador (Anexo del Decreto N° 195-2013-EF del 1 de

agosto del 2013) establece la obligación de toda persona, nacional o extranjera que ingrese a salga del país, de **declarar bajo juramento los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador”** y dinero en efectivo que porta consigo, cuando se trate de sumas superiores a los diez mil dólares americanos (\$ 10,000.00) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera, hasta un monto de treinta mil dólares (\$ 30,000.00). Asimismo, establece la **prohibición** de llevar consigo instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” o dinero en efectivo por montos superiores a treinta mil dólares (\$ 30,000.00) o su equivalente en moneda nacional o extranjera; precisando que dichos importes necesariamente se hará a través de empresas legalmente autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para realizar este tipo de operaciones.

Asimismo, se establece que la omisión de declarar o la falsedad de la declaración constituyen *infracciones administrativas* sancionadas con *multa del treinta por ciento (30 %)* del monto no declarado o declarado falsamente; en tales casos, previamente se dispondrá la *medida cautelar de retención temporal* del monto íntegro del dinero o títulos; y si se tratara de una suma superior a los treinta mil dólares (\$ 30,000.00), aun cuando esté debidamente declarada, igualmente se retendrá el monto que exceda dicha suma a fin de realizar las investigaciones correspondientes; y claro, si se tratara de títulos valores únicos e indivisibles por valor superior a los treinta mil dólares se retendrá el título, esto es, la totalidad del monto sin deducción alguna, aun cuando se hubiese declarado. Finalmente, si se tratara de un error relativo a la conversión monetaria que no supere el uno por ciento (1 %), este no genera ilicitud y por tanto no acarreará la retención o la multa referidas.

El control administrativo, la determinación de la *infracción* administrativa, la imposición de la *multa* y la disposición de la medida cautelar de *retención* estará a cargo de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) a través de los puestos de control fronterizo. La *medida de retención y la multa*, serán impuestas por el solo hecho de la omisión o la declaración falsa sin necesidad de investigación o confirmación alguna. La SUNAT debe informar de inmediato a la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) sobre la omisión de declaración o declaración falsa,

ante la cual el portador del dinero o los títulos deberá acreditar la licitud de los mismos. Si dentro del plazo de 72 horas (ampliado a 30 días a solicitud del portador -conforme al Reglamento-) no se acredita la licitud del origen de los fondos o los títulos, ello constituye indicio de la comisión del delito de lavado de activos (sobre todo cuando se trata de una declaración falsa); por lo que la UIF deberá informar al Ministerio Público.

Si ya existiera una investigación ante el Ministerio Público por hechos vinculados con el dinero o títulos valores retenidos, la UIF le remitirá el correspondiente informe sin necesidad de agotar la investigación en los plazos anotados. No obstante, la UIF debe brindar la asistencia técnica que sea requerida por el Fiscal en su calidad de órgano especializado, conforme lo dispone el artículo 8° de la Ley N° 27693, modificado sucesivamente por la Ley N° 28306 y el D. Leg. N° 1106.

Si luego de la investigación a cargo de la UIF se determina la licitud del origen del dinero se devolverá a los portadores previo el descuento de los gastos financieros correspondientes, y tratándose de títulos valores, previo al pago de dichos gastos; obviamente, para la devolución también se descontará el monto de la multa indicada y si se tratara de títulos se exigirá el pago de esta; ello se justifica en la medida que la razón de la intervención de la autoridad y la investigación correspondiente es imputable al portador que no cumplió con declarar o declaró falsamente.

De no haberse determinado la licitud del origen del dinero o títulos valores, luego del informe de la UIF, el Ministerio Público iniciará la investigación penal correspondiente por delito de lavado de activos u otro delito que corresponda, quedando el dinero y títulos sujetos a la investigación penal; asimismo, el Juez, a solicitud del Fiscal, convertirá la *retención* en *incautación* con fines de *decomiso*, el mismo que se resolverá al concluir la investigación o proceso; en cuyo caso, se comunicará a la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI) para que proceda conforme a sus atribuciones. Obviamente, la incautación (en tanto mediana cautelar) en el curso de la investigación puede levantarse en cualquier momento, si es que se demostrara debidamente la licitud del origen del dinero o títulos valores, debiendo procederse conforme lo establece el Reglamento.

## 5. FORMAS AGRAVADAS

*Artículo 4.- Formas agravadas.*

*“La pena será privativa de libertad no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco días multa, cuando:*

- 1. El agente utilice y se sirva de su condición de funcionario público o de agente del sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil.*
- 2. El agente comete el delito en calidad de integrante de una organización criminal.*
- 3. El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias.*

*La pena será privativa de la libertad no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.*

En este artículo se recogen tres circunstancias agravantes de primer grado del tipo penal de lavado de activos, que comprende tanto a los actos de *conversión y transferencia* (art. 1°), así como también a los actos de *ocultamiento y tenencia* (art. 2°) y de *transporte, ingreso o salida de país* (art. 3°). Se llega a esta conclusión al observar en principio, que la norma es general y no diferencia los supuestos del artículo 1°, el artículo 2° y al artículo 3°. Asimismo, en el supuesto especialmente agravado (de segundo grado), referido al origen de los activos, que se sanciona con la penalidad más severa, también comprende a los tres artículos 1°, 2° y 3°. En este sentido, se consideran cuatro (4) supuestos agravados que a continuación desarrollamos.

### 5.1. QUE EL AGENTE UTILICE Y SE SIRVA DE SU CONDICIÓN DE FUNCIONARIO PÚBLICO O DE AGENTE DEL SECTOR INMOBILIARIO, FINANCIERO, BANCARIO O BURSÁTIL

1. La ley sanciona con una pena severa, que va de diez a veinte años de pena privativa de libertad, a quien instrumentaliza y abusa de su condición de *Funcionario Público* para blanquear bienes, dinero, efectos o ganancias del delito. Se ha considerado necesario configurar una modalidad agravada del delito cuando el agente ejerciendo su cargo u oficio al interior de la Administración Pública se sirve de este para facilitar o favorecer el lavado de activos, ya sea por significar un blanqueo más eficiente, rápido y oportuno o porque garantiza la impunidad del hecho o de las personas que intervienen en él. El fundamento de la mayor penalidad reside por un lado, en la infracción de deberes y competencias institucionales que todo Funcionario Público detenta respecto a la Administración Pública, el que a la vez significa una defraudación de la expectativa social en el sentido que el funcionario público debe contribuir a la configuración de un sistema económico en el que la circulación de los bienes se realice de una manera realmente legítima<sup>(180)</sup>; de otro lado, la imputación agravada también se sustenta en la facilidad con la que contaría el funcionario para favorecer el delito o garantizar la impunidad desde el cargo o la función que desempeña.

La noción de *Funcionario Público* de la que parte la ley debe entenderse en un sentido amplio y no restringido ni formal como la definición administrativa de Funcionario Público contenida en la Ley de Bases de la Carrera Administrativa (D. Leg. N° 276 y demás normas complementarias) o la Ley Marco del Empleo Público (Ley N° 28175); pues, estas normas (especialmente la última) si bien definen el concepto de funcionario, lo hacen desde una perspectiva general, en la cual comprenden diversos conceptos, más allá de la división tradicional entre funcionario y servidor público, a la vez que establecen los criterios aplicables desde un punto de vista vinculado a la selección, administración y gestión del personal trabajador de las entidades públicas,

---

(180) Cfr. GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 144.

así como al ejercicio o desempeño de la función pública, mas no toman en cuenta criterios vinculados a la oportunidad y facilidad para cometer el delito que otorgan las facultades y competencias de las que está dotado en razón a su calidad o condición de funcionario público. Estas facultades le permiten al funcionario, en el caso que nos ocupa, realizar un lavado oportuno, eficaz y eficiente, a la vez que le permite asegurarse la impunidad de su conducta y la de sus copartícipes. Es por ello que las normas penales vinculadas a la tipificación penal y sanción de conductas, establecen su propio concepto de funcionarios y servidores públicos, como puede apreciarse en el artículo 425° del Código Penal, el mismo que define al elemento normativo considerado en los tipos penales en los cuales se involucra a funcionarios y servidores públicos. Lamentablemente este artículo no distingue entre los funcionarios y los simples servidores públicos, lo que genera dificultades para resolver casos en que solo se consideran como sujetos activos del delito a los funcionarios, mas no así a los servidores en general, como el caso que nos ocupa (delito de lavado de activos).

Ante esta situación, será la doctrina y la jurisprudencia las que irán delineando a quiénes se debe considerar funcionarios (calificados) para ser agentes del tipo penal agravado materia de comentario. Si bien un parámetro interpretativo de suma utilidad es el art. 425° del Código Penal, este deberá ser complementado con las normas administrativas y con los criterios político criminales que conlleven a la eficacia de la norma penal, evitando la impunidad. Especial relevancia para la determinación del concepto funcionario público, reviste la definición normativa contenida en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cuyo artículo 2°, define a "*funcionario público*" como: i) *toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial en el Estado parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda persona que desempeña una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del estado parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) Toda otra persona definida como "funcionario público" en el derecho interno del Estado Parte ...*". Como puede verse en esta se comprende

a la más amplia gama de personas sin diferenciar entre funcionario y servidor, tal como lo hace el artículo 425° del Código Penal<sup>(181)</sup>, así como también la Convención Americana contra la Corrupción; pues se busca evitar todo tipo de impunidad basada en alguna cuestión formal en la calificación del sujeto activo del delito.

Así las cosas, resulta necesario plantear criterios para diferenciar debidamente entre funcionarios y servidores, puesto que de tratarse de estos últimos no se configurará el tipo penal agravado de lavado de activos. En este sentido, por funcionario público debemos entender al agente de la administración que ejerce la función pública, y en tal calidad, tiene capacidad de decisión y representación, tanto al interior de la administración o entidad a la que pertenece así como al exterior (frente a terceros). Por la capacidad de decisión, puede dirigir la entidad, disponiendo los actos o acciones tendentes al logro de los fines y objetivos propios del organismo o entidad estatal; igualmente, tendrá potestades imperativas, reglamentarias, ejecutivas, sancionadoras o jurisdiccionales. Por la capacidad de representación, el funcionario puede realizar actos a nombre y por cuenta de la administración o de la entidad por la cual actúa, en cuyos actos normalmente puede plasmar su voluntad, pues, aun cuando esta va a estar reglada, en definitiva no deja de ser la voluntad del agente. Asimismo, su actuación resulta vinculante para la administración y para los terceros. Todas estas facultades, normalmente provienen de la Constitución, las leyes o sus reglamentos, aunque en algunos casos pueden tener como fuente la voluntad de otro funcionario de mayor jerarquía, con capacidad de delegación de facultades. Serán estas facultades las que generan facilidades para la comisión del delito o para encubrirlo, puesto que la propia administración queda a merced de su actuación. En este caso, se fundamenta la agravante, en el hecho de que el funcionario tiene el dominio de un ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico<sup>(182)</sup>. Lo que les da la posición de garante de dicho bien jurídico,

---

(181) El artículo 425° del Código Penal ha sido modificado por la Ley N° 30124, del 13 de diciembre del 2013, la misma que ha tomado en cuenta la definición de funcionario público establecida por la Convención Americana contra la Corrupción.

(182) GARCÍA CAVERO: *"Derecho Penal Económico. Parte Especial"*. p. 517.

y pese a ello, los funcionarios, defraudando las expectativas de la comunidad, incurrir en la comisión del delito.

Estas potestades obviamente no las poseen los *servidores públicos*, y por ello mismo no tienen los mismos deberes o posición de garante frente a la administración pública, a la vez que las escasas facultades de las que están investidos, no resultan suficientes para realizar eficazmente las conductas típicas, o porque con ellas no resultan totalmente potenciados como para lograr la impunidad de sus delitos. Es más, el servidor público, no ejerce función pública, solo contribuye a que esta sea ejercida por el funcionario<sup>(183)</sup>. Por ello resulta razonable que se los excluya de la agravante en comento; lo cual no quiere decir que no puedan cometer los tipos básicos del delito de lavado de activos, o alguno de los supuestos agravados referidos a otras razones.

De otro lado, también debe considerarse dentro de esta agravante a los *funcionarios de hecho o de facto*, puesto que estos se encuentran en la misma posición que los funcionarios de *iure* respecto a la administración pública y por tanto, sus acciones comprometen o afectan a esta. Asimismo, la sociedad también tiene la expectativa de cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de estos funcionarios, por lo que la defraudación de dicha expectativa tiene incidencia en la configuración anómala de la administración pública (y en el caso del lavado de activos, dicha defraudación significa la posibilidad de un mayor grado de afectación al bien jurídico tutelado por este delito). Más aún, ya la doctrina y la jurisprudencia especialmente la STC N° 2758-2004-HC/TC, caso Bedoya, de Vivanco del 23 de noviembre del 2004, a la cual le han seguido múltiples sentencias del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, ha dejado claramente establecido que también los funcionarios de facto constituyen sujetos activos de los delitos cuyos agentes son funcionarios, por lo que el debate al respecto ya no resulta relevante<sup>(184)</sup>. Ello significa a la vez, que la configuración de determinados deberes de relevancia penal pueden

---

(183) Al respecto ver: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “*Delito de Enriquecimiento Ilícito*”. p.37.

(184) Ver información más detallada en: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “*Delito de Enriquecimiento Ilícito*”. p. 35 y ss.

configurarse socialmente, sin que formalmente se exija que estos necesariamente deban provenir de una norma jurídica formal.

Concluyendo este punto, podemos referir que el artículo 425° del Código Penal no será determinante para definir a los agentes de este tipo penal agravado, puesto que no diferencia a los funcionarios de los servidores públicos; pues, si bien los agentes del delito de lavado de activos deben estar comprendidos en este artículo, además deben encontrarse en la posibilidad de realizar las conductas del lavado, abusando de las facultades que le otorga su condición de funcionarios públicos; de este modo, quedan excluidos como sujetos de este delito varios de los sujetos comprendidos en dicho artículo 425°<sup>(185)</sup>. De otro lado, debe precisarse que no resultan aplicables la definiciones de funcionario o servidor público establecidos en la Ley Marco del Empleo Público, puesto que esta considera como servidores públicos a los administradores, directores, supervisores, o los que tienen funciones de autoridad o atribuciones resolutorias, facultades que obviamente los pone en condiciones inmejorables para cometer el delito abusando de sus funciones, y por ello, el fundamento de la agravante se encuentra presente; consecuentemente a estos también se los debe considerar como funcionarios y no como simples servidores públicos como señala esta Ley.

En este sentido, reiteramos que será la jurisprudencia y la doctrina, en estricta observancia de los criterios político-criminales, las que deberán perfilar el contenido del concepto “funcionario” establecido en esta circunstancia agravante del delito de lavado de activos, debiendo tener en cuenta los criterios glosados en los párrafos precedentes. Aun cuando, desde una perspectiva de *lege ferenda*, lo ideal sería que la propia norma defina al concepto “funcionario público”, igualmente tomando en cuenta los criterios a los que hemos hecho referencia a fin de evitar incertidumbres y de contribuir a la seguridad jurídica que hace falta.

---

(185) Al respecto ver: GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “*Delito de enriquecimiento ilícito*”. pp. 27, 28, 29, 37 y 38. ROJAS VARGAS, Fidel: “*Delitos contra la administración pública*”. Grijley, Lima, 2003, pp. 33 y ss. RUIZ ELDREDGE, Alberto: “*La Constitución comentada*”. Atlántida, Lima, 1980, p. 93.

Para finalizar este punto conviene precisar que este tipo agravado, en que el agente es un funcionario público, configura un tipo penal especial propio, cuya agravación se sustenta en la infracción del deber del funcionario, pero ello no es suficiente para la mayor pena, sino que es necesario que el sujeto se valga o abuse del cargo para cometer la acción de lavado<sup>(186)</sup>.

2. Otra calidad o circunstancia personal que determina la agravación del injusto, y por tanto implica una mayor penalidad, es el caso en que el agente pertenece al *sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil*. No se trata de un supuesto cuya imputación penal se base en la infracción de un deber concreto como en el caso de los funcionarios públicos, sino de un supuesto de dominio en que el agente por su especial posición o manejo de una actividad cercana e inmediata al tráfico de bienes, dinero y otros activos, se encuentra vinculado a la realización de las conductas del lavado, esto es, su desempeño laboral está inmerso en un ámbito de especial vulnerabilidad del bien jurídico<sup>(187)</sup>, lo que le facilita la realización de los tipos penales en cuestión o incidir en la impunidad de sus agentes. Asimismo, al encontrarse en esta posición especial está conectado con las políticas y patrones contra el lavado de activos lo que le da un especial dominio sobre las actividades configurativas de los delitos de lavado en este ámbito<sup>(188)</sup>. Precisamente esta posición de dominio es el fundamento de la agravación.

Dicha pertenencia o adscripción al sector no debe verse como la existencia de un vínculo laboral formal –que en un caso dado puede, incluso, faltar– sino como una relación material con cualquiera de los sectores o contextos de actividades enunciados por la ley. Sin embargo, se debe cuidar de no extender el marco de la punibilidad hasta límites difusos o muy amplios que perviertan la garantía de objetividad y de seguridad jurídica contenidas en el principio de legalidad; como sería por ejemplo, el acoger aquí al simple aficionado que conoce el mercado inmobiliario o aquella persona que conoce, en mayor o menor medida, cómo se desenvuelve el sector financiero o bursátil, pero que

(186) En el mismo sentido GARCÍA CAVERO: “El delito de lavado de activos”. p. 144.

(187) Al respecto ver GARCÍA CAVERO: “El delito de lavado de activos”. p. 145.

(188) PRADO SALDARRIAGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 258.

no se encuentra adscrito ni pertenece a él, o que desarrolla estas actividades solo esporádicamente. Para evitar esta extensión desmesurada debe exigirse en el agente, la práctica regular y continua de cualquiera de las actividades en los sectores enunciados en la ley, aun cuando no se trate de un profesional o persona con un título o un registro especial para desarrollar tal actividad; esto es, debe tenerse en cuenta el aspecto material que vincula al agente, descartando aspectos meramente formales o subjetivos<sup>(189)</sup>.

Respecto a este último criterio, PRADO SALDARRIAGA<sup>(190)</sup> refiere que no se debe considerar a las personas que no aparezcan registradas o autorizadas debidamente como agentes del sector comprendido en el supuesto agravado en cuestión; precisando que la “razón político criminal de esta agravante no radica en la modalidad u oportunidad de intervención del delito sino sobre su posición funcional formal y la proyección a través de ella de un deber especial que será infraccionado con su conducta delictiva (...) la referencia a “agente” tiene, pues, que ser entendida siempre en sentido restrictivo y como alusiva a un ente autorizado y debidamente registrado para desarrollar actividades comerciales y financieras”<sup>(191)</sup>. No obstante, tal como señala GARCÍA CAVERO, en postura que coincidimos plenamente, en estos casos, la razón de la agravante no se sustenta en la infracción de un deber funcional y formal, que por lo demás no resulta claro, sino en la posición especial de dominio del agente respecto al bien jurídico. Consecuentemente, no suscribimos la tesis del profesor Prado Saldarriaga, en cuanto sostiene como fundamento de la agravación una finalidad político criminal formal del agente respecto al delito agravado en cuestión. Por el contrario, consideramos que excluir de la agravación a todo aquel que sin tener autorización o registro, realiza la actividad que le facilita la comisión del delito, implicaría burlar la justa expectativa social. Sobre todo, si se tiene en cuenta los altos niveles de informalidad de nuestras

---

(189) En el mismo sentido: PÉREZ LOPEZ, Jorge A.: “Lavado de activos y aspectos sustantivos del Decreto Legislativo N° 1106”. En Gaceta Penal y Procesal Penal N° 35, Lima, mayo 2012, p. 64.

(190) PRADO SALDARRIAGA: “Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo”. p. 167; criterio que reitera en “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 258, donde incluye un cuestionamiento a nuestra posición.

(191) PRADO SALDARRIAGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 258.

actividades económicas, y que precisamente estas debilidades del sistema son aprovechadas por los lavadores de activos. Más aún, si se tiene en cuenta que en la mayor parte de supuestos, como la actividad bancaria o financiera, no se requiere de registro o autorizaciones especiales para desarrollar la actividad al interior de las entidades bancarias o financieras, a la vez que en cada entidad vinculada a las actividades inmobiliarias o bursátiles, únicamente una o dos personas son las que tienen un título, registro o autorización, y sin embargo, trabajan o realizan la actividad todo un equipo de personas, las que precisamente se encuentran en aptitud de facilitar la comisión del delito o de lograr su encubrimiento. Excluir a todos estos agentes, significaría olvidar la razón político – criminal que debe orientar la interpretación de las normas penales y el desarrollo dogmático del Derecho penal sustentado magistralmente por ROXIN en sus abundantes y continuos trabajos científicos; a la vez que implicaría generar una enorme laguna de impunidad.

Pero claro, el agente del sector inmobiliario, financiero, bancario y bursátil, debe realizar la acción de lavado sirviéndose de su condición de agente de estas áreas y abusando de su posición y de la información que maneja, precisamente por su pertenencia a estos sectores; información que debe estar referida a las técnicas, prácticas o procedimientos en sí mismos, así como también respecto a su conocimiento sobre las políticas estatales preventivas del lavado; pues, no basta pertenecer a estos sectores sino que se requiere del uso y abuso de su calidad especializada.

Consecuentemente, debe quedar claro que hay que considerar como agentes, para efectos de esta agravante, tanto a los agentes formales, registrados, o con el título correspondiente, así como también a las persona que por realizar habitual y cotidianamente sus funciones en los sectores inmobiliario, financiero, bancario o bursátil, pese a no ser formales, aparecen como especialistas de la materia (encontrándose en condiciones inmejorables de cometer o en cubrir el lavado) y conocen debidamente las políticas estatales antilavado y por ello mismo se encuentran en la misma posición material y jurídica que los agentes formales, correspondiéndoles el mismo reproche penal en caso de realizar las conductas típicas de lavado de activos.

## 5.2. EL AGENTE COMETE EL DELITO EN CALIDAD DE INTEGRANTE DE UNA ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En primer lugar, es necesario precisar que puede interpretarse el término organización criminal, al menos en un sentido genérico, en términos similares al de asociación ilícita. La idea central de organización se deriva de la existencia de un ente con carácter de “institución” y que posee las notas de *permanencia y regularidad* en el tiempo. La organización no depende de la conservación y regularidad de sus miembros, los cuales pueden cambiar constantemente sin que ello implique su alteración o desaparición. La organización está lejos de ser un conglomerado humano o una simple forma numérica en la que solo basta un concierto más o menos ordenado de voluntades superpuestas entre sí sin ningún criterio rector o sin un sentido último; en realidad, ella supone, en su acepción jurídica, una determinación clara y definida de los objetivos a alcanzar –lavado de activos en este caso– y una adecuada selección de los medios y procedimientos, disponiendo de una elemental distribución de funciones –ya que no todos los miembros van a realizar la misma tarea– y un necesario principio jerárquico tanto en el mando, como en la toma de decisiones y en la ejecución de las mismas; aún cuando actualmente, no se descarta la existencia de organizaciones horizontales, en donde las jerarquías han desaparecido o no son relevantes; tales parecen ser los casos en que personas provenientes de diversas organizaciones se asocian para optimizar su actividad criminal.

La *organización* se distingue de la simple autoría y participación y de la conspiración para delinquir, en que en esta no basta la intervención de un número plural de personas en la fase preparatoria del delito, sino que la idea de organización queda satisfecha cuando se logra establecer una formal o material *distribución de funciones* entre los miembros, determinando los “deberes” y “derechos” de cada uno de ellos, como la actividad que ha de cumplir y, además, que exista por lo menos una elemental *estructura jerárquica* entre los “asociados”<sup>(192)</sup>, señalando un determinado mando y rango, ya sea

---

(192) No considera la organización jerárquica MAGGIORE, Giuseppe; Derecho Penal; Vol III; p. 450, pues “le basta un concierto, de carácter permanente, de intenciones y de acciones”.

personal o colegiado, y una determinada línea de acción vertical, basada en el compromiso, elemental lealtad y obediencia respecto a los acuerdos comunes.

Dicha organización no debe ser necesariamente formal, en el sentido de verse reflejada en un estatuto o un reglamento en el que se señala los cargos, competencias y funciones, ya que de ser así solo las asociaciones que documentasen su finalidad ilícita y la actividad que desarrollan serían alcanzadas por el Derecho penal, quedando fuera las organizaciones irregulares que no cumplen con este requisito. Se debe evitar extrapolar las categorías propias del Derecho Privado (Civil y Comercial) al seno del Derecho penal en la construcción del concepto de organización, pues estas organizaciones de Derecho Privado, son protegidas por el derecho, precisamente porque se forman y estructuran de acuerdo al Derecho y cumplen una finalidad lícita y en beneficio de la sociedad o de los individuos; en cambio las organizaciones criminales se forman para contravenir al Derecho.

Otro de los requisitos que se encuentra detrás de la noción de organización es el *sometimiento y la aceptación* del “asociado”, “miembro” o “integrante” a la voluntad general o a los acuerdos colectivos. Se habla aquí de una *disciplina corporativa*. La oposición o silencio de un integrante frente a los acuerdos colectivos, que no suponga la colocación de una barrera de contención seria para evitar el desarrollo ulterior del propósito criminal de la asociación o de alguno de sus miembros, no lo exime de pena, cuando se mantenga dentro de la organización. En el mejor de los casos implicará una atenuación de su responsabilidad.

El formar parte de la organización o, mejor dicho, la relación de pertenencia del afiliado a la organización criminal, no debe entenderse en términos formales, como si se exigiera un vínculo jurídico válido o un acto solemne que declare la vinculación de una persona con la asociación; la afiliación debe comprenderse en un sentido *material*, requiriendo únicamente la vinculación fáctica y real entre el integrante y la organización, no importando la naturaleza o modo del ligamen del “socio” con la organización criminal. Puede tratarse de una organización criminal que desarrolla sus operaciones a nivel nacional o internacional.

La organización requiere un acuerdo o pacto común entre los “asociados”, por ejemplo, en el instante de su creación; o en su caso, la adhesión de uno o más asociados al pacto y al acuerdo inicial; igualmente, requiere una aceptación de los fines a los que la organización propende<sup>(193)</sup>. Dicho acuerdo puede ser expreso o tácito. No es necesario que conste en algún documento o en un soporte material<sup>(194)</sup>. Es más, la doctrina está de acuerdo en señalar que la afiliación se puede dar a través de *hechos concluyentes*<sup>(195)</sup> o actos materiales de los miembros.

Normativamente, la Ley N° 30077, en su artículo 2° ha establecido: “... se considera organización criminal a cualquier agrupación de tres o más persona que se reparten diversas tareas o funciones cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable y por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves ...”; en el mismo sentido, también la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, define en su artículo 2° qué debemos entender por organización criminal.

Si se entiende que la relación de pertenencia o de afiliación es el núcleo de la imputación, tal característica permite delimitar y excluir del ámbito de la tipicidad una serie de comportamientos que caen fuera del círculo de la autoría como es el caso del tercero ajeno a la asociación que sin ser afiliado o integrante de la misma desarrolla actos de colaboración o de favorecimiento. En ese sentido queda claro que se puede actuar en la organización, colaborar con ella, pero no pertenecer a la misma<sup>(196)</sup>. Dichos actos de favorecimiento pueden dar lugar, en todo caso, a formas de participación en el delito, sobre todo de complicidad. Sin embargo, ello no es óbice para que quien tiene la

---

(193) Cfr. CREUS, Carlos: “Derecho Penal. Parte Especial”: T II; p. 107.

(194) Cfr. CORNEJO, Abel: “Asociación Ilícita”. p. 42.

(195) Cfr. GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: “Asociaciones Ilícitas en el Código Penal”. p. 251.

(196) Cfr. CREUS, Carlos: *Ob. Cit.* T II; p. 109; LAJE ANAYA, Justo: “Comentarios al Código Penal”. Vol. IV, p. 22; GARCÍA PABLOS DE MOLINA, Antonio: *Ob. Cit.* p. 251.

calidad de cooperador pueda luego pasar a formar parte de la organización al haber sido aceptado<sup>(197)</sup>.

Esta agravante no diferencia la posición que ocupa el agente en la organización criminal, puede tratarse del jefe o agente con funciones de dirección o de un agente que ocupa un menor escalafón dentro de la organización; pues, no se ha tenido en cuenta como una circunstancia de especial gravedad el hecho de que el sujeto activo del delito tenga la calidad de jefe, dirigente o cabecilla de la organización criminal, tal como se hacía en el texto original del artículo 297° del Código Penal o lo hacen algunos otros sistemas jurídicos<sup>(198)</sup>. Sin embargo, en aplicación del artículo 22° a) de la Ley N° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado), tratándose de organizaciones criminales, el Juez aumenta la pena hasta en un tercera parte por encima del extremo máximo de la pena prevista para el delito (esto es, por encima de los 20 años de pena privativa de libertad, e inclusive por encima del extremo máximo de la pena de multa), cuando se trata de un agente que es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección o supervisión de la organización criminal. Y nótese que la norma no señala que el Juez puede aumentar, sino que el Juez aumenta, por lo que no queda a la potestad del Juez sino que es una obligación; lo que queda a la potestad del Juez es únicamente la determinación de la fracción a aumentarse. En tal sentido, la pena máxima, en este caso, podrá ser hasta de 30 años de pena privativa de libertad.

Si bien, la existencia de la organización se manifiesta y prueba muchas veces a través de las reuniones periódicas o circunstanciales que realizan sus miembros, al mediar una presencia física, no hay mayor problema para admitir su existencia, cuando los acuerdos, directivas, incorporaciones o aportaciones se llevan a cabo sin necesidad que los miembros se reúnan alguna vez o habiten en el mismo lugar<sup>(199)</sup>, dado que dicha asociación puede entablar lazos de permanencia y comunicación a través del empleo de procedimientos técnicos

---

(197) Cfr. LAJE ANAYA, Justo: *Ob. Cit.* p. 22.

(198) PRADO SALDARRIGA: *Ob. Cit.* p. 170.

(199) Cfr. FONTÁN BALESTRA, Carlos: "Tratado de Derecho Penal". Buenos Aires; Abeledo - Perrot; 1969; T VI; p. 405.

como la utilización de la Internet, de la telefonía celular, del fax u otros medios técnicos semejantes. Puede emplear también emisarios o correspondencia<sup>(200)</sup>.

Lo dicho pretende remarcar que para la existencia de la organización no es necesario comprobar que sus miembros se hayan reunido alguna vez o que se hayan conocido o posean algún tipo de distintivo o identificación. Por tanto, no toda reunión en donde se planifica la comisión de lavado de activos, significa la presencia de la agravante en cuestión, o que a falta de una reunión física entre los integrantes del cuerpo criminal estemos ante la ausencia de la organización criminal. Lo único que se debe acreditar de manera fehaciente es que la organización tenga una vocación de permanencia y de duración en el tiempo<sup>(201)</sup>. Y ello de manera autónoma e independiente a si ha existido o no reuniones o si los miembros se han conocido o no.

Para la configuración de la presente agravante, no debe tratarse de cualquier organización delictiva, sino de una dedicada al lavado de activos, lo que le da especial experticia y especialización al agente, a la vez que asegura la consumación e impunidad de sus operaciones de lavado, lo que obviamente dota de especial peligrosidad al agente del delito; siendo esta la razón de la agravación de la conducta<sup>(202)</sup>. Sin embargo, para la configuración de la conducta típica no se requiere de una pluralidad de agentes, siendo suficiente la participación de uno solo, siempre que actúe en cumplimiento de los designios y operatividad de la organización criminal a la cual está vinculado<sup>(203)</sup>.

Finalmente, es necesario precisar que se discute si se presenta o no un concurso real de delitos entre el delito de lavado de activos agravado y el delito

---

(200) Cfr. CORNEJO, Abel: *Ob. Cit.* p. 43; LAJE ANAYA, Justo: *Ob. Cit.* p. 24.

(201) Cfr. MAGGIORE, Giuseppe: "Derecho Penal". Vol III; p. 450 nota 11.

(202) GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 145; precisa que la norma no señala si la organización criminal a la que pertenece el agente es la que ha generado los activos de procedencia delictiva o la organización criminal dedicada al lavado de activos, y por ello concluye que la agravante se configurará en ambos casos. Por nuestra parte concluimos que solo se trata de la organización dedicada al lavado, pues, la norma no hace referencia a la acción configurativa del delito previo, sino a la del lavado de activos; consecuentemente, será en este momento en que se aprecia la existencia de la organización delictiva y considerarse esta organización dedicada al lavado de activos.

(203) PRADO SALDARRIAGA: "Criminalidad organizada y lavado de activos". p. 261.

de asociación ilícita para delinquir previsto en el artículo 317° del Código Penal. Al respecto es de verse que la culpabilidad y reproche considerado para el tipo penal del artículo 317° es consumido y agotado por el delito de lavado de activos, en el cual se ha considerado a la asociación delictiva como un elemento (circunstancia agravante) de su configuración; en tal sentido, en este caso nos encontramos ante un concurso aparente de normas que se resuelve aplicando el principio de consunción.

### **5.3. EL VALOR DEL DINERO, BIENES, EFECTOS O GANANCIAS INVOLUCRADOS ES SUPERIOR AL EQUIVALENTE A QUINIENTAS (500) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS.**

Esta agravante es otra novedad contenida en la nueva Ley de Lavado de Activos, D. Leg. N° 1106. Resulta obvio que un valor elevado de los bienes y activos materia de lavado significa un mayor grado de afectación al bien jurídico y por ello también implican un mayor reproche penal contra el agente, a la vez que revela su mayor peligrosidad; pues, no se puede comparar, en términos de incriminación penal, el ocultamiento de activos por un pequeño valor, como por ejemplo veinte mil soles, de la conversión o transferencia por un monto de varios millones de dólares. En tal sentido, esta nueva agravante resulta plenamente acertada.

La norma ha considerado un parámetro de medida constituido por la Unidad Impositiva Tributaria, la misma que se reajusta periódicamente, por lo que también el monto de esta agravante se verá reajustada conforme a la variación de la UIT. El concurso a este baremo referencial (UIT) ya se venía observando en otras ramas del ordenamiento jurídico como en la Ley de Delitos Aduaneros N° 28008; y claro, para la configuración de este agravante se ha considerado que el valor de los activos involucrados sea superior a las quinientas (500) UITs; esto es, actualmente la agravante se configurará si los activos lavados tienen un valor superior a 1'800,000 soles aproximadamente, estando al valor de la UIT. Este valor tendrá que ser determinado a través de la pericia correspondiente, salvo que el mismo sea evidente.

Con esta agravante el valor de los activos materia de lavado ha pasado a tener relevancia en nuestro medio y el agente tendrá que conocer o estar en la probabilidad de conocer el valor de los activos materia del lavado, puesto que dicho valor configura un elemento constitutivo del tipo penal agravado materia de comentario. De no conocerlo estaremos frente al error de tipo previsto en el artículo 14° del Código Penal, pero el agente responderá por el tipo básico. No obstante, no se exigirá un conocimiento acabado o integral, siendo suficiente que el agente se represente el valor de los activos estando al volumen o importancia de la operación; pues, en este caso será suficiente el dolo eventual<sup>(204)</sup>.

Para esta agravante resulta relevante el supuesto referido al monto o valor de los efectos o ganancias del delito en los casos de mezcla de activos lícitos con otros de origen delictivo, pues, si se conociera el monto de los activos ilícitos mezclados con los lícitos, se descontará del monto o valor económico total la fracción de activos lícitos, incluso en los casos en que de la mezcla haya resultado un bien único e indivisible; pues, lo contrario implicaría imponer al agente una carga incriminatoria inexistente, lo cual no se condice con un sistema de vigencia de los derechos fundamentales propio de un Estado Constitucional de Derecho.

#### **5.4. EL DINERO, LOS BIENES, EFECTOS O GANANCIAS INVOLUCRADOS PROVIENEN DE LA MINERÍA ILEGAL, TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, TERRORISMO, SECUESTRO, EXTORSIÓN O TRATA DE PERSONAS**

Además de los supuestos anteriores referidos a la condición especial del sujeto y a la forma como el hecho es cometido (en los que se instrumentaliza la función o cargo, o se sirve de la estructura de una organización criminal), se ha considerado una tercera circunstancia agravante de segundo grado, que está referida al delito del cual provienen o al cual están vinculados los activos materia del lavado. Este es el supuesto de mayor gravedad, al haberse establecido una pena privativa de libertad no menor de 25 años, por contraposición

---

(204) En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 146.

a los demás supuestos agravados (de primer grado) en los que la pena no será superior a 20 años.

En esta agravante se han considerado como delitos previos a los cuales deben estar vinculados los activos materia de lavado a los delitos de *minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas*; obviamente estos son delitos de extrema gravedad que el legislador busca prevenirlos especialmente, estando a su gran frecuencia, sus niveles elevados de afectación al bien jurídico y las grandes cantidades de beneficios que reportan para sus agentes, lo que obviamente constituye un estímulo para los agentes delictivos. En tal sentido, con esta agravante se pretende complementar el mensaje preventivo contenido en las normas penales correspondientes a estos delitos previos. Pues, los delitos de *TID y terrorismo* son considerados especialmente graves por la propia comunidad internacional, a tal punto que los convenios internacionales recomiendan especialmente su persecución y represión severa, tanto a las acciones típicas de estos delitos así como a las actividades destinadas a su financiamiento o a la legitimación de sus efectos y ganancias; consecuentemente, su persecución más severa constituye la armonización de nuestra legislación con los estándares internacionales.

Sin embargo, en el caso de los delito de tráfico ilícito de drogas debemos advertir que se considera a los delitos de TID en general, y como se sabe, dentro de estos están diversos tipos penales, unos de especial gravedad como los comprendidos en el artículo 297° del Código Penal, y otros mucho menos graves como los comprendidos en el artículo 296° del Código, y los mucho menos graves como los previstos en el artículo 298° además de los otros tipos penales previstos en esta Sección del Código. Y obviamente, no parece proporcional considerar a todos estos tipos penales en esta agravante (especialmente grave), pese a que varios de estos resultan de poca gravedad. En tal sentido, en la interpretación y aplicación de esta norma agravante, deberán observarse los criterios de proporcionalidad y razonabilidad a fin de evitar excesos e infringir el principio de proscripción de la arbitrariedad. Y de *lege ferenda*, debe modificarse la norma a fin de comprender en esta agravante, solo a los casos de TID especialmente graves

Asimismo, respecto a los *delitos de minería ilegal, secuestro extorsión y trata de personas* “su selección (como circunstancia agravante) también resulta razonable, por el significado propio que tienen estas infracciones al interior del Código Penal nacional, ya que son referentes directos de la inseguridad ciudadana que sensibiliza actualmente a nuestra sociedad. Además, ellos representan opciones importantes para la obtención de ingentes beneficios económicos ilegales, así como por constituir formas inhumanas de explotación”<sup>(205)</sup>.

Respecto a la configuración de esta agravante PRADO SALDARRIAGA sostiene que “... es el único caso en la legislación penal peruana contra el lavado de activos, donde el delito fuente o precedente adquiere relevancia normativa o probatoria. En efecto solo para la configuración de esta agravante específica de segundo grado o nivel, constituye presupuesto o requisito indispensable la conexión directa o indirecta de los bienes objeto de los actos de lavado que ejecuta el agente, con, cuando menos uno de los delitos que de modo taxativo señala el párrafo tercero del artículo 4°. Por lo cual, igualmente, la prueba suficiente de esa relación se convierte en una exigencia procesal ineludible para que puedan tener plena eficacia los efectos agravantes señalados por la norma”<sup>(206)</sup>. De ello se aprecia que este autor estaría considerando o equiparando al delito previo, en este caso, como un elemento normativo del tipo penal, que debe ser acreditado necesariamente en un debido proceso (esto es, tienen que ser acreditado más allá de la duda razonable a fin de desvirtuar la presunción de inocencia y de descartar la aplicación del principio *in dubio pro reo*, acreditación que deberá determinarse procesalmente conjuntamente con el delito de lavado de activos o previamente a este). Obviamente, ello tendría algún sentido si es que considerásemos que para la configuración del delito de lavado de activos en sus supuestos básicos (u otras agravantes) no necesitamos vincular a los activos materia del lavado con algún delito previo; lo que a nuestro criterio no es el sentido de nuestra norma penal.

---

(205) PRADO SALDARRIAGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 263.

(206) PRADO SALDARRIAGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. pp. 263 y 264.

Por nuestra parte hemos dejado claramente establecido que en todos los tipos de lavado de activos previstos en los artículos 1°, 2° o 3° de la norma, una de las características del objeto del delito (los activos materia del lavado) es su vinculación a alguna de las actividades delictivas previas consideradas por la ley, la misma que expresamente señala el *origen delictivo* del dinero, bienes efectos o ganancias materia del lavado (artículos 1°, 2° y 3° concordante con el segundo párrafo del artículo 10° de la Ley). Sin embargo, esta vinculación solo debe establecerse de modo razonable, sin necesidad de la acreditación del delito previo en un debido proceso. En el caso de la presente agravante, la vinculación de los activos materia del lavado a los delitos previos no tiene por qué ser distinta, la única diferencia es que en los tipos básicos puede tratarse de cualquier actividad delictiva o criminal, mientras que para la configuración de esta agravante tiene que tratarse de una vinculación únicamente a los delitos específicos de *minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas*; pudiendo vincularse únicamente a uno de estos delitos o a más de uno. Y claro, el autor debe conocer o estar en probabilidad de conocer que los activos provienen o están vinculados precisamente a alguno de estos delitos; descartándose la agravante si solo conoce que se vincula a la actividad delictiva en general, esto es, no conoce o debía presumir su vinculación con los delitos específicos anotados.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que con posterioridad a la Ley de lavado de activos (D. Leg. N° 1106) se ha dictado la Ley N° 30076, la misma que ha comprendido como casos de receptación agravada a los supuestos en que se trata de actos de *adquisición, recepción, guarda, venta u ocultamiento* de activos o bienes provenientes de los delitos de secuestro, extorsión y trata de personas, con lo cual tácitamente se ha modificado la norma que contempla la agravante de segundo nivel en estos extremos; por lo que en estos casos resultará de aplicación el tipo de receptación agravada y no el de lavado de activos, por tratarse de una norma posterior<sup>(207)</sup>. Obviamente esto constituye una incoherencia del legislador, pero en virtud al principio de legalidad, no queda otra opción.

---

(207) Al respecto ver mayor detalle en nuestro trabajo: “*El delito de lavado de activos*”. pp. 112 y ss.



## 6. FORMAS ATENUADAS

*Artículo 4.- Formas atenuadas.*

(...)

*La pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años y de ochenta a ciento diez días multa, cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. La misma pena se aplicará a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1, 2 y 3 del presente Decreto Legislativo.*

### 6.1. EL VALOR DEL DINERO, BIENES, EFECTOS O GANANCIAS NO ES SUPERIOR A CINCO (5) UNIDADES IMPOSITIVAS TRIBUTARIAS (UIT)

Esta atenuante, igualmente, es otra novedad contenida en la nueva Ley de Lavado de Activos, D. Leg. N° 1106; la misma que resulta plenamente necesaria<sup>(208)</sup>; pues, resulta obvio que si los bienes materia de lavado tienen un valor mínimo la afectación al bien jurídico resulta evidentemente menor, lo que a la vez incide en una menor peligrosidad y un menor reproche penal contra el agente. Pero claro, debe tratarse de supuestos de la envergadura suficiente como para configurar los tipos penales correspondientes, descartándose los casos de valor insignificante que no constituyen propiamente una afectación al bien jurídico y por ello no se configura la tipicidad penal.

---

(208) En el mismo sentido, PRADO SALDARRIAGA: "Criminalidad organizada y lavado de activos". p. 264.

También para la presente circunstancia atenuante la norma ha considerado como referente a la Unidad Impositiva Tributaria, la misma que se reajusta periódicamente, por lo que también el monto de esta agravante se verá reajustada conforme a la variación de la UIT. Este valor tendrá que ser determinado a través de la pericia correspondiente, salvo que el mismo sea evidente.

En estos casos el valor de los activos materia de lavado es determinante para la configuración de la circunstancia atenuante, sin que resulte relevante el aspecto subjetivo del agente; pues, este puede conocer el escaso valor del activo o desconocerlo, pero realizadas las investigaciones se determina el escaso valor. Inclusive el agente puede creer que el activo materia de lavado tiene un valor superior a las 5 UITs, es más, puede creer que tiene un valor superior a las 500 UITs (circunstancia agravada), sin que ello sea óbice para la configuración de la circunstancia atenuante; pues, como ya se ha señalado en páginas anteriores, el aspecto subjetivo solo se evalúa, una vez que se ha cumplido con la verificación de los elementos objetivos del tipo.

En la legislación comparada como la española se habla de “blanqueo de capitales”, y por ello “... solo se puede hablar de blanqueo cuando se trate de una cantidad de bienes que pueden constituir un ‘capital’”; esto es, una cantidad significativa que pueda servir para llevar adelante una actividad económica comercial o empresarial rentable<sup>(209)</sup>; con ello igualmente, se descartarían del tipo penal de lavado de activos a los casos de escaso valor o de valor insignificante

## **6.2. EL AGENTE PROPORCIONE INFORMACIÓN EFICAZ PARA EVITAR CONSUMACIÓN DEL DELITO, IDENTIFICAR Y CAPTURAR A SUS AUTORES O PARTÍCIPES, DETECTAR O INCAUTAR LOS ACTIVOS ILÍCITOS**

El último párrafo del artículo 4° de la Ley (D. Leg. N° 1106), con una pésima técnica legislativa, establece, al parecer como circunstancia atenuante, el hecho que el agente del delito (autor o cómplice) proporcione a las

---

(209) Al respecto ver, DEL CARPIO DELGADO: “Principales aspecto...”. p. 72.

autoridades *información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes así como detectar o incautar los activos de origen delictivo*. En tal sentido, si el agente que comete los tipos básicos previstos en los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley (que establecen una pena no menor de ocho ni mayor de quince años de pena privativa de libertad y ciento veinte a trescientos cincuenta días multa), proporciona la información referida, se le aplicará una pena privativa de libertad de solo cuatro a seis años y ochenta a ciento diez días multa; lo que obviamente puede llevar a asumir que estamos frente a un tipo penal atenuado.

Al respecto, es de tener en cuenta que las formas o tipos atenuados son los que presentan circunstancias o están rodeados de determinados acontecimientos o elementos que se encuentran presentes al momento de la comisión del delito; estos modifican la naturaleza o la tipicidad penal de la conducta configurando un tipo penal específico a partir de la circunstancia agravante; consecuentemente, tienen prevista en la ley penal una pena menor que la que corresponde a los tipos básicos correspondientes. Las circunstancias atenuantes inciden esencialmente sobre la *culpabilidad* con la que actúa el agente al momento de la comisión del delito. Para la configuración del tipo penal atenuado se requiere de la presencia de todas las características o elementos que componen el tipo penal, y obviamente de la circunstancia atenuante al momento de cometerse el delito. De otro lado, existen las circunstancias atenuantes en general que solo inciden en la disminución de la pena pero no modifican la naturaleza o la tipicidad de la conducta; en este caso, la atenuante puede presentarse al momento de la comisión del delito (arrepentimiento o desistimiento) o con posterioridad a esta, como el caso del confesión sincera, los casos de reincidencia o habitualidad, o en general todos los supuestos de derecho premial, colaboración o contribución a la eficacia de la administración de justicia.

En el caso del lavado de activos específicamente la última parte del artículo 4° de la Ley, se han considerado cinco supuestos de atenuación:

1. El caso del *valor de los activos menor a las cinco UITs* que constituye claramente una circunstancia de derecho penal sustantivo y que determina la configuración de un tipo penal atenuado, tal como ya lo vimos líneas antes.

2. Asimismo, se ha previsto la atenuante referida al otorgamiento de información eficaz para *evitar la consumación del delito*; este se trata de un supuesto de derecho penal sustantivo referido al *iter criminis* delictivo; es decir, la información eficaz proporcionada impide la consumación del delito de lavado de activos (supuestos previstos en los artículos 1°. 2° y 3° de la Ley); o dicho de otro modo, con la información otorgada la autoridad evita que el delito se consuma. En este caso estaríamos claramente ante un supuesto de *arrepentimiento activo*, el que de conformidad con el artículo 18° del Código Penal no resultaría punible<sup>(210)</sup>. Sin embargo, estos supuestos de arrepentimiento activo solo operan en los delitos de resultado o de lesión, que no es el caso de los supuestos de lavado de activos, que se han configurado como delitos de peligro y de simple acción (salvo casos excepcionales en que será posible la tentativa a los que ya nos hemos referido) especialmente en los casos de ocultación y tenencia previstos por la Ley<sup>(211)</sup>; consecuentemente, como quiera que estos casos se trata de delitos de peligro, en los que ya se habría consumado el delito cuando el agente proporciona la información, ya no puede quedar exento de pena, por ello mismo, lo único que queda es aplicar la pena del tipo penal atenuado. Asimismo, pueden presentarse casos en que la información puede servir para evitar que el delito de lavado de activos se produzca cuando este aún se encontraba a nivel de actos preparatorios o cuando se conocía el destino que los agentes (o eventuales terceros) del delito previo iban a dar a los efectos o ganancias del delito.

3. De otro lado, prevé la circunstancia atenuante constituida por el otorgamiento de información voluntaria y eficaz para *identificar y capturar a los autores o partícipes* del delito de lavado de activos; apreciándose en este caso que se ha establecido que la información proporcionada debe facilitar no solo la identificación del agente del delito sino también su captura; consecuentemente si la información solo permite la identificación o solo la captura (no

---

(210) En sentido similar: GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". pp. 142 y 143.

(211) Al respecto, GARCÍA CAVERO, para viabilizar la aplicación de este supuesto, diferencia entre la consumación en sentido formal y sentido material, señalando que en el último caso podría ser posible este supuesto de atenuación, cuando la realización del peligro concreto o lesión resulte posterior a la realización de la conducta típica peligro. "El delito de lavado de activos". p. 143.

ambas conjuntamente) la atenuación no tendrá lugar<sup>(212)</sup>; sin embargo, no será necesario que se tenga que identificar o capturar a todos los intervinientes en el delito sino que será suficiente con que se identifique y capture solo a alguno de ellos; obviamente, si la información sirviera para identificar y capturar a todos los agentes delictivos, la misma tendrá mayor relevancia y ameritará conceder la mayor disminución de la pena que sea posible.

4. Finalmente, el otro supuesto de atenuación es que la información resulte idónea para *detectar o incautar* los activos de origen delictivo; en este caso a diferencia del anterior, no se ha establecido la doble exigencia, por lo que será suficiente para conceder la atenuación que la información sea suficiente para detectar los activos sin necesidad de que permita su incautación, o que permita la incautación de activos ya detectados<sup>(213)</sup>. Obviamente si la información resulta útil para lograr ambos cometidos el beneficio a otorgarse será el mayor permitido por la ley.

En tal sentido, en la última parte del artículo 4° de la Ley de Lavado se ha previsto una circunstancia atenuante configurativa del tipo penal y de naturaleza sustantiva, la misma que debe estar presente al momento de la comisión del delito, así como una circunstancia de arrepentimiento activo, y otras circunstancias atenuantes que constituyen simplemente una expresión del llamado “derecho premial” que se otorga a los agentes delictivos que colaboran con la administración de justicia; medida que se adopta con fines político-criminales y como una estrategia procesal para enfrentar eficazmente al delito, especialmente a la criminalidad organizada, propendiendo a reducir su impunidad<sup>(214)</sup>. En este último caso se trata de la institución procesal llamada *colaboración eficaz*, la misma que ya con anterioridad había sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico a través de la Ley N° 27378 y el vigente Código Procesal Penal (arts. 472° y ss.).

---

(212) En el mismo sentido GARCÍA CAVERO: “*El delito de lavado de activos*”. p.143.

(213) En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p.143

(214) Al respecto, ver: QUIROZ SALAZAR, William: “La colaboración eficaz como estrategia política procesal contra el crimen en el Perú”. En Revista Oficial del Poder Judicial, N° 1-2, Lima, 2008, p.164.

Estos mecanismos de colaboración eficaz tienen visos transaccionales puesto que el colaborador obtiene beneficios premiales a cambio del otorgamiento de información relevante otorgada; los beneficios y la importancia de la información deberán tener una relación de proporcionalidad, la misma que será evaluada y determinada por el Fiscal y el Juez del modo establecido en el Código Procesal Penal.

Los beneficios por colaboración eficaz, como expresiones premiales consisten en la *reducción o disminución* de pena, la *suspensión de su ejecución*, la *exención y la remisión*, así como el otorgamiento de *beneficios penitenciarios*, como contraprestación al aporte constituido por la información veraz, oportuna y relevante, proporcionada por quien se encuentre o no procesado e inclusive sentenciado, que permita lograr la interrupción de acciones delictivas o la morigeración de sus efectos, el conocimiento de las circunstancias que rodearon a la comisión del hecho punible, la identificación de los autores y partícipes y la desarticulación de organizaciones delictivas, así como el descubrimiento y entrega de instrumentos, efectos y ganancias delictivas.

El caso en comento en realidad se trata de un beneficio de *reducción o disminución de pena*, puesto que la pena correspondiente a los tipos penales básicos previstos en los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley (a los que resulta aplicable) establecen una pena no menor de ocho ni mayor de quince años de pena privativa de libertad y ciento veinte a trescientos cincuenta días multa, y por el hecho de proporcionar la información veraz y oportuna (la que será debidamente comprobada) el colaborador solo será merecedor de una pena de entre cuatro y seis años. En este sentido, el beneficio establecido en el artículo 4° de la Ley de Lavado, resulta coincidente con el establecido en el artículo 474°.2 del Código Procesal Penal, norma que resultaría aplicable inclusive sin recurrir al contenido del artículo 4° de la Ley de Lavado de Activos<sup>(215)</sup>. Siendo así, y al tratarse de un mecanismo procesal consistente en un beneficio por colaboración eficaz, resulta preeminente el Código Procesal Penal respecto a la ley de lavado de activos para resolver cualquier contradicción que

---

(215) En tal sentido, disentimos de PÁUCAR CHAPPA en cuanto señala que el otorgamiento de la información constituye una circunstancia atenuante de carácter sustantivo: *Ob. Cit.* pp. 157.

podiera surgir en la interpretación de ambas normas, estando al principio de especialidad.

Si ello es así, de conformidad con el artículo 474°.5. de la norma procesal, este beneficio no será aplicable a los jefes, cabecillas o dirigentes principales de las organizaciones delictivas, a diferencia de la otra circunstancia atenuante (menos de 5 UITs) que resulta aplicable en todos los casos, incluidos los jefes, cabecillas o dirigentes principales; pues, en este último caso la circunstancia agravante es un elemento configurativo del tipo atenuado, mientras que en el anterior se trata solo de un beneficio premial por colaboración eficaz, el mismo que no tiene incidencia en la configuración del tipo penal sino únicamente en la determinación de la pena aplicable<sup>(216)</sup>, y este tipo de beneficios está prohibido para los jefes, cabecillas o dirigentes.

Así las cosas, no creemos que en este caso se puedan presentar problemas respecto a si se impone la pena privativa de libertad de 4 a 6 años como lo establece el artículo 4° de la Ley de Lavado de Activos o si se aplica la exención de pena como lo estipula el Código Procesal Penal, puesto que como hemos señalado, la norma de lavado de activos solo establece una disminución de la pena y en ningún momento la exención, lo que resulta plenamente compatible con la norma procesal<sup>(217)</sup>.

---

(216) PÁUCAR CHAPPA: *Ob. Cit.* pp. 157 y 158.

(217) Al respecto PÁUCAR CHAPPA, maneja criterio distinto.



## 7. OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES O TRANSACCIONES SOSPECHOSAS

*Artículo 5.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas.-*

*“El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro (4) ni mayor de ocho (8) años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa, e inhabilitación no mayor de seis años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.*

*La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal”*

### 7.1. CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL

En el marco de una lucha frontal contra al lavado de activos, la normatividad nacional en consonancia con los documentos internacionales ha impuesto a las entidades y agentes que desarrollan sus actividades en aquellos sectores comerciales, financieros o de servicios a los cuales se considera vulnerables respecto a las acciones de lavado de activos, la obligación de observar e implementar medidas preventivas orientadas al control de las operaciones y transacciones sospechosas a fin de posibilitar su detección y oportuna *comunicación* a las autoridades competentes. De este modo se busca lograr la colaboración de los funcionarios o agentes de aquellos sectores vulnerables con las autoridades

encargadas de la persecución, investigación, procesamiento y sanción de estos ilícitos, de tal modo que se emprenda una lucha conjunta e integral contra esta lacra social, involucrando a los agentes de todos los sectores económicos y financieros y las autoridades competentes. Estas obligaciones contenidas específicamente en las leyes, reglamentos u otras disposiciones dictadas en el marco de la lucha contra el lavado de activos, establecen deberes especiales a cargo de las personas obligadas, de tal suerte que de infringirlos quedan sujetas a la respectiva responsabilidad administrativa o penal.

La *sanción administrativa* correspondiente a la infracción de estos deberes especiales ya está prevista desde la vigencia de normas anteriores a la Ley de Lavado de Activos, como la Ley N° 26702 (Ley general del Sistema Bancario, Financiero y de Seguros), que en su artículo 379° incisos 2) y 4) establece la sanción de multa, prohibición temporal de realizar transacciones, así como la suspensión o revocación de la autorización de funcionamiento de las entidades correspondientes; aun cuando estas sanciones solo pueden imponerse a las personas jurídicas o entidades cuyos empleados, funcionarios, directores u otros representantes autorizados incurren en la infracción de estos deberes especiales. Estos criterios fueron ratificados por el artículo 16° de la Ley N° 27693 (Ley de creación de la Unidad de Inteligencia Financiera) la que además, establece en su articulado toda una gama de entidades y personas obligadas a cumplir con dicha obligación.

Asimismo, la *sanción penal* por la infracción de estos deberes especiales correspondientes a los empleados, funcionarios, directores u otros representantes autorizados ya estaban contenidas en el inciso 3) del artículo 379° de la referida Ley N° 26702. Sin embargo, esta norma, aun cuando establecía la responsabilidad penal de dichos agentes, no definía propiamente el tipo penal y la sanción penal concreta que correspondía aplicar, y por tanto no podía aplicarse en un contexto vinculado a la proscripción del delito de lavado de activos; en todo caso, las conductas omisivas podían encuadrarse en el delito de *omisión de denuncia*, o si se hubiese falseado la información utilizando medios documentales, podía configurar un delito de *falsedad documental*<sup>(218)</sup>. Recién la

---

(218) PRADO SALDARRIAGA: "Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo". p.175.

Ley de Lavado de Activos establece el tipo penal así como la sanción penal correspondiente. La tipificación penal de estas conductas resulta plenamente compatible con una política integral de lucha contra el lavado de activos, en la que se comprende tanto los tipos penales propiamente de lavado de activos así como tipos penales complementarios o periféricos que coadyuvan a la protección del bien jurídico tutelado por los delitos de lavado de activos<sup>(219)</sup>.

En efecto, el art. 4° de la Ley de Lavado N° 27765, modificado por el D. Leg. N° 986, castigaba por primera vez en nuestro derecho positivo la infracción del deber u omisión de comunicar a la autoridad competente las operaciones o transacciones sospechosas que hubieran detectado los empleados, funcionarios, directores u otros representantes autorizados de las personas o entidades obligadas<sup>(220)</sup>; esta norma actualmente ha sido complementada por la ley en actual vigencia (D. Leg. N° 1106), que ha introducido la omisión de reporte culposa o imprudente.

Este precepto legislativo constituye la especial innovación de la Ley del Lavado de Activos, y guarda armonía con el Reglamento Modelo de la OEA-CICAD, que recomienda la tipificación en las legislaciones de los estados miembros de los tipos penales de omisión de reporte, tanto los supuestos dolosos así como los imprudentes. La conveniencia de la tipificación de estas conductas omisivas, resulta coherente con la política general de lucha contra el lavado de activos emprendida por el Estado en consonancia con los instrumentos internacionales, y por tanto, constituye un acierto de la Ley, pues con una medida de carácter penal como esta, se conmina especialmente a los sujetos obligados, quienes normalmente acostumbran guardar silencio respecto a las operaciones o transacciones sospechosas o inusuales de sus clientes con la finalidad de no verse involucrados en las investigaciones de los mismos; y con ello facilitan de cierto modo, las acciones de los lavadores de activos. Las personas portadoras del deber de informar y por tanto potenciales agentes de

---

(219) En sentido similar PRADO SALDARRIAGA: "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". p. 285.

(220) En el mismo sentido se pronuncia PRADO SALDARRIGA: "*Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*". p. 175.

este delito, son las comprendidas en el artículo 8° de la Ley de creación de la UIF, Ley N° 27693, modificado por la Ley N° 28306.

## 7.2. BIEN JURÍDICO

Tal como ya indicamos, a efectos de determinar el bien jurídico objeto de tutela de este delito, es necesario tener en cuenta el criterio político-criminal u opción legislativa asumidos por el legislador nacional, puesto que son distintas las opciones legislativas seguidas en los diversos ordenamientos extranjeros; pues, la configuración típica de los delitos va a tener incidencia en la determinación del bien jurídico u objeto de protección de este delito.

Aun cuando se trata de un tipo penal de mera desobediencia, vinculado fundamentalmente a la infracción de deberes impuestos por el ordenamiento jurídico a los sujetos obligados, es de apreciarse que con este delito se trata de reforzar la vigencia y eficacia de la normativa vinculada a la prevención, detección y sanción de los delitos de lavado de activos, descartándose la tipicidad si la infracción del deber no está vinculada directamente a dicha normativa; asimismo, el contenido del deber de los agentes delictivos está vinculado, aunque de modo indirecto, a la protección del bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. Consecuentemente, el bien jurídico en estos delitos es el mismo que en los delitos de lavado de activos<sup>(221)</sup>; sin embargo, como quiera que se trata de un delito de simple desobediencia, no se exige una lesividad penal específica para dicho bien jurídico. Por ello, el delito también

---

(221) En las ediciones anteriores de este trabajo habíamos sostenido que al tratarse de un *delito de mera desobediencia*, el título de imputación penal, se sustenta precisamente en la infracción de los deberes normativamente establecidos, en el mismo sentido que los delitos contra la Administración Pública. Y por ello, que el bien jurídico protegido por este tipo penal, concordaba con los bienes protegidos por dichos delitos, en cuanto se concretan precisamente en el ejercicio de una función o actividad especial que los agentes desempeñan dentro del sistema económico y administrativo en general. Habiendo añadido que las conductas omisivas en cuestión, afectaban la *funcionalidad de la Administración Pública*.

En el presente trabajo variamos nuestra posición anterior, estando a que actualmente queda más clara la condición complementaria de este delito respecto a los tipos penales de lavado de activos; a la vez que asimilando la crítica formulada por la doctrina. Cfr. TOYOHAMA ARAKAKI: *Ob. Cit.* p. 225 y PRADO SALDARRIAGA: "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". p.293.

se configura aun cuando la operación sospechosa no reportada, finalmente resulte no involucrar a activos de origen delictivo (se trate de activos lícitos); esto es, el delito se consuma con la simple infracción del deber del cual es portador el agente del delito.

No obstante, desde una perspectiva de *lege ferenda*, nos parece acertado el criterio de GARCÍA CAVERO en cuanto refiere que "... es necesario dotar a este delito de un contenido propiamente penal, de manera que habría que exigir un nivel de mayor lesividad por encima del simple incumplimiento administrativo. En este sentido, hay que exigir para la configuración del tipo penal que las operaciones o transacciones sospechosas no comunicadas constituyan realmente conductas de lavado de activos, de manera que se vincule la omisión del obligado a comunicar con el bien jurídico penalmente protegido"<sup>(222)</sup>; a la vez que agrega, en otro texto "... esta exigencia asumiría la forma de una condición objetiva de punibilidad que, en virtud del principio de lesividad contemplado en el artículo IV del Título Preliminar del CP, el juez debe requerir para justificar la imposición de la alta pena que contempla el delito"<sup>(223)</sup>. En cuanto al último criterio, por nuestra parte consideramos que a fin de no generar lagunas de punibilidad (impunidad), resulta más adecuada la posibilidad de establecer una causal de *exención de pena* semejante a la contenida en el artículo 68° del Código Penal (en este caso por exigua afectación al bien jurídico), que establecer una *condición objetiva de punibilidad*; pues, con la exención, el Juez puede eximir de pena al imputado siempre que se acredite que, efectivamente, los activos no tenían un origen delictivo, lo cual se determinará luego de la investigación o proceso correspondiente; en cambio si se establece una condición objetiva de punibilidad, este requisito se exigirá desde el inicio de la investigación y de no estar presente no se podrá investigar, lo que obviamente, incidiría en el procesamiento y sanción de estos delitos, propiciando la impunidad.

Un ejemplo puede aclarar esta propuesta. Frente a una inusual operación bancaria por un elevado monto, lo que obviamente lo convierte en sospechosa;

---

(222) GARCÍA CAVERO: "Derecho Penal Económico. Parte Especial". p. 520.

(223) GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p.153.

el empleado bancario está en la obligación de comunicar a la UIF, sin embargo, pese a conocer la naturaleza de la operación no la reporta. En principio, de *lege lata* (conforme a la ley vigente), habrá cometido el delito, independientemente de si finalmente se determina que los activos involucrados tienen origen delictivo o no. Sin embargo, si se estableciera la causal de exención anotada, se iniciará la investigación y el proceso penal correspondiente, y si se determinara que los fondos tienen origen lícito, el juez aplicará la exención de pena por no haberse afectado propiamente al bien jurídico protegido. En cambio, si se considerara una condición objetiva de punibilidad, para iniciar la investigación o proceso, desde un comienzo se tendrá que vincular los fondos a alguna de las actividades delictivas consideradas por la ley de lavado de activos; lo cual evidentemente configuraría un escollo para perseguir y sancionar estos delitos.

### 7.3. TIPO DE DELITO

En las diversas legislaciones se han tomado diversas opciones legislativas conforme a los distintos modelos de tipologías existentes, lo cual, a la vez, tiene alta incidencia en la determinación del bien jurídico u objeto de protección y estructura de este tipo penal.

Como se sabe, respecto a las opciones legislativas, en primer lugar existen países como Colombia y Suiza, entre otros, que consideran que la mera conducta omisiva del reporte debe estar criminalizada y sancionada penalmente de manera especial y autónoma, configurándose un delito de *omisión propia*.

En segundo lugar, hay países que rechazando la configuración de un tipo autónomo, tratan a la omisión de reporte “como un delito de lavado de activos realizable por *omisión impropia o de comisión por omisión*. Es decir, conectándolo con los resultados de los tipos penales de *conversión, transferencia u ocultamiento*. En relación con ello se prevén dos situaciones: a) que el agente se limite a omitir la comunicación y ello posibilite el ocultamiento de la acción lavadora; o, b) que además de la omisión del reporte, el propio agente ejecute la transacción sospechosa de conversión o transferencia; en este segundo grupo podemos encontrar a España.

El tercer modelo legislativo renuncia a la calificación penal de la omisión de reporte considerándolo únicamente como mera *infracción administrativa*, a la que solo cabe aplicar sanciones de igual naturaleza. En nuestra región sigue esta tendencia legislativa Brasil”. Finalmente, un cuarto grupo de países opta por la irrelevancia penal y administrativa de la omisión de reporte; entre estos países se puede ubicar a Costa Rica<sup>(224)</sup>.

El legislador nacional ha optado por considerar a la omisión de reporte como un delito especial autónomo del delito de lavado de activos, que se configura como un delito de *mera desobediencia* a través de una *omisión propia*<sup>(225)</sup>; esto es, no configura un delito de lavado de activos sino un tipo penal autónomo complementario o periférico que coadyuva a la protección del bien jurídico tutelado por los delitos de lavado de activos.

Como quiera que se configura a través de la omisión de los deberes especiales impuestos por la Ley y su Reglamento, se trata de un delito de *infracción de deber* que se concreta con la simple omisión del deber de reportar la operación sospechosa, sin requerir algún resultado o afectación concreta del bien jurídico; inclusive no se aprecia con claridad el bien jurídico protegido, constituyendo más bien un delito de *mera desobediencia*<sup>(226)</sup>, en el que el objeto de la sanción penal sería el simple incumplimiento de un deber administrativamente impuesto. Es un delito *especial propio*, toda vez que solo pueden cometerlo los sujetos portadores del deber especial de reportar la operación sospechosa; asimismo, se trata de un delito *autónomo* del delito de lavado de activos, así como del delito de omisión de denuncia o del delito de falsedad. Igualmente, se trata de un delito *instantáneo* que se tiene por consumado al momento en que se vence el plazo de 30 días, que tiene el obligado para reportar a la autoridad la operación sospechosa.

(224) Al respecto ver: PRADO SALDARRIAGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p.289.

(225) En este mismo sentido se pronuncia PRADO SALDARRIAGA al señalar que este delito especial propio o delito de omisión propia. *Ob. Cit.* p. 177.

(226) En el mismo sentido, TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel: “El delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas”. En Gaceta Penal y Procesal Penal N° 25, Lima, Julio 2011, p. 224; GARCÍA CAVERO: “El delito de lavado de activos”. p.149; PRADO SALDARRIAGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 293.

De otro lado, se trata de un *tipo penal en blanco*, toda vez que para determinar la configuración de uno de sus elementos objetivos del tipo, esto es de los sujetos activos, debemos remitirnos a la normativa sobre prevención y detección de las operaciones de lavado de activos. Estas normas son fundamentalmente la Ley N° 27693 (Ley de creación de la UIF) y su Reglamento, las mismas que establecen el deber de comunicar o reportar la operación por parte del sujeto obligado y determinan quienes son dichos sujetos<sup>(227)</sup>. En tal sentido, no configura el tipo penal sub materia, si es que los deberes infringidos surgieran de alguna otra norma ajena al sistema de prevención y detección de las acciones propias del lavado de activos<sup>(228)</sup>. Finalmente, se trata de un delito de *simple actividad*, a la vez que un delito de *peligro*, puesto que no se exige ningún resultado concreto o una afectación específica al bien jurídico protegido, bastando el simple incumplimiento del deber de informar.

## 7.4. DELITO DE OMISIÓN DOLOSO

### 7.4.1. TIPO OBJETIVO

#### A) SUJETOS

En cuanto a los sujetos activos de este delito, la norma se refiere a los que “*incumpliendo sus obligaciones funcionales y profesionales*”, con lo que implícitamente hace referencia, de un lado a los funcionarios y servidores públicos y de otro a los demás profesionales portadores del deber de informar conforme

---

(227) En efecto, el *Artículo 3* de la referid Ley establece:

La Unidad de Inteligencia Financiera tiene las siguientes funciones:

1. Es responsable de solicitar, recibir y analizar información sobre las transacciones sospechosas que le presenten los sujetos obligados a informar por esta Ley.
2. Es responsable de solicitar la ampliación de la información antes citada con el sustento debido, recibir y analizar los Registros de Transacciones.
3. Está facultado para solicitar a las personas obligadas, por esta Ley, la información que considere relevante para la prevención y análisis del lavado de dinero o de activos.
4. Es responsable de comunicar al Ministerio Público aquellas transacciones que luego de la investigación y análisis respectivos, se presuma que estén vinculadas a actividades de lavado de dinero o de activos para que proceda de acuerdo a ley.

(228) En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: “El delito de lavado de activos”. p. 151.

al mandato legal<sup>(229)</sup>. Sin embargo, tanto los funcionarios así como lo profesionales a los que hace referencia la norma penal no están determinados o especificados en la misma, por lo que a fin de determinar este elemento del tipo penal se tiene que recurrir a una norma extrapenal, en este caso, la Ley N° 27693 (Ley de creación de la UIF) y su Reglamento; pues estamos ante un norma penal en blanco<sup>(230)</sup>.

1. En cuanto a *los funcionarios y servidores públicos*, se considera a todos aquellos que, en el desempeño o ejercicio de su función o labor, tienen o mantienen acceso o contacto con las operaciones y transacciones vinculadas a la conversión, transferencia, disposición, registro o tenencia de bienes y activos, es decir, a los funcionarios y servidores que desempeñan sus labores en las entidades señaladas en el numeral 8.3 del artículo 8° de la Ley N° 27693 (Ley de creación de la UIF) y su Reglamento, a los mismos que dicha Ley les impone deberes especiales orientados a evitar que en el sector propio del ámbito de sus funciones se realicen actividades o conductas configurativas del lavado de activos; esto es, les impone la obligación de informar a la UIF respecto de las operaciones sospechosas que tengan conocimiento en el ejercicio de sus funciones<sup>(231)</sup>. Estos agentes, de conformidad con la norma citada, son los funcionarios y servidores que desempeñan sus funciones en sectores vulnerables de la economía o del mercado, como los de la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, la Comisión Nacional Supervisora de

(229) Al respecto, TOYOHAMA ARAKAKI: *Ob. Cit.* p. 224, considera que se trata en general de funcionarios públicos o privados que ostentan la obligación de comunicar aquellas operaciones o transacciones sospechosas, por lo que no diferencia entre el ejercicio funcional y profesional; por nuestra parte creemos que es necesario diferenciar ambos conceptos, pues la ley viene haciéndolo en sus diversos artículos como el artículo 4°.1, en el que hace referencia de un lado a condición de funcionario y de otro al agente del sector privado.

(230) En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: *"El delito de lavado de activos"*. p. 151 y PRADO SALDARRIGA: *"Criminalidad organizada y lavado de activos"*. p. 297.

(231) En efecto, el artículo 2° del D. S. N° 018-2006-JUS (Reglamento de la Ley N° 27693) se define a los sujetos obligados a informar como las personas naturales y jurídicas obligadas a informar a la UIF-Perú, señaladas en el artículo 8 de la Ley. Norma que resulta concordante con el artículo 11.1 que estipula: "Los Sujetos Obligados a informar deben comunicar a la UIF-Perú las operaciones sospechosas que detecten en el curso de sus actividades, sin importar los montos involucrados, en un plazo no mayor de treinta (30) días calendario, contado desde la fecha en que éstas han sido detectadas".

Empresas y Valores, los Registros Públicos, las Centrales de Riesgo Público o Privado, el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), la Comisión de Formalización de la Propiedad Informal, la Dirección general de Migraciones y Naturalización, la Contraloría General de la República, el Seguro Social de Salud, el Ministerio de Comercio Exterior y Turismo, y en general, los funcionarios y servidores de las organizaciones e instituciones públicas receptoras de fondos que no provengan del erario nacional; igualmente lo estarán los funcionarios y servidores públicos de las empresas estatales que pudieran dedicarse a alguna de las actividades comprendidas en la norma citada<sup>(232)</sup> y que por ello resultan vinculadas a la ejecución del sistema de prevención del lavado de activos.

Debe precisarse sin embargo, que los funcionarios y servidores públicos de las entidades referidas serán los vinculados directamente a la realización o concreción de las operaciones o transacciones a través de las cuales circulan los activos (que pueden ser de origen delictivos) los que en el ejercicio de sus funciones pueden tomar conocimiento o apreciar indicios suficientes de que las operaciones a las cuales acceden tienen naturaleza sospechosa (los fondos provendrían de actividades delictivas), en este caso quedarán obligados a realizar la comunicación correspondiente, de no hacerlo, serán agentes del delito en comentario.

En tal sentido, como ya lo señaláramos en páginas anteriores, no se puede comprender como sujetos activos a todo tipo de funcionarios, sino solo a aquellos que desempeñan sus funciones en los sectores vulnerables de la economía del país y por ello participan en la incorporación de dineros o activos al circuito económico lícito de circulación de bienes y servicios; precisamente

---

(232) En las ediciones anteriores de este trabajo habíamos considerado dentro del concepto funcionario, a que se refiere la presente Ley, a los funcionarios comprendidos en el artículo 425° del Código Penal y otros que pudieran estar comprendidos en otras normas como la Ley Marco del Empleo Público, porque habíamos considerado al delito de omisión de reporte como uno vinculado a la protección de la funcionalidad de la administración pública; en la presente edición al haber realizado la correspondiente precisión respecto al bien jurídico, también corresponde efectuar las precisiones del caso respecto a los sujetos activos de este delito, los que necesariamente tienen que limitarse a los funcionarios obligados a comunicar las operaciones sospechosas en el marco de la prevención y detección de las actividades de lavado de activos, mas no a los funcionarios en general.

por esta razón acceden a la información o deben informarse sobre el origen delictivo de los fondos con los que se realizan las respectivas operaciones o transacciones. En efecto, el artículo 11° de la Ley N° 27693, establece que los sujetos obligados a informar deben prestar especial atención a los operaciones sospechosas e inusuales realizadas o se hayan intentado realizar; con lo que les impone el deber de asegurarse que las operaciones y transacciones se realicen con fondos lícitos, lo que los diferencia de los demás funcionarios o servidores de otros sectores de la administración pública.

En cumplimiento del deber impuesto, estos funcionarios no deben realizar la operación catalogada de sospechosa, o en todo caso, realizarla pero comunicar inmediatamente a la Unidad de Inteligencia Financiera, para que esta proceda a la verificación de la información y confirmar o descartar que efectivamente se trata de una operación que configura la presunta comisión del delito de lavado de activos.

2. Los otros sujetos activos de este delito, son *los profesionales*, quienes por ejercer su actividad laboral en el ámbito de los sectores vulnerables de la economía o de las finanzas participan directamente en la realización de las acciones de conversión, transferencia o adquisición de bienes y activos; tales serán los agentes de la Banca e Instituciones Financieras, de las Bolsas de Valores, del sector inmobiliario, de las agencias de aduana, las notarías públicas, las empresas mineras, y en general todas las personas comprendidas en los numerales 8.1 y 8.2 del artículo 8° de la Ley N° 27693.

Como puede apreciarse, para poder hablar de un sujeto activo o agente de este delito (omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas) es necesario que previamente se haya impuesto a los agentes, el deber de comunicar o reportar la operación sospechosa, y luego, infringiendo este deber, estos no cumplan con realizar la comunicación correspondiente.

Conforme al artículo 8° de la Ley de la UIF, están obligadas a informar tanto las entidades empresariales u organizaciones privadas a través de cuyas actividades, programas y sistemas de informática pudieran propiciar la realización de transacciones sospechosas, o en todo caso pudiesen tomar conoci-

miento de estas<sup>(233)</sup>. Sin embargo, como quiera que en nuestro ordenamiento jurídico, no son responsables penalmente las personas jurídicas, estas solo quedarán sujetas a las respectivas medidas aplicables a las personas jurídicas previstas en el artículo 105° del Código Penal; resultando responsables penalmente solo las personas que actúan en nombre de la empresa o entidad o desarrollan sus actividades al interior de las mismas, en la medida que dentro de la distribución de funciones, les corresponda realizar la comunicación de la operación sospechosa.

Particular importancia reviste el llamado *oficial de cumplimiento*, que conforme al artículo 20° del Reglamento de la Ley 27693, es el funcionario designado por cada uno de los sujetos obligados encargado de informar a la UIF sobre las operaciones sospechosas, labor que desempeñan a dedicación exclusiva y es el responsable, junto con el Directorio y el Gerente General de los sujetos obligados de vigilar el cumplimiento del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y financiamiento de terrorismo. El oficial de cumplimiento puede tomar conocimiento de la existencia de la operación sospechosa a través de su actividad de control o examen rutinario así como a través de la información que le reportan los demás funcionarios y trabajadores de las entidades o empresas obligadas, con lo que estos quedan liberados de toda responsabilidad. Al respecto PRADO SALDARRIAGA sostiene que si el oficial de cumplimiento, conociendo de la operación reportada, dolosamente omite comunicarla u omite frustrar su culminación, posibilitando en ambos casos que la operación se concrete, responderá por delito de lavado de activos en la modalidad de omisión impropia o comisión por omisión<sup>(234)</sup>.

Por nuestra parte, consideramos que ello no es así, puesto que el oficial de cumplimiento solo omite reportar la operación, la misma que puede haberse realizado con fondos de origen lícito o ilícito, solo que, precisamente, la operación tiene las características de sospechosa; y, responde igualmente si al final se determina que los fondos tienen origen delictivo (y por tanto,

---

(233) Aun cuando la Ley en forma expresa determina quienes son los sujetos obligados, deja abierta la posibilidad de comprender a otros sujetos, mediante Decreto Supremo.

(234) PRADO SALDARRIAGA: "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". p. 306.

la operación configura un delito de lavado de activos) o si se determina que tienen origen lícito; pues se trata de un delito de mera desobediencia, en el que no se vincula su consumación a algún resultado lesivo adicional a la mera omisión o algún otro elemento objetivo. En cambio, para la configuración del delito de lavado de activos, necesariamente, se requiere que los fondos tengan origen delictivo, a la vez que se exige un elemento subjetivo adicional al dolo, como es el elemento de tendencia interna trascendente constituido por la finalidad de ocultar el origen delictivo de los activos o de evitar su incautación o decomiso. Y claro, cómo puede cumplirse este elemento de tendencia si el oficial de cumplimiento, realmente, no conoce el origen de los activos, solo conoce que la operación es sospechosa. Distinto será el caso en que el oficial de cumplimiento conozca el origen de los fondos y actúe en connivencia con el agente de la operación de conversión o transferencia, en cuyo caso también participará de la intencionalidad de su coautor y por tanto responderá por el delito de lavado de activos en comisión por omisión u omisión impropia.

De otro lado, será de aplicación el artículo 27° del Código Penal, relativo a la actuación a nombre de otro, cuando alguno de los elementos del tipo no recaiga directamente en la persona natural sino en la entidad a la que representa o en cuyo interior se produce la omisión del reporte o comunicación; estos son los casos en que formalmente la obligada a informar es la persona jurídica, pero fácticamente es el representante o el oficial de cumplimiento el que debe cumplir concretamente tal obligación<sup>(235)</sup>. Finalmente, las empresas o entidades también quedarán sujetas a la correspondiente responsabilidad civil o administrativa, más allá de las medidas aplicables a las personas jurídicas previstas en la norma penal sustantiva (art. 105° del CP).

3. De otro lado, el sujeto pasivo del delito de omisión de reporte de operación sospechosa, es el Estado en representación de la sociedad.

## **B) COMPORTAMIENTO TÍPICO**

Se trata de un delito que únicamente pueden cometerlo sujetos especiales a quienes la ley o sus reglamentos les ha asignado un deber especial

---

(235) En el mismo sentido GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 148.

sustentado en la especial posición que ocupan en los sectores vulnerables de la economía y el mercado. Y precisamente, el delito se configura cuando estos sujetos especiales omiten cumplir con este deber impuesto. Se trata de un delito cuyo comportamiento típico está determinado por la *omisión* de cumplimiento del deber, el mismo que se encuentra determinado o especificado en la ley; pues, se trata de un tipo penal *en blanco*, que nos remite a la Ley N° 27693 y su Reglamento, en la cual se determina el contenido del deber omitido.

La referida Ley en su artículo 11° establece que los sujetos obligados a informar determinados en el artículo 8° de la misma, deben prestar especial atención a las *operaciones sospechosas e inusuales* realizadas o que se hayan intentado realizar, con lo que les impone un deber especial cuyo incumplimiento configura el tipo penal bajo comentario. Obviamente ello nos lleva a definir las operaciones sospechosas así como las operaciones inusuales que el obligado a omitido informar a la UIF.

Como se sabe, del conjunto de transacciones y operaciones realizadas al interior del Sistema Financiero o económico, algunas de estas despiertan (o en todo caso deben despertar) en el funcionario o agente del sistema *la sospecha* sobre la ilicitud del origen de los fondos o del destino de los mismos. Pues, si bien es cierto, la calificación de “sospechosa” de una operación o transacción financiera, en la mayoría de los casos, está vinculada fundamentalmente con la comisión del delito de lavado de activos, este delito no agota todos los supuestos en que la operación puede adquirir tal calidad; ya que también resultará sospechosa alguna operación destinada a la comisión de otro tipo de ilícitos, incluyendo dentro de su ámbito, a ilícitos civiles, comerciales y administrativos; situación que será esclarecida solo luego del correspondiente análisis y procesamiento de la operación por parte de la entidad o autoridades competentes.

Se entiende que una operación resulta sospechosa cuando al evaluar sus características o detalles, surge una apreciación o juicio negativo de la misma, “fundado en conjeturas, en apariencias o avisos de verdad, surgiendo una desconfianza o duda sobre su licitud<sup>(236)</sup>. La Ley 27693 en su artículo 11°

---

(236) Resolución N° 333/97 de la superintendencia de Bancos y otras Instituciones Financieras de la República de Venezuela, 23 de julio de 1997. Citada por LAMAS PUCCIO, Luis: *Ob. Cit.* p. 67

establece una definición de las *transacciones sospechosas*, indicando que “son aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume proceden de una actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente”. Igualmente, en el mismo artículo de la ley anotada, se define a las llamadas *transacciones inusuales*, refiriendo que son “aquellas cuya cuantía características y periodicidad no guardan relación con la actividad económica del cliente, salen de los parámetros de normalidad vigente en el mercado o no tienen un fundamento legal evidente”. En estas definiciones se advierte claramente la diferencia entre una y otra, pues en las transacciones sospechosas se hace referencia a un mayor contenido negativo de la operación, ya que en estas el agente financiero o funcionario de la empresa, llega a un grado de desvaloración adicional, constituido por la sospecha que los fondos comprometidos en la transacción, tienen procedencia ilícita, o en todo caso no tienen un fundamento lícito; en cambio, en las operaciones inusuales, únicamente se ha constatado que estas salen de los parámetros de normalidad, sin haberse llegado a atribuir carácter ilícito al origen o destino de los fondos materia de la operación.

Aun cuando el deber de informar está referido tanto a las operaciones sospechosas así como a las inusuales, de conformidad con el artículo 11° de la Ley (N° 27693), estando al contenido del artículo 4° de la Ley de Lavado de activos que considera únicamente a las operaciones sospechosas, el delito omisivo materia de análisis solo se configurará cuando se omita reportar o comunicar una operación sospechosa mas no así cuando se trate de una operación inusual, en cuyo caso, el hecho quedará sujeto a las exigencias correspondientes o a responsabilidad administrativa, pero no a responsabilidad penal. En tal sentido, el deber de informar las operaciones sospechosas, es un deber penalmente reforzado, reforzamiento que legalmente no se ha considerado para la omisión de las operaciones inusuales<sup>(237)</sup>.

De otro lado, GARCÍA CAVERO sostiene que por criterios de orden sistemático no se debe considerar para la configuración del delito de omisión

---

(237) En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: “*El delito de lavado de activos*”. p. 150.

de comunicación materia de análisis, a las operaciones sospechosas de estar vinculadas al financiamiento del terrorismo, sino únicamente las que se vinculan al lavado de activos<sup>(238)</sup>. Al respecto, por nuestra parte consideramos que para la configuración de este delito de omisión, la ley considera como característica de la operación omitida su calidad de «sospechosa», sin hacer otra exigencia; y la condición de sospechosa de una operación está determinada por su magnitud o velocidad de rotación inusual, por su condición de complejidad inusitada o injustificada que llevan a la presunción de que los activos provienen de una actividad ilícita; asimismo, cuando por cualquier motivo la operación no tenga un fundamento económico lícito aparente. En el caso de que existan indicios o se sospeche que la operación se realiza con fines de financiamiento del terrorismo, obviamente la operación no tiene un fundamento lícito, por lo que la operación resulta evidentemente sospechosa y debe ser comunicada, y por tanto, la omisión de comunicación resulta típica del delito bajo análisis. Tanto más si tenemos en cuenta que se trata de un tipo de mera desobediencia; y más aun, si se tiene en cuenta que el Decreto Legislativo N° 1106 y el sistema preventivo en general buscan reforzar la prevención de la criminalidad organizada, y precisamente el delito de terrorismo es el prototipo de este tipo de criminalidad<sup>(239)</sup>.

En cuanto a la detección de las operaciones sospechosas, se ha establecido en la referida Ley y su Reglamento, que los organismos supervisores de los sujetos obligados en coordinación con la UIF, deben instruir a los sujetos obligados sobre la implementación en sus respectivas entidades de señales de alerta para la detección de transacciones sospechosas y las nuevas tipologías del lavado de dinero o activos. Asimismo, determina la información mínima que debe contener las comunicaciones que los sujetos obligados deben hacer llegar a la Unidad de Inteligencia Financiera. De otro lado, también los sujetos obligados, deberán implementar mecanismos y criterios sustentados

---

(238) GARCÍA CAVERO: “*El delito de lavado de activos*”. p. 150.

(239) Igualmente, GARCÍA CAVERO también sostiene que se incurre en la comisión de este delito de omisión cuando el obligado a comunicar lo hace de modo *inexacto o impreciso*, puesto que en este caso también se ha incumplido el deber. Al respecto, efectivamente estos casos configuran supuestos de incumplimiento del deber, pero conforme al texto claro y expreso de la Ley (artículo 6° del D. Leg. N° 11056), estos supuestos configuran el tipo penal de Rehusamiento, Retardo y Falsedad en el suministro de Información, previsto en dicha norma penal.

en su experiencia, capacitación y compromiso con la lucha contra el lavado de activos; específicamente en su conocimiento adecuado del mercado financiero, bursátil y comercial. En este sentido, constituirán indicios idóneos para llevar a la presunción de que se trata de una operación sospechosa, entre otros, el hecho que se trate de:

- a) Operaciones en efectivo, no usuales, con evidencias de haber sido retirado en efectivo de otro Banco.
- b) Actividades del cliente que no sean congruentes con sus negocios habituales.
- c) Clientes que efectúen depósitos en diferentes agencias u oficinas del mismo Banco o en diversos bancos en la misma circunscripción territorial.
- d) Clientes que intentan ocultar o se resisten a dar la información requerida.
- e) Clientes que presenten información falsa o adulterada.
- f) Clientes que entregan billetes o documentos falsos o adulterados.
- g) Cuentas con clientes domiciliados fuera del área de servicios del Banco.
- h) Clientes que exijan ser considerados en la lista de clientes del Banco exceptuados del requisito de registro y reporte de transacciones sospechosas o inusuales.
- i) Clientes que no muestran interés por aprovechar intereses preferenciales o algunas ventajas que pudiera ofrecer el Banco.
- j) Operaciones de transferencia de grandes cantidades al extranjero, con indicaciones de pagar en efectivo.
- k) Depósitos hechos por breves períodos y retirados de inmediato, sin una justificación adecuada.
- l) Préstamos con garantías por personas que no aparentan tener relación alguna con el cliente.
- m) Otras transacciones u operaciones que pudieran levantar sospecha sobre su licitud<sup>(240)</sup>.

---

(240) Al respecto ver amplia información en LAMAS PUCCIO, Luis: "Manual de Prevención contra el Lavado de Dinero propuesto por la Asociación de Bancos del Perú". En anexos: "Transacciones Financieras Sospechosas" p. 166 y ss. Asimismo en PRADO SALDARRIAGA: "Mecanismos Administrativos de prevención del lavado de dinero y la responsabilidad penal de los agentes del sistema financiero". CATHEDRA, Revista de los Estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. N° 6. Lima, 2000. p. 95 y ss.

Así las cosas, las empresas del Sistema Financiero y demás entidades o personas obligadas, reportarán a la Unidad de Inteligencia Financiera, tanto las transacciones *sospechosas* así como las *inusuales*, conforme lo establece el artículo 11° de la Ley así como su Reglamento; sin embargo serán comunicadas al Ministerio Público por la UIF únicamente las operaciones que luego de la investigación y análisis elaborado por esta Unidad, resulten efectivamente sospechosas, esto es, *que se presuma su ilicitud*, de conformidad con lo dispuesto por el inciso 5 del artículo 3° de la citada Ley.

No está de más reiterar que se trata de un delito de mera desobediencia que castiga el *mero incumplimiento* de la norma, pues para su comisión, no se requiere que la operación sospechosa de la cual tuvo conocimiento el agente del delito, sean efectivamente ilícitas; esto es, que constituyan realmente una operación de lavado; basta que el agente no haya comunicado a la autoridad competente la operación o transacción que tiene la calidad de sospechosa conforme a las leyes y reglamentos o a los criterios usuales establecidos por la institución obligada o el sector en que se desarrolla dicha actividad. Es decir, no se exige ningún resultado o afectación concreta al bien jurídico u objeto de protección de la norma.

No obstante, para la configuración del delito en estudio, la operación sospechosa que omitió reportar el obligado debe haber sido detectada conforme a la normativa sobre prevención de lavado de activos; esto es, conforme a la naturaleza de la operación el sujeto debe tener sospechas fundadas de que los fondos con los cuales se realiza la operación tienen su origen en alguna actividad ilícita o delictiva o no tiene un fundamento económico o lícito, sospecha de debe generarse a través de los datos objetivos de la operación; si la operación sospechosa no se hubiera detectado, sea por defectos del sistema de prevención atribuibles al sujeto obligado a comunicar o por negligencia de este, no se podrá configurar este delito; pues, no se sanciona la falta de detección de la operación sospechosa, sino la omisión de comunicación luego de ser detectada<sup>(241)</sup>.

---

(241) En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p.148.

La idea anterior nos lleva a analizar el caso en que obligado a informar conoce o sospecha fundadamente del origen delictivo del dinero, por ejemplo, porque la persona que realiza la operación es un traficante conocido o el agente conoce de sus actividad ilícita y los réditos que esta le produce; pero la operación no tiene los visos de una operación sospechosa, conforme a la definición dada por la norma; en estos casos, tampoco estaremos ante la configuración del delito bajo análisis, pues este tiene que configurarse a partir de datos objetivos y no meramente ante el criterio subjetivo del obligado a informar. Obviamente, conforme a la estructura de los tipos penales configurados en las diversas legislaciones y a sus propias finalidades político-criminales la solución a este caso puede ser distinta; así, en el marco de la legislación alemana, BLANCO CORDERO señala que "...si el empleado de banca (...) alberga alguna sospecha, y pese a todo acepta el ingreso sin proceder a la preceptiva comunicación, estaría ocultando o encubriendo el origen delictivo de los bienes. (...) su actuación no se consideraría socialmente adecuada, sino que perdería esta consideración y quedaría abarcada por el tipo del delito de blanqueo. En realidad, se trata de una actuación de carácter manipulativo y clandestino, que infringe las normas vigentes para la prevención del blanqueo de capitales"<sup>(242)</sup>.

Finalmente, cabe precisar que, propiamente este delito no constituye un delito de lavado, pues, el agente que omite comunicar la operación o transacción sospechosa a la autoridad, no está realizando alguna de las conductas típicas de los artículos 1º, 2º o 3º propias del lavado, así como tampoco está contribuyendo dolosamente a que un tercero realice alguna de estas conductas<sup>(243)</sup>; sobre todo, en los casos en que la operación que se omitió informar, aun siendo sospechosa, no resulta ser propiamente ilícita (los activos materia de la operación no provienen del delito, o específicamente de los delitos comprendidos en el artículo 10º de la Ley de Lavado de Activos), en este último

---

(242) BLANCO CORDERO, Isidoro: "Responsabilidad penal de los empleados de banca por el blanqueo de capitales". Comares, Granada (España), 1999, p. 121.

(243) No obstante, se trata de un delito "periférico" en el cual el contenido del deber infringido está vinculado de modo indirecto a la protección del bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. tal como ya lo hemos señalado con anterioridad.

supuesto, el bien jurídico protegido por este delito no se habrá afectado de modo directo ni indirecto; por ello, estando a las exigencias del principio de lesividad penal, se podría minimizar la reacción penal, llegando inclusive a eximir de responsabilidad penal al omitente.

Pero si el sujeto conociera de la naturaleza de la operación y el origen o ilicitud de los activos comprometidos y actuaría en connivencia con al agente de la operación, tal como ya lo hemos adelantado en líneas anteriores, estaríamos ante un caso de autoría o participación, por omisión impropia<sup>(244)</sup>, en el delito de lavado de activos.

De otro lado, debe quedar claro que como en todos los delitos de omisión, el sujeto debe de encontrarse en la posibilidad de cumplir el deber impuesto, de lo contrario no podremos hablar de una omisión relevante penalmente.

Para concluir este punto, es necesario precisar que en los casos de obligados a informar vinculados a la actividad bancaria o financiera sujetos a la observancia del secreto bancario, o los de la Sunat, Conasev o la Bolsa de Valores, sujetos a la reserva tributario o bursátil conforme a ley, estos quedan exentos del deber del secreto o de reserva de conformidad con el artículo 13° de la Ley N° 27693, que los exime de todo tipo de responsabilidad (penal, civil o administrativa), cuando en cumplimiento de los deberes impuestos por esta ley ponen en conocimiento de la autoridad competente la información respecto a las actividades de sus clientes o usuarios, independientemente del resultado que ello implique; por lo que teniendo en cuenta que la Ley N° 27693 es posterior a las demás que establecen el secreto bancario y la reserva tributaria o bursátil, de acuerdo al criterio cronológico de resolución de antinomias, las normas anteriores quedan modificadas conforme al texto de la última norma, en este caso, la Ley N° 27693.

---

(244) En el mismo sentido PRADO SALDARRIAGA: "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". p. 306.

#### 7.4.2. TIPO SUBJETIVO

En este supuesto únicamente se considera el dolo directo, mas no así el eventual; puesto que si el agente ya detectó la operación sospechosa su única alternativa es comunicarla a la UIF y su omisión configura el delito, no quedando espacio para tomar en cuenta alguna “posibilidad” o “probabilidad” de comunicación que pudiera dar cabida al dolo eventual. Claro que pueden presentarse supuestos de dolo eventual en la detección o identificación de la operación sospechosa, como es el caso en que el agente actúe deliberadamente para evitar conocer la naturaleza de la operación; pero estos supuestos no resultan relevantes, ya que, como hemos dejado en claro en paginas anteriores, el delito se configura a partir de la falta de comunicación de la operación sospechosa, una vez que esta ha sido detectada, y no cuando, por alguna razón, esta no se ha detectado o determinado.

Para la configuración del dolo el sujeto debe conocer que se trata de una operación sospechosa, no de una simple operación inusual, puesto que el delito solo se configura si es que se trata de una operación sospechosa, mas no si se trata de una operación inusual.

Finalmente, en este caso no se requiere ningún elemento subjetivo adicional al dolo, para la configuración del delito, como sucede en los casos del lavado de activos, previstos por la Ley en sus artículos 1º, 2º, 3º y 4º.

#### 7.5. TIPO CULPOSO O IMPRUDENTE

La novedad en la última modificación de la norma es que se ha considerado un supuesto culposo en la última parte del artículo 5º de la Ley, ello a fin de poner a tono a la legislación nacional con los convenios internacionales, especialmente con al Reglamento Modelo de la CICAD. Habiéndose precisado en la exposición de motivos de la ley que con ello *«se estima necesario promover una mayor diligencia de los sujetos obligados en el control de sus operaciones y actividades, a fin de evitar que la negligencia o el exceso de confianza pueda asimilar operaciones que debieron ser calificadas como sospechosas y comunicadas a la autoridad competente»*. Al respecto, nos parece adecuada la penalización de las conductas negligentes de los obligados a

detectar y comunicar las operaciones sospechosas que pudieran realizarse en el ámbito de los sectores de sus respectiva competencias; aún cuando también se aprecian objeciones a su tipificación como las de CARO CORIA y SMAT COELLO, y GABRIEL ADRIASOLA, señaladas por PRADO SALDARRIAGA<sup>(245)</sup>.

En este delito (imprudente o culposo), como quiera que se trata de un delito cuyo tipo objetivo es el mismo que el supuesto doloso, los elementos objetivos de ambos son los mismos. Consecuentemente, los sujetos, la acción típica y, en general, toda la estructura objetiva es igual. Pues, los sujetos del delito serán los que tengan el deber de una actuación diligente para informar a la UIF sobre las operaciones sospechosas una vez que estas hayan sido detectadas, deber que, en este caso está determinado normativamente<sup>(246)</sup>. Y la configuración del delito se produce con la omisión negligente de la información, esto es, se trata de una omisión a través de la cual se infringe un deber de cuidado al cual estaba obligado. Obviamente, los agentes deberán haber recibido formación o capacitación sobre la prevención del delito (detección de operaciones sospechosas), a la vez que habrán sido capacitados respecto al deber de comunicar a la autoridad competente una vez que la operación sospechosa haya sido detectada.

Ello significa que no se tomará en cuenta la negligencia o falta de diligencia al momento de detectar la operación sospechosa sino la que se presente al momento de informar, luego que dicha operación haya sido detectada<sup>(247)</sup>, pero claro, la negligencia puede presentarse respecto a la información en sí

---

(245) PRADO SALDARRIAGA: "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". pp. 307 y 308. este autor también hace referencia a cierta "arraigada tendencia contemporánea a criminalizar en este dominio conductas imprudentes o negligentes".

(246) Al respecto BLANCO CORDERO, refiere: "Solamente cabrá imputar un delito de blanqueo imprudente a aquellos que, estando jurídicamente obligados, infrinjan sus específicos deberes de diligencia. Ello ocurrirá básicamente, respecto de los sujetos que desarrollan sus actividades en el sector financiero, pues a ellos a quienes la normativa administrativa relativa al blanqueo de capitales impone unas concretas obligaciones". "El delito de blanqueo de capitales". 3ª Edición, 2012, p. 734.

(247) En el mismo sentido GARCÍA CAVERO: "*El delito de lavado de activos*". p. 152. y PRADO SALDARRIAGA: "*Criminalidad organizada y lavado de activos*". p. 211.

o respecto al período que debe informarse. La diferencia se presenta a nivel del tipo subjetivo, pues mientras en el supuesto doloso el sujeto obligado intencionalmente omite informar, sin interesar el motivo que lo conduce a tal decisión, en el supuesto culposo el agente, que ha detectado la operación sospechosa, omite informarla a la autoridad por descuido o falta de diligencia en el cumplimiento de sus deberes, o lo que es lo mismo, omite realizar la información por haber inobservado su deber de cuidado, creando con ello un riesgo no permitido de realización y desconocimiento de una conducta que puede favorecer las acciones de lavado de activos.

De más está decirlo que, en este caso, el deber de cuidado o de actuación diligente viene establecido por la Ley N° 27693 y su Reglamento. Sin embargo, este deber de cuidado referido a la información o reporte de las operaciones sospechosas ante la autoridad competente no comprende todo el contenido del artículo 11° de la referida Ley, que establece: *«Los sujetos obligados a informar deben prestar especial atención a las operaciones sospechosas e inusuales realizadas o que se hayan intentado realizar; para cuyos efectos la UIF-Perú puede proporcionar información o criterios adicionales a los que señala la presente Ley y su Reglamento»*; ya que este es un deber general, y está referido a la diligencia que debe observar el obligado al momento de la implementación de instrumentos y prácticas adecuadas para la detección de la operación sospechosa, así como al momento en que se realice propiamente tal operación. Este deber comprende tanto a las personas jurídicas y naturales obligadas, a la vez que a las operaciones sospechosas e inusuales; igualmente, se refiere a la diligencia que debe observar el obligado, a lo largo de toda su participación en la operación o transacción, incluyendo el momento de la detección de la operación y el momento en que se debe informar a la autoridad competente. En cambio, el deber de diligencia considerado como elemento de este tipo penal está referido a la actuación del obligado al momento de realizar el informe correspondiente una vez detectada la operación sospechosa, dejando de lado el momento de la realización de la operación y la detección de su calidad de sospechosa; asimismo, este deber se refiere solo a las personas naturales y comprende solo a las operaciones sospechosas (tal como claramente señala

la norma penal)<sup>(248)</sup>, con ello quedan fuera del contenido de este deber de connotación penal, las personas jurídica y las operaciones inusuales, las que pueden quedar sujeta a responsabilidad administrativa y eventualmente a responsabilidad civil o a las medidas aplicables a las personas jurídicas establecidas por la ley como «consecuencias accesorias».

En tal sentido, la fuente del deber de cuidado que omite cumplir el obligado, efectivamente, es el deber contenido en la propia Ley 27693 (art. 11° y demás pertinentes); sin embargo este deber general se ha limitado por la ley penal, la misma que a través de la respuesta penal busca reforzar determinados componentes del deber contenido en la norma mencionada pero no abarca todo su contenido.

## 7.6. CONCURSO DE DELITOS Y DE NORMAS PENALES

Este tipo penal puede entrar en *concurso real* con los delitos de lavado de activos en sus tipos básicos así como agravados, no por la intervención de los sujetos, que serán distintos para uno u otro delito, sino porque tienen el mismo objeto de la acción y por tanto deben resolverse conjuntamente.

Asimismo, también puede presentarse concurso aparente de normas a resolverse aplicando el principio de consunción, cuando el agente de la omisión además participa dolosamente con los agentes del delito del lavado contribuyendo a que se concrete dicho delito; o también cuando el agente de la omisión realice por sí mismo y dolosamente la conducta del lavado. En estos casos, por el principio de *consunción*, el reproche penal correspondiente a la conducta típica de la omisión de reporte, ya está abarcada por el tipo penal de lavado y consumida por este, por lo que la norma correspondiente a la omisión de reporte será excluida de aplicación, resolviéndose el caso únicamente con la norma correspondiente al lavado de activos.

---

(248) En efecto, la norma penal concretamente estipula que la omisión deberá referirse a las transacciones u operaciones sospechosas (no las inusuales); asimismo, se refiere a las operaciones sospechosas que hubiera detectado, no en general al deber de detectar las operaciones sospechosas.

Igualmente, también podrá presentarse *concurso aparente* de normas entre la omisión de reporte y algunos delitos contra la administración pública, como el delito de abuso de autoridad, cuando son funcionarios o autoridades públicas las que realizan la omisión del reporte; en este caso, aplicando el principio de *especialidad*, se resolverá el caso aplicando la norma correspondiente a la omisión de reporte, excluyendo a cualquier otra norma de aparente aplicación.

Finalmente, pueden presentarse supuestos de *concurso real o ideal* con delitos contra la fe pública, cuando además de la simple omisión de reportar, se adultera la verdad por alguna razón y utilizando algún medio configurativo del delito contra la fe pública.



## 8. REHUSAMIENTO, RETARDO Y FALSEDAD EN EL SUMINISTRO DE INFORMACIÓN

*Artículo 6.- Rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información*

*“El que rehúsa o retarda suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida, en el marco de una investigación o juzgamiento por el delito de lavado de activos, o deliberadamente presta la información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años, con cincuenta a ochenta días multa e inhabilitación no mayor de tres años de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.*

*Si la conducta descrita se realiza en el marco de una investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos vinculados a la minería ilegal o al crimen organizado, o si el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados es superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias, el agente será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años, con ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación no mayor de cuatro años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal”.*

## **8.1. CRITERIOS DE POLÍTICA CRIMINAL Y BIEN JURÍDICO**

Obviamente, para la investigación, procesamiento y sanción de las conductas propias del lavado de activos se requiere de la participación y colaboración de todas las entidades públicas y privadas así como de las personas naturales o jurídicas en general; pues, estas entidades o personas pueden contar con la información que se requiere para el debido esclarecimiento de un caso de lavado de activos, especialmente cuando se trata de las entidades o personas obligadas a informar sobre las operaciones sospechosas que detecten en el ejercicio de sus funciones o actividades, precisamente, porque desempeñan sus labores o están vinculadas a sectores vulnerables de la economía y del mercado donde se llevan a cabo tales operaciones o por sus propias funciones (en el caso de funcionarios) tienen acceso a las mismas. Lamentablemente, no todas estas personas y entidades han venido colaborando debida y oportunamente cuando se les ha requerido la información pertinente, con lo que en buena cuenta, en muchos casos se ha venido frustrando la investigación y juzgamiento de los delitos de lavado de activos. Ello naturalmente lleva a tomar una decisión respecto a la omisión de cumplimiento de los requerimientos de información de la autoridad competente por parte de los requeridos, quienes deliberadamente retardan la información o la realizan de modo inexacto o falso. Esto, en el marco de una lucha integral contra el lavado de activos ha llevado al legislador a optar por una respuesta penal frente a tales conductas deliberadamente obstructivas de los sujetos requeridos, a fin atacar los espacios de impunidad generados con tales conductas fraudulentas.

Si bien ya se contaba con algunas normas penales como los artículos 242°, 245° del Código Penal, que sanciona las maniobras de obstaculización de las funciones de supervisión económica de las entidades pertinentes, estas no tenían como fin concreto contribuir a la investigación y procesamiento del lavado de activos. Asimismo, el artículo 368°, referido a la resistencia y desobediencia a la autoridad tampoco propendía a la colaboración de los sujetos con tal cometido. Por ello, con la finalidad de reforzar la colaboración de las entidades públicas y privadas así como de las personas naturales y jurídicas con la persecución del lavado de activos, se ha implementado este tipo penal,

buscando que los sujetos a quienes se les requiere la información útil para el esclarecimiento de esta delito cumplan oportuna y adecuadamente con proporcionar la información requerida. El requerimiento puede estar dirigido a cualquier persona incluyendo las obligadas a reportar una operación sospechosa a la UIF.

Como puede apreciarse, se trata de un tipo penal complementario de los tipos principales del lavado de activos (un tipo periférico a estos, al decir de PRADO SALDARRIAGA) que protege el mismo bien jurídico que los tipos principales de este delito. Aun cuando al decir de GARCÍA CAVERO<sup>(249)</sup>, este delito configurarían un delito contra la administración de justicia y no propiamente un delito de lavado de activos (principal ni complementario o periférico), por lo que aduce que el bien jurídico sería la funcionalidad y eficacia de la administración de justicia. Obviamente esta idea se enmarca dentro del criterio de este autor, en que considera que los delitos de lavado de activos no están vinculados a la protección de la administración de justicia, como nosotros sostenemos, o como también sostienen quienes consideran que el lavado de activos es un delito pluriofensivo.

## 8.2. TIPO DE DELITO

En realidad se trata de un delito que tiene como característica fundamental la desobediencia de los requeridos al requerimiento de la autoridad. No se trata de la omisión de reportar de los sujetos obligados a informar respecto a las obligaciones sospechosas que tienen conocimiento en el marco de sus actividades, sino del incumplimiento de un mandato de la autoridad en una investigación o procesamiento por delito de lavado de activos; ello implica que necesariamente debe existir un requerimiento previo. Se trata de un delito *de peligro y mera actividad*<sup>(250)</sup>, pues no requiere de ningún resultado o lesión efectiva respecto a la funcionalidad o eficacia de la administración de justicia respecto al lavado de activos; esto es, no se requiere que la falta

---

(249) GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 156.

(250) En el mismo sentido PRADO SALDARRIAGA: "Criminalidad organizada y lavado de activos". p. 316.

de información o el falseamiento de la misma haya generado concretamente algún impedimento o una obstrucción en la investigación o procesamiento del delito. Asimismo, se trata de un delito *especial*<sup>(251)</sup>, toda vez que la existencia del requerimiento previo reduce la esfera de autores únicamente a aquellos que han sido requeridos. Puede tratarse de un delito de *omisión*, o también de uno de *comisión*; pues, puede cometerse a través de una acción, como cuando se informa falsamente o de modo inexacto, o también puede cometerse a través de una omisión, como cuando se rehúsa o se retarda en proporcionar la información.

### 8.3. TIPICIDAD OBJETIVA

#### 8.3.1. SUJETOS

*Sujeto activo* de este delito puede ser cualquier persona a quien la autoridad competente (Fiscal o Juez) le ha requerido información en el marco de una investigación o juzgamiento de un delito de lavado de activos. Puede tratarse de personas obligadas a informar las operaciones sospechosas conforme al artículo 8° de la Ley N° 27693 o cualquier otra persona; asimismo, puede tratarse de funcionarios o servidores públicos que en el marco de sus funciones manejan información sobre aspectos vinculados al esclarecimiento de una investigación por lavado de activos. Pero claro, debe tratarse de personas o funcionarios que en ejercicio de sus labores o funciones manejan documentación, archivos o bancos de datos en los cuales obra o está contenida la información requerida, sean estos personales, empresariales o institucionales; de este acervo documental, archivo o banco de datos será extraída la información para cumplir con el requerimiento. Pues, si se tratase de información a la cual ha accedido el requerido en ejercicio de su labor particular o funcional, y esta información se requiere, no se le cursará un requerimiento de información, sino se le citará como testigo en la investigación o juzgamiento.

---

(251) En el mismo sentido GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 157. Igualmente PRADO SALDARRIAGA: *Ob. Cit.* p. 317, aun cuando solo de modo implícito, al referir que cualquier persona puede ser autor de este delito en tanto se dirija contra ella el requerimiento de información.

De otro lado, cuando se trata de información requerida a un entidad pública o a una persona jurídica particular, normalmente el obligado a proporcionar la información será el representante legal de la entidad o empresa, o la persona a nombre de quien se haya delegado tal función. En este caso, como refiere GARCÍA CAVERO, para concretar la imputación penal contra el representante no será necesario recurrir al artículo 27° del Código Penal, referido a la institución del actuar en nombre de otro<sup>(252)</sup>, puesto que si bien el requerimiento se realiza a la persona jurídica, en términos de cumplimiento fáctico el requerimiento se entenderá realizado a la persona de su representante<sup>(253)</sup>. Obviamente, en este caso, el representante o encargado debe haber tenido pleno conocimiento del contenido del requerimiento (que se trata de una información en el marco de la investigación o juzgamiento de un delito de lavado de activos); no basta con que se haya informado del oficio o solicitud de la autoridad, sin haber accedido a su contenido; por ello el requerimiento debe hacerse de modo abierto, que con la simple recepción del requerimiento se conozca de la naturaleza de la información requerida. Asimismo, este representante o encargado debe tener facultades suficientes para emitir la información a la vez que debe haber estado en condiciones de cumplir con el requerimiento, porque si hubiera una razón justificada para el incumplimiento no será de aplicación el tipo penal bajo análisis.

*El sujeto pasivo* será el Estado en general, no el Ministerio Público, el fiscal, el Poder Judicial o el juez que hacen el requerimiento. Pues al igual que en los delitos contra la administración de justicia, el agraviado es el Estado y no el juez o el Poder Judicial en forma específica. Al respecto, GARCÍA CAVERO considera que el sujeto pasivo es específicamente el Ministerio Público y el Poder Judicial, según sea el caso; en sentido similar PRADO SALDARRIAGA, señala que el sujeto pasivo es siempre la autoridad pública competente que solicita la información y que se encuentra a cargo de la

---

(252) Este caso se diferencia del delito de omisión de reporte, en que para la imputación penal se tiene que recurrir al artículo 27° del Código Penal, puesto que en este delito es la persona jurídica la obligada y no se ha hecho ninguna intimación a su representante, en cambio en el supuesto de rehusamiento, al solicitarse la información fácticamente la solicitud se hace al representante, individualizándose el deber de información.

(253) GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 157.

investigación o el juzgamiento del delito de lavado de activos. Por nuestra parte consideramos que al ser la administración de justicia la afectada por la conducta omisiva o defraudatoria, en general, será el Estado y no las entidades o autoridades en forma específica; pues, para que ello suceda se requiere de una norma expresa que considere a la entidad específica como agraviada, tal como sucede en los delitos tributarios, en que por ley se establece que la agraviada es la SUNAT o en los delitos de falsificación de moneda en que se establece que el agraviado es en forma específica el Banco Central de Reserva.

### 8.3.2. CONDUCTA TÍPICA

Las conductas típicas consideradas por la ley son cuatro: las dos primeras son tipos omisivos mientras que las dos restantes son tipos comisivos. El componente común de todos los supuestos considerados es la desobediencia total o parcial al requerimiento de información realizada por la autoridad (juez o fiscal) en el marco de una investigación o juzgamiento de un delito de lavado de activos. Como se sabe, también la UIF puede requerir información a las personas respecto a las operaciones sospechosas o inusuales, pero en este caso no se configura el delito, puesto que no se trata de la investigación o juzgamiento de un delito de lavado de activos (que pueden realizar solamente los jueces y fiscales), sino de una investigación administrativa para acopiar información que puede o no dar inicio a una investigación por lavado de activos. Igualmente, no se comprende a los requerimientos realizados por la Policía, puesto que la titular de la investigación es la autoridad fiscal. Los supuestos considerados son:

**1. *Rehusar el suministro de la información requerida.*** Se trata de una actuación concreta por la cual, sin una razón justificada, el requerido se niega proporcionar la información pese a que obra en su poder y está en la capacidad de informar. Se trata de una simple omisión a otorgar la información pero evidenciando una clara intención de no cumplir con el requerimiento de la autoridad.

Si la información no estuviera en poder del requerido, no se configurará el delito aun cuando se niegue a dar explicaciones al respecto; pues, estaríamos ante un supuesto de delito imposible. Debe de tratarse del requerimiento de

una información en el marco de la investigación o juzgamiento de un delito de lavado de activos, lo cual deberá constar en el requerimiento de modo claro y preciso. La información debe estar referida a aspectos económicos, financieros, contables, mercantiles o empresariales de la empresa requerida, de las personas que la integran, de sus trabajadores, sus proveedores o de cualquier otra persona vinculada a la actividad de la empresa o entidad pública correspondiente, descartándose la configuración del tipo penal cuando el requerimiento está referido a otro tipo de información; asimismo, no es necesario que la materia a informarse esté referida específicamente a una persona comprendida en la investigación o juzgamiento del delito de lavado de activos; pues, a través de información sobre terceros se pueden esclarecer aspectos concretos referidos a los investigados o imputados en general.

A tal efecto, se debe considerar como *información económica* a las cifras de crecimiento económico de la empresa o del patrimonio personal, datos sobre reparto de utilidades, antecedentes sobre las actividades económicas de la empresa, balances de ingresos y adquisiciones, entre otros; asimismo, se considerará *información financiera* a los estados de cuenta, expedición y uso de talonarios de cheques, movimientos bancarios y financieros, reportes de actividades financieras en sucursales, registro de clientes y otros de esta naturaleza; por *información contable* debe considerarse a la contenida en libros de caja, libros de ingresos y egresos, libros contables, declaraciones juradas presentadas ante la SUNAT, registros de planillas de pago, boletas de venta, facturas, recibos por honorarios, etc.; en el rubro *información mercantil* debe considerarse detalles sobre negocios en general, utilización de títulos valores en contratos, índices de participación en la Bolsa de Valores, detalles sobre convenios con entidades o empresas del mismo rubro, así como otros de interés mercantil; finalmente, en *información empresarial* se considera a datos internos de la empresa, actas de reuniones de directorio, actas de acuerdos de junta de accionistas, actas de elecciones de miembros del directorio, proyectos gerenciales y cumplimiento de metas, registro de base de datos de empleados y gerentes, planes y estrategias de mercado entre otros<sup>(254)</sup>.

---

(254) PAÚCAR CHAPPA, Marcial Eloy: "La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y jurisprudencia". Ara Editores, Lima, 2013, pp. 66 y 67.

No se requiere que además del requerimiento de la información en forma clara y precisa y ante el rehusamiento del requerido, se haya realizado un apercibimiento con la atribución de responsabilidad penal o cualquier otro tipo de apercibimiento<sup>(255)</sup>; tampoco se requiere que el rehusamiento a informar cause concretamente un perjuicio a la investigación o al juzgamiento del delito de lavado de activos; pues se trata de un delito de mera actividad<sup>(256)</sup>.

**2. Retardar el envío de la información solicitada.** A diferencia del caso anterior, en que hay un incumplimiento definitivo, en este caso si se cumple con informar pero se hace de modo inoportuno, esto es, fuera del plazo concedido para el cumplimiento; implica siempre la existencia de un plazo dado por la propia autoridad para remitir la información. Para la configuración del delito no se requiere que la información tardía haya causado un perjuicio a la investigación o juzgamiento del lavado de activos; sin embargo, si la información tardía se alcanzara cuando todavía es útil para los fines por los que se solicitó, resulta razonable que se aplique una exención de pena, conforme al artículo 68° del Código Penal, estando a la exigua lesividad de la conducta retardatoria<sup>(257)</sup>.

**3. Proporcionar la información requerida de modo inexacto.** En este caso, el requerido cumple con hacer llegar la información a la autoridad, sin embargo, proporciona una información parcial o distorsionada, de modo tal que esta no cumple ni satisface la finalidad para la cual fue requerida; con ello se frustra la expectativa de la autoridad en torno a la extensión, calidad y utilidad de la información requerida<sup>(258)</sup>, y en buena cuenta, se está encubriendo a la persona a quien perjudicaría la información dentro de la investigación o juzgamiento de delito de lavado de activos. En este caso, la información entregada no es falsa “pero contiene un nivel de imprecisión que impide a los órganos de

---

(255) PRADO SALDARRIGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 317.

(256) En el mismo sentido, PRADO SALDARRIAGA *Ob. Cit.* p. 317 y GARCÍA CAVERO: “El delito de lavado de activos”. p. 159.

(257) En sentido similar GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 159.

(258) Ver PRADO SALDARRIAGA: *Ob. Cit.* p. 318.

persecución penal tomar conocimiento cierto de la situación que se quiere esclarecer con la información requerida”<sup>(259)</sup>.

**4. Proporcionar información falsa.** En este caso, supuestamente se cumple el requerimiento de la autoridad, puesto que se le contesta, pero realmente no se proporciona la información requerida que obra en el acervo documental, banco de datos o registro de la empresa, persona o entidad a la que se le requiere, por el contrario, falseándose la realidad se proporciona información carente de veracidad o fraudulenta, esto es, los datos que se consignan no corresponden a la realidad. Este falseamiento puede ser total o parcial y deberá referirse a aspectos significativos de la información, de tal modo que resulte idónea para llevar a error a la autoridad respecto al punto o aspecto de la investigación o juzgamiento que se quería esclarecer. Sin embargo, para la consumación del delito no se requiere que la falsedad de la información cause un perjuicio concreto a la investigación o juzgamiento, ya que se trata de un supuesto de mera actividad. En tal sentido, podría darse el caso que la autoridad requirente advierta la falsedad de la información y la supla con otra información u otro elemento probatorio, o también podría recabar la información por medios distintos, lo cual no obsta para que el tipo penal se configure.

A través de este tipo penal se busca proteger y asegurar la veracidad y confiabilidad de la información brindada<sup>(260)</sup>, con lo cual se trata de comprometer a todos los que tengan algún tipo de información que pueda contribuir a la investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos. Obviamente este tipo penal concretará su eficacia, sobre todo, cuando se solicite información a las entidades bancarias, financieras u otras personas y entidades cuya demora u omisión de la información solicitada viene siendo el principal obstáculo en la investigación del lavado de activos.

(259) GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 159.

(260) En el mismo sentido, LAMAS PUCCIO, Luis: *“Derecho penal económico”*. 2da. Edición, Lima, 1996, p. 257.

### 8.3.3. ELEMENTO SUBJETIVO

Todos los supuestos previstos en este artículo son dolosos, lo cual implica que el agente debe tener conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo, esto es, deberá conocer la existencia del requerimiento, del contenido del mismo (que está vinculado a la investigación y juzgamiento del delito de lavado de activos), su condición de destinatario del requerimiento y el plazo en el que debe cumplirlo. El agente debe obrar con voluntad de incumplir y desobedecer total o parcialmente el requerimiento; ello lleva a sostener que debe tratarse de un dolo directo respecto al incumplimiento, descartándose los supuestos de dolo eventual<sup>(261)</sup>. Ya que cuando el legislador quiere comprender supuestos de dolo eventual en casos de información falsa o fraudulenta, usualmente utiliza la fórmula: “el que conociendo, debiendo o pudiendo presumir” como lo hace en el artículo 314°-B del Código Penal, referido a la responsabilidad por proporcionar información falsa en las investigaciones sobre delitos ambientales, lo cual no hace en el delito materia de comentario.

De otro lado, si el agente actuara con desconocimiento de alguno de los elementos del tipo como el contenido del requerimiento, su calidad de obligado (destinatario del requerimiento), etc., estaremos frente a un error de tipo (vencible o invencible según corresponda).

### 8.4. CIRCUNSTANCIAS AGRAVANTES

La norma penal (segunda parte del artículo 6° del D. Leg. N° 1106) ha previsto tres circunstancias agravantes. La primera está referida al delito previo al cual se vinculan los activos materia del delito de lavado que se viene investigando o juzgando y respecto de lo cual se requiere la información; especificándose que el delito al cual deben estar vinculados los activos es la *minería ilegal*. Como puede apreciarse, la norma no se refiere en forma específica al delito (o delitos) de minería ilegal, que serían propiamente los tipos penales 307°-A (tipo básico) y 307°-B (tipo agravado) del Código Penal, que comprende realmente a las conductas que realizan actividades mineras; por el

---

(261) PRADO SALDARRIAGA: *Ob. Cit.* p. 319. En el mismo sentido GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p.159.

contrario, se refiere en general a la “minería ilegal” no como tipos específicos, en tal sentido, se deberá comprender en esta agravante, además de los dos tipos penales anteriores, a todos los tipos vinculados a la minería ilegal, como el delito de financiamiento de la minería ilegal (art. 307°-C), delito de obstaculización de la fiscalización administrativa de la minería ilegal (art. 307°-D) así como también al tipo penal que sanciona los actos preparatorios de la minería ilegal (art. 307°-E del Código Penal)<sup>(262)</sup>.

Así las cosas, no resulta clara la razón o fundamento de esta agravante, pues se trata de delitos leves, estando a la magnitud de las penas previstas para los mismos, pues estas oscilan entre los tres años de pena privativa de libertad como pena mínima y en algunos casos hasta los 12 años de pena como extremo máximo, y como se sabe, existen delitos considerados gravísimos y graves cuyas penas son de cadena perpetua o mayores de los 30 años o hasta 35 años, como los delitos de extorsión agravada, el robo con subsecuente muerte, etc., y sin embargo estos no han sido considerados en esta agravante; en tal sentido, la misma solo se explica ante la necesidad de una lucha frontal contra la minería ilegal, pero que revela una finalidad político criminal incoherente de parte del legislador.

La segunda agravante está referida al caso en que los activos materia del delito de lavado sujeto a investigación o juzgamiento están vinculados al *crimen organizado*. Esto es, no se toma en cuenta un delito específico sino que se considera la forma como se han cometido los delitos previos al lavado, esto es, a través de una organización delictiva de las consideradas en la Ley contra el Crimen Organizado N° 30077, la misma que define a la organización criminal como cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la misma Ley. Precizando además que la intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma

(262) En el mismo sentido PRADO SALDARRIAGA: *Ob. Cit.* p. 320.

puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal<sup>(263)</sup>. Esta agravante, obviamente

---

(263) El artículo 3° de la referida Ley establece que los delitos comprendidos en la Ley son los siguientes:

1. Homicidio calificado-asesinato, de conformidad con el artículo 108 del Código Penal.
2. Secuestro, tipificado en el artículo 152 del Código Penal.
3. Trata de personas, tipificado en el artículo 153 del Código Penal.
4. Violación del secreto de las comunicaciones, en la modalidad delictiva tipificada en el artículo 162 del Código Penal.
5. Delitos contra el patrimonio, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 186, 189, 195, 196-A y 197 del CP.
6. Pornografía infantil, tipificado en el artículo 183-A del Código Penal.
7. Extorsión, tipificado en el artículo 200 del Código Penal.
8. Usurpación, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 202 y 204 del Código Penal.
9. Delitos informáticos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal.
10. Delito contra la propiedad industrial, tipificado en el artículo 222 del Código Penal.
11. Delitos monetarios, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 252, 253 y 254 del Código Penal.
12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos tipificados en los artículos 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del Código Penal.
13. Delitos contra la salud pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 294-A y 294-B del CP.
14. Tráfico ilícito de drogas, en sus diversas modalidades previstas en la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro Segundo del Código Penal.
15. Delito de tráfico ilícito de migrantes, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 303-A y 303-B del Código Penal.
16. Delitos ambientales, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal.
17. Delito de marcaje o reglaje, previsto en el artículo 317-A del Código Penal.
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura, tipificados en los artículos 319, 320 y 321 del Código Penal, respectivamente.
19. Delitos contra la administración pública, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del Código Penal.
20. Delito de falsificación de documentos, tipificado en el primer párrafo del artículo 427 del Código Penal.
21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo 1106, Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Los alcances de la presente Ley son de aplicación a los delitos en los que se contemple como circunstancia agravante su comisión mediante una organización criminal y a cualquier otro delito cometido en concurso con los previstos en el presente artículo.

resulta plenamente justificada en la medida que es necesario atacar con todos los medios e instrumentos sustantivos y procesales a dichas organizaciones, pues estas multiplican la comisión de delitos graves y aseguran la impunidad de sus miembros.

La tercera circunstancia agravante está referida al valor de los efectos y ganancias comprometidos en la investigación o juzgamiento; concretándose la agravante cuando dicho valor es *superior a 500 UIT*. Obviamente esta agravante se justifica en la medida que al tratarse de una cantidad ingente de activos ilícitos, la dañosidad social del hecho es mucho mayor a los casos en que se trata de cantidades pequeñas.

En todos estos casos la circunstancia agravante tiene que estar debidamente determinada en el requerimiento, de lo contrario el requerido no tendrá modo de conocerla y por tanto se descartará la presencia de la misma.

## 8.5. CONSUMACIÓN

Tal como ya lo hemos adelantado, la estructura de estos tipos penales es de simple o mera actividad, en tal sentido, para su consumación no se requiere de resultado alguno diferenciado de la conducta o acción típica; ello determina a la vez que en estos casos no sea posible la *tentativa*; pues, el delito queda consumado con el simple *rebusamiento* a cumplir con el requerimiento, o con el simple *retardo* a proporcionar la información en el tiempo señalado en la solicitud de la autoridad. En los casos de información *inexacta o falsa*, se discute el momento de la consumación del delito y por ende si en estos supuestos es posible o no la tentativa. Al respecto GARCÍA CAVERO, considera que, en general, en los cuatro supuestos de este artículo no es posible la tentativa, puesto que en todos los casos su realización lleva consigo la afectación al objeto de protección: la administración de justicia<sup>(264)</sup>. Por su parte PRADO SALDARRIAGA, con citas de Peña Cabrera, considera que en todos los casos de negativa, retardo, inexactitud o falsedad la tentativa es configurable y

---

(264) GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 160.

punible<sup>(265)</sup>, y pone como ejemplo el caso en que “...la negativa sea por escrito pero por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, el documento que encierra la negativa no llega a poder de la autoridad competente; o, el informe inexacto es redactado, pero por motivos distintos a la voluntad del agente no llega a poder de la autoridad competente”. Por nuestra parte, coincidiendo con GARCÍA CAVERO, consideramos que, en efecto, al tratarse de supuestos de mera actividad no es posible la tentativa, pues, brindar información falsa o inexacta implica necesariamente que la misma llegue a la autoridad no resultando relevantes acciones como el llenado de un documento sin ser remitido a la autoridad o si pese a ser remitido no llega a dicha autoridad. Asimismo, si la negativa constara en un documento que la autoridad desconoce igualmente no reviste relevancia alguna respecto a la configuración del tipo penal.

---

(265) En efecto esta autor pone como ejemplo en que se presenta la tentativa

### III. AUTONOMÍA DEL DELITO Y PROBLEMÁTICA DEL “DELITO PREVIO”

#### 1. AUTONOMÍA DEL DELITO

El tema de mayor discusión sobre el delito de lavado de activos, es el relativo a su vinculación con la actividad criminal previa o lo que ha devenido en llamarse el «delito previo». Pues, la propia concepción del delito de lavado o blanqueo de activos denota la presencia de una actividad delictiva preexistente a la cual están vinculados los activos objeto del lavado o de la cual provienen dichos activos. Bajo esta concepción se gestó y estructuró el delito de lavado de activos desde su inicio en el ordenamiento jurídico norteamericano y luego en los Convenios Internacionales sobre la materia. No obstante, la consideración respecto al nivel de vinculación ha ido variando con el desarrollo y evolución de las diversas legislaciones y a partir de la necesidad de hacer posible la aplicación de los tipos penales de lavado en la práctica. Pues, se ha constatado que si se considera una estructura típica totalmente dependiente del delito previo, simplemente el tipo penal de lavado resultaría inaplicable, como sucede en nuestro medio, en donde la gran mayoría de procesos por lavado de activos se ha sobreesido y archivado, precisamente, porque muchos de nuestros jueces y fiscales asumieron el criterio de la vinculación absoluta del delito de lavado de activos con el delito previo, y obviamente, al no haberse acreditado el «delito previo» en un debido proceso, se asumió que el delito de lavado de activos no se había acreditado; pues, se ha considerado al referido “delito previo” como un elemento objetivo (normativo) del tipo de lavado. Esto ha generado la impunidad de los actos contaminantes del sistema económico y generatrices de la ineficacia de la administración de

justicia en cuanto a la prevención, investigación y represión de estos delitos; lo que a la vez, significa una burla a las expectativas sociales y una defraudación de la finalidad político criminal que inspiró la configuración del delito de lavado de activos, tanto en los convenios internacionales así como en las propias legislaciones nacionales.

Siendo así, a efectos de proponer una opción dogmática acorde con los fines o razones que inspiraron promulgación y vigencia de las normas penales configurativas del lavado de activos, consideramos que resultan de aplicación los criterios de ROXIN, mayoritariamente aceptados en la doctrina penalística y que rigen la formulación y configuración de las categorías propias del Derecho penal, especialmente las correspondientes a la teoría del delito. Al respecto, señala ROXIN: "...las concretas categorías del delito (tipicidad, antijuricidad y culpabilidad) deben sistematizarse, desarrollarse y contemplarse desde un principio bajo el prisma de su función político-criminal"<sup>(266)</sup>; con ello, aunque el edificio sistemático pierda belleza, ganará en funcionalidad y eficacia<sup>(267)</sup>. Y claro, para una adecuada definición de la autonomía o dependencia del lavado de activos respecto a la actividad criminal previa, deben tomarse en cuenta los criterios y finalidades político-criminales que inspiraron la configuración de las normas relativas al lavado de activos, sobre todo, en cuanto a la estructura típica de este delito. Estas finalidades político-criminales proporcionarán los criterios para delinear el contenido y consistencia de la teoría o doctrina jurídica y de la propia jurisprudencia nacida a partir de la aplicación de las normas en cuestión. Pues, la teoría o doctrina jurídica, las instituciones jurídicas y, obviamente, la jurisprudencia, en principio, son alimentadas y determinadas por la propia norma penal a través de su contenido lingüístico, y complementariamente a través de interpretaciones y argumentos lógico-jurídicos, teleológicos y pragmáticos de orientación político-criminal; ya que de no ser así, estaríamos ante una doctrina o jurisprudencia de un rendimiento práctico nulo y de espaldas a la realidad.

---

(266) ROXIN, Claus: *"Política criminal y sistema del Derecho penal"*. Traducción de Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002. p. 58.

(267) MUÑOZ CONDE, Francisco: *"Introducción a Política criminal y sistema del Derecho penal"*. De Roxin. Hammurabi, Buenos Aires, 2002. p. 23.

Asimismo, debemos tener en cuenta que el lavado de activos es un crimen no tradicional a través del cual la criminalidad organizada busca camuflar el producto de sus actividades ilícitas, muchas veces en un ámbito transnacional, en el que los actos de conversión, transferencia o tenencia ya están lo suficientemente alejados de la actividad criminal de la cual proceden; distancia que se logra fundamentalmente a través de la realización de una larga y veloz secuencia de actos propios del lavado de activos. Y más aún, las organizaciones criminales, para asegurar el disfrute de sus ganancias ilícitas, realizan todo tipo de actos idóneos para asegurarse la total impunidad, y para ello llegan hasta la eliminación de personas y pruebas, a la vez que recurren al soborno de funcionarios públicos, autoridades, testigos, etc. Así las cosas, pensar en la acreditación categórica de la actividad criminal o delito previo del cual provienen los activos materia de lavado (si se lo considerase un elemento del tipo penal) significaría asegurar la impunidad de esta novísima forma delincencial. Debiendo precisarse que si bien, se cuestiona la utilización del Derecho penal material con una función de facilitación procesal, a la vez que, se rechaza la ampliación de la punibilidad por meros motivos procesales, aduciéndose que ello contradice el principio de culpabilidad<sup>(268)</sup>, sin embargo, también es cierto que la ley sustantiva tiene que constituir una respuesta idónea para lograr la finalidad preventiva de la pena, y si se estructurasen los tipos penales de un modo que no resulten aplicables, ello contradiría dicha finalidad.

Por ello mismo es que las diversas legislaciones, especialmente la nuestra, han ido evolucionando a fin de plasmar normativamente la autonomía del delito de lavado de activos, esto es, la configuración de los tipos penales de lavado sin depender de la acreditación, investigación o procesamiento del llamado delito previo o delito fuente; sin que ello signifique dejar de lado el contenido de los Convenios Internacionales al respecto; puesto que el artículo 6° del Convenio sobre Blanqueo, Detección, Embargo y Confiscación de

---

(268) VOGEL y LAMPE respectivamente, citados por ABEL SOUTO, Miguel: "El blanqueo de dinero en la normativa internacional". Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, p.176; en cita de PAUCAR CHAPPA: "La investigación del delito de lavado de activos". Ara Editores, Lima, 2013, p. 190

los Productos del Delito, establece: “Cada una de las Partes adoptará aquellas medidas legislativas o de otra clase que puedan ser necesarias para considerar como delitos en virtud de su derecho interno, cuando sean cometidos de forma intencionada: a) la conversión o transmisión de propiedades, ...”; de donde se advierte con toda claridad que se deja en libertad a los países miembros para configurar los tipos penales conforme a las pautas y principios de su derecho interno.

En nuestro medio, inicialmente se hizo depender al delito de lavado de activos del delito de tráfico ilícito de drogas, de tal modo que para acreditarlo, necesariamente tenía que haberse acreditado, a través de una sentencia condenatoria firme, el delito previo de tráfico ilícito de drogas. Luego con la Ley N° 27765 (artículo 6°) se estableció que el origen de los activos podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso; añadiéndose que no era necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Con ello ya se avizoraba la autonomía del delito de lavado de activos respecto de la actividad delictiva previa, aun cuando no quedaba totalmente desvinculado de esta. Sin embargo, pese a que la intención y finalidad normativa era plasmar un tipo penal de lavado de activos autónomo, por la forma de redacción de la norma, esta autonomía no se apreciaba de modo evidente; ello llevó a los intérpretes de la norma, especialmente a los abogados defensores de los investigados o procesados por lavado de activos, a esbozar en sus respectivas defensas y artículos doctrinarios, una supuesta *autonomía procesal* pero descartaban la *autonomía material o sustantiva* referida a la propia configuración del tipo penal. Pues, asumieron, y aún asumen, que si bien para el inicio de la investigación o del proceso no se requiere que el delito previo se encuentre sometido a investigación, proceso judicial o haya sido objeto de sentencia condenatoria, aducen que ello no resulta suficiente para dictar una sentencia condenatoria por el delito de lavado de activos, precisando que para ello se requiere que el delito previo se acredite en un debido proceso, puesto que asumen que se trata de un elemento objetivo (normativo) del tipo. Así, CARO

CORIA y ASMAT COELLO<sup>(269)</sup>, luego de pronunciarse por la necesidad de acreditar el delito previo para la configuración del tipo penal de lavado de activos, agregan que existen dos posibilidades de acreditar dicho delito previo, la primera a través de una sentencia firme anterior y la segunda en el propio proceso por delito de lavado de activos, refiriendo que en nuestro medio se ha optado por la segunda posibilidad<sup>(270)</sup>.

Finalmente, el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, en actual vigencia, estipula que: “*El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria*”. Con esta redacción se determina de modo expreso la *autonomía material* (no solo procesal) de los tipos penales de lavado de activos respecto a la actividad criminal previa; resultando relevante que en el artículo 10° de esta norma se haga referencia a “*actividades criminales*” en general y no a un delito previo concreto o específico (supuestos que son totalmente distintos). De este modo queda claro que, por lo menos en nuestro medio, el delito previo no es un elemento objetivo del tipo, pues

---

(269) CARO CORIA y ASMAT COELLO: “El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos”. En *Imputación y Sistema Penal*, Coordinadores: Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe, p. 320.

Por su parte GARCÍA CAVERO se plantea las diversas posibilidades de acreditación del delito previo y señala que algunos cuestionan la autonomía del delito de lavado de activos y consideran que aun cuando este es autónomo del delito previo, no se puede aceptar una autonomía absoluta por lo que, por lo menos, el delito previo debe de haberse empezado a investigar para poder hablar de un delito de lavado de activos. Inclusive se refiere a la cosa juzgada respecto al delito previo y sus efectos en la configuración del lavado de activos. *Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos ...*, p. 432.

(270) En el mismo sentido, en la doctrina argentina, los que consideran que el delito previo es un elemento del tipo penal han elaborado diversas propuestas, unas refieren que debe existir una sentencia firme por el delito previo; otras, que es suficiente con que exista un proceso o una investigación abierta, en los cuales deben existir indicios serios de la existencia del delito previo; y otros, refieren que el Juez o Fiscal que conoce del proceso o la investigación por lavado deben ser los que a la vez conozcan respecto al delito previo. DURRIEU, Roberto: “*El lavado de dinero en la Argentina*”. Lexis Nexis Argentina S. A, Buenos Aires, 2006, pp. 132 y ss.

la norma penal no exige delito previo alguno para la configuración del tipo penal, por el contrario, establece con toda claridad que es un delito autónomo del delito previo y únicamente exige que los activos que constituyen el objeto del lavado deben tener una conexión o vinculación con una actividad criminal previa, considerada esta de modo general o abstracto, por lo que no interesa acreditar la comisión de un delito específico, cometido en determinada fecha, por determinada persona, en determinado lugar y en determinadas circunstancias<sup>(271)</sup>.

La *autonomía* ha quedado claramente establecida, tanto que algunos autores nacionales la han llevado a extremos, concluyendo que para la configuración del delito de lavado de activos no es necesaria la conexión objetiva de los activos en proceso de lavado con la actividad criminal o delito fuente. En efecto, PRADO SALDARRIAGA refiere que el supuesto agravado previsto en el penúltimo párrafo del artículo 4° del D. Legislativo N° 1106 (referido a los casos en que los activos se vinculan a los delitos de minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas) "... es el único caso en la legislación penal peruana contra el lavado de activos, donde el delito fuente o precedente adquiere relevancia normativa o probatoria. En efecto solo para la configuración de esta agravante específica de segundo grado o nivel, constituye presupuesto o requisito indispensable la conexión directa o indirecta de los bienes objeto de los actos de lavado que ejecuta el agente, con, cuando menos uno de los delitos que de modo taxativo señala el párrafo tercero del artículo 4°. Por lo cual, igualmente, la prueba suficiente de esa relación se convierte en una exigencia procesal ineludible para que puedan tener plena eficacia los efectos agravantes señalados por la norma"<sup>(272)</sup>. Con lo que queda claro que para este autor, los casos no comprendidos en esta agravante, no requieren tal vinculación, resultando suficiente para la

---

(271) En este sentido, disintimos de lo sostenido por CASTILLO ALVA, en cuanto refiere "... el principio de imputación adecuada en el delito de lavado 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 lugar en el que el hecho presuntamente se cometió". *"La necesidad de determinación del 'delito previo'..."*. p. 349.

(272) PRADO SALDARRIAGA: "Criminalidad organizada y lavado de activos". pp. 263 y 264. En el mismo sentido PÁUCAR CHAPPA: *Ob. Cit.* p. 64.

configuración del delito de lavado, la presencia de un activo cuyo origen no se ha justificado lícitamente o la existencia de un desbalance no explicado justificadamente<sup>(273)</sup>.

Este criterio, obviamente, no nos parece adecuado, puesto que en todos los casos de lavado de activos debemos determinar una vinculación de los activos materia del lavado con alguna de las actividades criminales previas; y claro, si estas actividades previas fueran minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión y trata de personas, estaremos ante en el supuesto agravado. Sin embargo, la consideración o percepción de estas actividades criminales previas solo será de modo general y abstracto, mas no se requiere de la acreditación de un delito específico acreditado en un debido proceso, como aparentemente sostiene dicho autor.

La evolución legislativa anotada también se ha producido en otras legislaciones como la española en la que el texto original del artículo 301° del Código Penal establecía: “1. El que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos *tienen su origen en un delito grave, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito,...*”; luego mediante LO 15/2003 se modificó el texto original de este artículo para establecer: “1. *El que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos;* y finalmente, mediante LO 5/2010, del 22 de junio del 2010, se establece: “*El que adquiriera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera terceras personas, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir*

---

(273) Inclusive este autor para sustentar su posición hace referencia al oficio circular de la Secretaría de la Fiscalía de la Nación N° 024-2013-MP-FN-SGFN, del 15 de mayo del 2013, dirigido a los fiscales a nivel nacional en el que se señala: “... *el delito de lavado de activos es un delito autónomo y no tiene delito fuente, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria*”. Obviamente, un oficio de estas características no tiene rigor teórico ni efecto vinculante alguno y por ello mismo, no puede servir para fundamentar un criterio válido sobre el tema de discusión.

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

Como puede apreciarse, se evolucionó desde la consideración de un específico “delito grave”, para luego considerar en general “un delito”, y finalmente, considerar “una actividad delictiva”; con lo que el tipo penal ya no se refiere a un delito previo en forma específica, sino a actividad delictiva en general, lo que significa que ya no se vincula al delito de lavado de activos a un delito específico (cometido en determinada fecha, en determinado lugar, por determinada persona y en determinadas circunstancias) sino a la actividad delictiva en general, la que no requiere ser demostrada o acreditada, sino simplemente que se establezca razonablemente un nexo de los activos materia del lavado con la actividad criminal en general. Obviamente, todo esto se habría realizado con la finalidad de dotar de funcionalidad al delito de lavado de activos y evitar la impunidad de estas conductas.

Evoluciones similares se han producido en las demás legislaciones, lo que ha generado también una evolución en la configuración de los criterios doctrinarios y jurisprudenciales. En efecto, en la legislación brasileña la Ley 9.613/98, fue modificada por la Ley 12.693/2012, en la que ya no se habla de activos provenientes, directa o indirectamente, de “infracción penal”. Con ello se sostiene que “... queda observada la necesaria seguridad jurídica, pero, más allá de ello, se evitan eventuales y graves lagunas de punibilidad que maculaban la legislación anterior (...) el delito de blanqueo de capitales tiene plena *autonomía* en el contenido y en la forma. En el primer aspecto, es evidente que el delito de reciclaje de bienes tiene su propio contenido de injusto y de culpabilidad, como fundamento de la pena aplicable. No es una consecuencia del delito antecedente, ya que no se trata de delito accesorio, sino de delito autónomo, con contenido propio”<sup>(274)</sup>.

Siendo así, la *autonomía material o sustantiva* del delito de lavado de activos queda debidamente determinada, y no se trata solo de una supuesta *autonomía procesal* como la que se ha hecho referencia, puesto que si fuera así,

---

(274) REGIS PRADO, Luiz: “El nuevo tratamiento penal del blanqueo de capitales en el derecho brasileño (ley 12.683/2012)”. Disponible en <http://www.ciidpe.com.ar/area2>

no tendría ninguna explicación la evolución de la legislación peruana, en la que cada vez más se ha incidido en la autonomía material, ya que la autonomía procesal en ningún momento estuvo en tela de juicio, ni siquiera durante la vigencia de los artículos 296°-A y 296°-B del Código Penal, antes de las modificaciones introducidas por la ley de lavado de activos. Por tanto, la acreditación del delito de lavado de activos no depende de la acreditación del delito previo.

En efecto, la propia doctrina y la jurisprudencia comparada se ha pronunciado en este sentido, así, BLANCO CORDERO, basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, señala: “La jurisprudencia se ha pronunciado de manera rotunda en el sentido de que no es necesario que exista una condena por la actividad delictiva previa de la que proceden los bienes. Es paradigmática la STS 1704/2001, de 29 de septiembre, a la que se refieren otras posteriores, en la que advierte que en la *definición del delito de blanqueo*<sup>(275)</sup> no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes que se ocultan. Esto es lógico, sigue, desde una perspectiva político-criminal, puesto que, tratándose de combatir eficazmente el tráfico de drogas en todos los tramos del circuito económico generado por dicha delincuencia, carecería de sentido esperar a que se declarase la responsabilidad de los partícipes en el tráfico para perseguir penalmente tales conductas. Se considera bastante con acreditar simplemente la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico, que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes, sin que sea necesaria ni la demostración plena de un acto delictivo específico generador de los bienes ni de los concretos partícipes en el mismo”<sup>(276)</sup>. Y fíjese que se dice, “para la definición del delito de blanqueo”, es decir, para determinar la estructura o naturaleza de este delito, no simplemente para el inicio de la investigación o procesamiento, como erradamente podría pensarse.

(275) (Cursiva agregada)

(276) BLANCO CORDERO: “*El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; Artículos ISSN 1695-0194 RECPC 13-01 (2011); p. 32. Con citas de ZARAGOZA AGUADO, (Comentario al art. 301 CP”, cit., pg. 1169 y abundante jurisprudencia: SSTS 575/2003 14-4; 8288/2003, 19-12; 1239/2004, 25-2; 8120/2004, 15-12; 141/2006 27-1; 3932/2007, 4-6 y 772/2007, 8-4-2008; 1426/2005, 13-12; 115/2007, 22-1. <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194 (consulta del 25 de julio del 2013).

En tal sentido, en consonancia con la afirmación de BLANCO CORDERO, la jurisprudencia del Tribunal Supremo Español, así como con la autonomía plasmada en los convenios internacionales y leyes nacionales, especialmente en la nuestra, concluimos que la autonomía del lavado de activos no está referida únicamente a una condición del inicio de la investigación sino a la determinación de la naturaleza del delito de lavado de activos, el mismo que para su investigación, procesamiento *o condena*, no requiere de la acreditación del delito previo, puesto que este no es un elemento del tipo penal de lavado; lo cual queda más claro en la nueva disposición legal (artículo 10° del D. Leg. N° 1106). Pero claro, debemos tener en cuenta que los autores que sostienen que el delito previo es un elemento objetivo (normativo) del tipo de lavado de activos, no tienen otra alternativa que cerrar filas en torno a que el delito previo debe acreditarse, antes o durante el proceso por lavado de activos, como puede verse en GARCÍA CAVERO o CARO CORIA y ASMAT COELLO, quienes reiteran la necesidad de su acreditación en un debido proceso, pese a que reconocen que el D. Leg. N° 1106, ha optado por la autonomía plena del delito<sup>(277)</sup>.

Consecuentemente, para determinar que estamos ante el delito de lavado de activos, se requiere únicamente acreditar la *vinculación del objeto* del delito de lavado de activos con una actividad criminal<sup>(278)</sup>; y para determinar esta vinculación, así como para determinar la propia existencia de la actividad

---

(277) GARCÍA CAVERO: “*Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos ...*”. 432.

Inclusive, en anteriores ediciones de este trabajo, por nuestra parte, al no haber abordado la naturaleza del delito previo respecto al delito de lavado de activos, hemos presentado ideas que pueden confundirse con una posición como la que estamos cuestionando; y por ello, aun cuando hemos tratado de referirnos a la vinculación del objeto del delito de lavado de activos con el delito previo, se ha entendido como que nos habríamos referido propiamente al delito previo, como puede verse en GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.*, 432. Opinión que a la luz de nuestro actual pronunciamiento, queda debidamente aclarada.

(278) Este criterio también lo asume BLANCO CORDERO, pese a que ha sintetizado la naturaleza del delito previo de modo distinto al que aquí sostenemos; pues, hace referencia a que una característica esencial que debe reunir el objeto del delito, es su vinculación con el delito previo (*El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Ed. 2002, p. 240). Asimismo, hace referencia a la conexión entre la infracción delictiva previa y los bienes objeto del blanqueo, con lo que se refiere al delito previo como una característica del objeto del delito de lavado. *Passim*.

criminal, no hace falta acreditar un delito previo sino únicamente establecer una conexión entre la acción de lavado y las actividades criminales a las que hace referencia el artículo 10° de la Ley (D. Leg. N° 1106), lo cual resulta plenamente coincidente con el criterio expresado por Blanco Cordero para la legislación española, en cuanto señala que, dada la autonomía del delito de lavado de activos, no se exige de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto.

En tal sentido, es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa, como señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema. Pero estos indicios razonables no necesitan ser de la misma magnitud de los que se necesitan para acreditar un delito, sino indicios de menor intensidad probatoria; pero claro, que sean idóneos para descartar la procedencia lícita de los activos materia de lavado<sup>(279)</sup> y, consecuentemente que vinculen a los activos con la actividades criminales establecidas en el artículo 10° de la Ley.

Así por ejemplo, si nos encontramos ante bienes por un valor de diez millones de soles respecto de los cuales su “propietario” o quien los detenta no da una razón verosímil que justifique su origen lícito, por el contrario, proporciona una versión infantil al respecto; en este caso resulta razonable para la autoridad competente averiguar el origen de los bienes o formularse hipótesis de investigación en torno al origen de los activos. Si por ejemplo, en la indagación correspondiente se determina que el supuesto “propietario” estuvo dos veces procesado por tráfico ilícito de drogas, su hijo fue condenado por este delito y a su hermano se le encontró en poder de un cargamento de insumos químicos para la elaboración de droga en una zona de alta producción de coca y de droga; todo lo cual, obviamente, ha quedado debidamente acreditado;

---

(279) En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene: “El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, concebir este delito como de imposible ejecución-”. Acuerdo Plenario n° 3-2010/CJ-11.

estos indicios no nos servirá de ninguna manera para condenar el “propietario” de los bienes por delito de TID; sin embargo, serán suficientes para vincular dichos bienes a la actividad criminal de tráfico ilícito de drogas; esto es, para asumir que los mismos tienen su origen en dicha actividad criminal. Como puede verse, para determinar el origen delictivo de los activos no se requiere de prueba directa o de indicios idóneos para acreditar la responsabilidad penal del agente, sino que es suficiente con una vinculación de los activos con la actividad criminal a través de indicios de menor intensidad que los necesarios para sustentar una condena por un delito específico. Pues en este caso lo importante es la acreditación de la existencia de los activos o que estos existieron y la falta de explicación de su origen. Ante ello resulta razonable vincularlos a la actividad criminal de cuya existencia tenemos algunos indicios.

Finalmente, para concluir este acápite, resulta necesario precisar que, aún cuando no se requiere acreditar un delito previo para la configuración del delito de lavado de activos, pueden presentarse casos en que quede acreditado que los activos materia del lavado provienen de un delito específico, respecto del cual hay una sentencia firme, se ha investigado debidamente o existen elementos probatorios suficientes respecto a su comisión y a la generación de los activos por dicho delito; en tal caso resulta necesario referirnos someramente a la problemática del “delito previo”.

## 2. PROBLEMÁTICA DE LA ACTIVIDAD CRIMINAL PREVIA O «DELITO PREVIO»

Tal como se acaba de señalar, el análisis de esta problemática solo será relevante para los casos en que por alguna razón la actividad criminal previa o delito previo se halle acreditada, no porque se haya tenido que investigar previa o conjuntamente con el lavado de activos para acreditar este delito, sino porque ya se encuentra acreditado al momento en que se inicia la investigación o procesamiento del lavado de activos o al momento de dictarse la condena; pues, en general, no se requiere realizar un debido proceso respecto al delito previo, siendo suficiente una vinculación general y abstracta de los activos ilícitos con la actividad criminal en cuestión.

En este rubro resulta trascendente estudiar la sistemática de la actividad criminal previa, donde debe abordarse a qué delitos deben vincularse los activos materia de lavado; el nivel de la estructura del delito previo; el grado de ejecución del delito previo; si se debe considerar el delito previo cometido antes de la vigencia de la nueva norma de lavado de activos; la problemática de la despenalización del delito previo y la descontaminación de los activos. Asimismo, cuál es la naturaleza jurídica del delito previo; qué pasa cuando la acción penal por el delito previo se ha extinguido (ha prescrito) y cómo se resuelve el caso del delito cometido en el extranjero; y obviamente, la prueba de la actividad criminal previa.

En el presente trabajo solo vamos a desarrollar los cuatro últimos casos, los mismos que se vinculan directamente con la casuística que viene operando en los últimos tiempos en nuestro medio, referidos a la cosa juzgada y la cosa decidida en relación con el delito de lavado de activos y su autonomía<sup>(280)</sup>.

---

(280) Sobre los demás puntos ver amplio desarrollo en GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *El delito de lavado de activos*. Instituto Pacífico, Lima, 2014, pp. 93 y ss.

## 2.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL “DELITO PREVIO”

Respecto a la naturaleza del delito previo, lamentablemente existe gran confusión, la misma que ha sido generada por la propia doctrina, que no ha llegado a comprender la naturaleza y estructura del delito de lavado de activos plasmada por los convenios internacionales y por la propia estructura de los tipos penales establecidos en las legislaciones nacionales en particular<sup>(281)</sup>. Y claro, los criterios teóricos diseñados por la doctrina han orientado de modo errático a la jurisprudencia, a tal punto que inclusive en los Acuerdos Plenarios de nuestra Corte Suprema de Justicia se han plasmado estas confusiones y contradicciones, como puede apreciarse en los Acuerdos Plenarios de las Salas Supremas Penales N° 3-2010/CJ-116 y N° 7-2011/CJ-116.

En el ámbito del Derecho comparado, BLANCO CORDERO sintetizando la doctrina española, suiza y alemana señala que el sector doctrinal mayoritario atribuye al delito previo el carácter o naturaleza de *auténtico elemento normativo del tipo* penal de lavado de activos<sup>(282)</sup>, precisando que otro sector doctrinal minoritario considera al hecho previo como una condición objetiva de punibilidad<sup>(283)</sup>. Respecto a este último criterio no vamos a detenernos porque no nos parece relevante, además de que se esboza de un modo totalmente confuso. En el criterio que sí corresponde detenerse es en el que considera al delito previo como *elemento objetivo (normativo)* del tipo; puesto que este ha sido asumido en nuestro medio por un sector de la doctrina, aun

---

(281) Particular importancia reviste este supuesto en nuestro medio, en el que la mayoría de criterios doctrinarios ha sido desarrollada por los propios abogados defensores de los investigados por el delito de lavado de activos, y claro estos han tratado de “demostrar” por todos los medios y “argumentos” que el delito previo es un elemento del tipo y debe ser acreditado en un debido proceso, de lo contrario la actividad de lavado imputada a sus respectivos patrocinados sería atípica; y estos criterios en la mayoría de casos han sido asumidos por jueces y fiscales en cuestionables y dudosas decisiones que en muchos casos se vincula a actos de corrupción.

(282) Aun cuando este autor se refiere a “requisito del hecho previo” y no a delito previo propiamente dicho. Sin embargo, del contenido de texto no se aprecia la diferencia entre “requisito del hecho previo” y el “delito previo en sí”.

(283) BLANCO CORDERO: “El delito de blanqueo de capitales”. 2ª Edición, 2002, pp. 251 y ss.

Este criterio es reiterado por este autor en la 3a. Edición del 2012 de este mismo trabajo. En este último sin embargo, se refiere a “naturaleza jurídica de la exigencia de una actividad delictiva de la que provengan los bienes”. Ob. Cit. pp. 273 y ss.

cuando sin esgrimir mayores fundamentos, limitándose a transcribir el criterio expresado por BLANCO CORDERO o remitiéndose al Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 3-2010/CJ-116, el mismo que a su vez, se remite a lo señalado por el mencionado autor español. En efecto, esta postura es asumida por GARCÍA CAVERO<sup>(284)</sup>, CARO CORIA y ASMAT COELLO<sup>(285)</sup>, JIMÉNEZ BERNALES<sup>(286)</sup>, CASTILLO ALVA<sup>(287)</sup> e HINOSTROZA PARIACHI<sup>(288)</sup>, entre otros autores nacionales; nuestros autores han seguido a Blanco Cordero aun cuando este autor se ha limitado a describir la doctrina alemana al respecto, a la que la considera tributaria de la doctrina referida a los delitos de receptación y encubrimiento; incluso, este autor no llega a fundamentar propiamente una postura personal<sup>(289)</sup>, más aún, en otros trabajos,

(284) GARCÍA CAVERO: “Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento”. En *Imputación y sistema penal*. Coord: Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe. Ara Editores, Lima, 2012. pp. 432; este autor sostiene: “Conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2010, ‘el delito fuente es un elemento objetivo del tipo penal y su prueba condición *asimismo de tipicidad*’. En consecuencia, la actividad probatoria dirigida a acreditar la base fáctica de la imputación penal debe abarcar el delito generador de los activos. En este punto, uno de los aspectos más llamativos del delito previo es la autonomía de su determinación en el proceso penal por lavado de activos”.

(285) CARO CORIA, Dino Carlos y ASMAT COELLO, Diana Marisela: “El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos”. En *Imputación y Sistema Penal*, Coordinadores: Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe, pp. 319 y ss.

(286) JIMÉNEZ BERNALES, Juan Carlos: “*La problemática del delito previo en el lavado de activos*”. En *Gaceta Penal y Procesal Penal N° 17*, Lima, noviembre del 2010, pp. 30 y ss; quien precisa “La doctrina mayoritaria -que compartimos- sostiene que se trata de un elemento normativo del tipo objetivo, toda vez que el ‘delito previo’ debe probarse para afirmar el blanqueo de capitales, y el autor debe tener conocimiento de que los bienes provienen de una actividad ilícita y van a ser blanqueados”.

(287) 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 y Procesal Penal N° 4*, Lima, octubre del 2009, p. 340.

(288) HINOSTROZA PARIACHI, César: “*El delito de lavado de activos. Delito fuente*”. Grijley, Lima, 2010, p. 142.

(289) Al respecto ver BLANCO CORDERO: “El delito de blanqueo de capitales”. 3ª Edición, Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 273 y ss.

al parecer, estaría negando la posición que considera al delito previo como un elemento objetivo-normativo del tipo penal<sup>(290)</sup>.

Para arribar a la conclusión de que el delito previo es un *elemento objetivo del tipo* de lavado de activos, Blanco Cordero parte del análisis de los delitos de *receptación* y *encubrimiento real*<sup>(291)</sup>. Obviamente, para estos delitos tiene sentido hablar de delito previo como elemento objetivo del tipo, puesto que se trata de acciones realizadas sobre el propio *objeto del delito* previo; por ejemplo, si se hurta una cantidad de dinero, y se está realizando actos de transformación de dicho dinero, resulta natural la dependencia del delito de *receptación* (delito subsecuente) respecto al delito previo de hurto; pues, la *receptación* es un acto más, orientado a mantener el estado o situación de antijuricidad generada con la sustracción del dinero o bienes de que se trate y afecta al mismo bien jurídico; pues, los actos receptivos son actos de agotamiento. Asimismo, la acción típica del delito de *encubrimiento real* se realiza sobre el mismo *objeto del delito previo* o sobre los medios o instrumentos que rodean a este delito y se encuentran vinculados directamente al lugar del delito previo o a la correspondiente acción típica de este delito, de tal manera que las acciones de encubrimiento no tienen sentido si las desvinculamos del delito previo. En cambio, en el delito de lavado de activos, las acciones de *conversión* y *transferencia*, así como las demás acciones configurativas de este delito, tienen pleno sentido desvinculadas del delito previo; es más, las acciones de lavado se realizan, precisamente, sobre bienes o activos que muchas veces no están en conexión material con el *objeto del delito previo*; pudiendo tratarse de delitos previos cometidos en países distintos a aquel en el que se produce el lavado, puesto que se trata, ordinariamente, de un delito transnacional y cometido por lavadores profesionales<sup>(292)</sup>.

---

(290) BLANCO CORDERO: “El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; Artículos ISSN 1695-0194 RECPC 13-01 (2011); p. 32. (Consulta del 25 de julio del 2013).

(291) BLANCO CORDERO: “El delito de blanqueo de capitales”. 2ª Edición 2002, p. 252. Criterio reiterado en la 3a. Edición de este mismo trabajo, p. 274.

(292) El propio BLANCO CORDERO (*El delito de blanqueo de capitales*. 2ª Edición, 2002, pp. 278 y 279 respectivamente) deja fluir este mismo criterio, al referirse a una sentencia antigua del TS, del 20 de enero de 1990, en la que se sostenía: “Sin que sea preciso que haya recaído sentencia

Asimismo, las acciones de lavado se realizan fundamentalmente sobre los *efectos y ganancias* de la actividad criminal o delito previo (el producto del delito); solo excepcionalmente sobre el objeto de este delito (bien u objeto material sobre el cual recae la acción delictiva), esto es, se realiza principalmente sobre productos directo o indirectos del delito fuente más no sobre su objeto. Así, el dinero producto de la venta de la droga no necesariamente rodea a los actos constitutivos del tráfico o posesión de la droga, ni se encuentra vinculado materialmente a este, por el contrario, puede ser entregado o depositado en un banco de un paraíso financiero totalmente alejado del lugar de comisión del delito de TID o de sus medios e instrumentos de comisión, no advirtiéndose ningún rastro o nexo material con el delito fuente; más aún, en el caso de las ganancias (que son efectos mediatos del delito previo) estas ni siquiera tienen un vínculo directo con dicho delito, sino más bien pueden ser obtenidas a través de la realización de actos aparentemente lícitos sobre los efectos directos del delito fuente; aún más, los efectos o ganancias del delito previo pueden haber experimentado diversas transformaciones y mostrarse totalmente desvinculadas del delito previo, a diferencia de la receptación en que el objeto de este delito es el mismo que el objeto del delito previo, puesto que no se admite la receptación sustitutiva o la receptación en cadena (por lo menos en nuestro medio). Más todavía, puede tratarse de la participación de “*lavadores profesionales*” que en buena cuenta no tienen vinculación alguna con el delito previo, y solo a través de un dolo muy eventual pueden presumir la existencia del mismo, por lo menos en sus detalles, circunstancias y partícipes;

---

condenatoria sobre el hecho delictivo antecedente y elemento normativo de la receptación, de la que se derive su existencia y calificación jurídica, lo que incluso en muchas ocasiones no será posible, la misma ha de quedar plenamente acreditada en su realidad y en su naturaleza jurídica, sin que baste para ello la mera constancia de denuncias, ocupación de bienes, y otras diligencias posible y sumariales, sino que por tratarse de un elemento constitutivo del tipo, se hace preciso que las pruebas destinadas a acreditarlo se hayan practicado con las garantías constitucionales y procesales que les hagan aptos para desvirtuar la presunción de inocencia...”. En este caso se aprecia que estos criterios jurisprudenciales están referidos al delito de receptación, mas no al delito de lavado de activos; pues con posterioridad señala que para acreditar el delito de lavado de activos no se requiere acreditar simplemente la presencia antecedente de una actividad delictiva de modo genérico. “*El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; Artículos ISSN 1695-0194 RECPC 13-01 (2011); p. 32. (Consulta del 25 de julio del 2013).

es más, ni siquiera les interesa en lo más mínimo conocer el delito previo. Siendo así, al analizar la estructura del *delito de lavado de activos*, no se le puede dar el mismo tratamiento que a la *receptación* o al *encubrimiento real*; a la vez que tampoco se pueden extrapolar las ideas desarrolladas para los últimos a la estructura del primero.

En tal sentido, no se puede sostener que el delito previo al delito de lavado de activos, al igual que en los tipos de receptación y encubrimiento real, es un elemento objetivo del tipo penal, puesto que los elementos objetivos del tipo son componentes materiales (descriptivos) o normativos que concurren a la comisión del delito y, por ello, forman parte de la estructura del mismo o son tomados en cuenta dentro de esta (del injusto penal) como una unidad y tienen que estar abarcados íntegramente por el dolo del agente, lo que no sucede con el delito previo en el delito de lavado de activos, el cual, normalmente, está totalmente alejado de las acciones configurativas del lavado, y claro, este no depende del delito previo. Es por ello que, la propia normatividad internacional y las diversas legislaciones nacionales, establecen normativamente que el delito de lavado de activos es un tipo penal de naturaleza *autónoma* del delito previo o de cualquier otro delito. Es más, la norma peruana no hace referencia a delito previo sino a actividad criminal, lo que significa una consideración general y abstracta de la actividad delictiva a la cual deben estar vinculados los activos.

De otro lado, es necesario tener en cuenta que para considerar que un delito se ha cometido se tiene que acreditar debidamente la presencia de todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, más allá de la duda razonable, de lo contrario será de aplicación el principio *in dubio pro reo*; por ello, si aceptásemos que el delito previo es un elemento objetivo del tipo de lavado, tendríamos que acreditarlo debidamente, en un debido proceso penal (cuándo se cometió, dónde, quiénes lo cometieron y en qué circunstancias). Sin embargo, este no es el criterio establecido en las normas penales sobre el delito de lavado de activos, así como tampoco esa es la finalidad político-criminal que ha llevado a criminalizar estas conductas, habiéndose establecido expresamente, tanto en los convenios internacionales así como en las normas nacionales, que no es necesario que el delito previo se encuentre

sometido a investigación o procesamiento, que haya sido objeto de prueba o sujeto a una sentencia condenatoria; esto es, no es necesario acreditar procesalmente (en un debido proceso) la existencia de delito previo alguno. Este criterio es aceptado casi unánimemente; en efecto, así lo refieren la doctrina y jurisprudencia españolas, asumiendo los criterios de del Tribunal Supremo español<sup>(293)</sup>. Más aún, como ya lo hemos reiterado, la autonomía del delito de lavado de activos es material no solo procesal; lo que significa que no requerimos de la acreditación del delito previo para iniciar la investigación, así como tampoco para imponer una condena por lavado de activos. Pues, como ya se señaló, si sostuviéramos una simple autonomía procesal no tendría ningún sentido ni explicación la evolución de la normativa nacional y comparada que en un primer momento consideró a los tipos penales de lavado de activos vinculados a un delito previo específico (TID), luego señaló algunos delitos específicos y, finalmente, solo hace referencia a “actividad criminal” en general. Obviamente la actividad criminal en general no se puede equipara a un delito específico y jamás puede ser considerada como elemento objetivo del tipo.

Si ello es así, ¿cómo se puede sostener que el delito previo es un elemento del tipo objetivo del delito de lavado de activos y conciliar tal premisa con la disposición normativa que establece que no es necesario investigar, procesar, acreditar o condenar por dicho delito previo? Ello naturalmente es un contrasentido, que tiene su origen en el error en que han incurrido los diversos autores, jueces y fiscales al extrapolar las conclusiones arribadas en los delitos de *receptación y de encubrimiento real* al delito de lavado de activos. Pues, en este último, al tratarse de un tipo autónomo (autonomía procesal y material)

---

(293) BLANCO CORDERO: “*El delito fiscal como actividad delictiva previa del blanqueo de capitales*”. Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; Artículos ISSN 1695-0194 RECPC 13-01 (2011); p. 32. Con citas de ZARAGOZAAGUADO, (Comentario al art. 301 CP”, cit., pg. 1169 y abundante jurisprudencia: SSTS 575/2003 14-4; 8288/2003, 19-12; 1239/2004, 25-2; 8120/2004, 15-12; 141/2006 27-1; 3932/2007, 4-6 y 772/2007, 8-4-2008; 1426/2005, 13-12; 115/2007, 22-1. <http://criminet.ugr.es/recpc> – ISSN 1695-0194 (consulta del 25 de julio del 2013).

únicamente se tienen que acreditar los elementos que integran su estructura típica, dentro de los cuales no se encuentra el delito previo<sup>(294)</sup>.

Pero entonces ¿cuál es el papel del delito previo en la estructura del delito de lavado de activos? En realidad, el delito previo como delito específico y concreto, al no ser un elemento del tipo penal, no tiene ninguna relevancia para la configuración del delito de lavado de activos; pues, para ello únicamente se requiere vincular al objeto del delito de lavado de activos a una actividad criminal considerada en general y en abstracto, sin acreditación en forma específica de delito previo alguno. Siendo así, realmente debemos dejar de hablar de delito previo (concreto y específico) y referirnos únicamente a actividad criminal. Este criterio fluye claramente del contenido de los artículos 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo N° 1106, que se refieren al “origen ilícito” de los activos (no al origen en determinado delito), concordante con el artículo 10° del mismo Decreto Legislativo que establece que el conocimiento del origen ilícito corresponde a “actividades criminales” y no a un delito previo específico. Sin embargo, ello no debe llevarnos a dejar de lado toda referencia a la actividad delictiva previa, como hacen las posiciones extremas que pretenden desvincular totalmente al lavado de activos de la actividad criminal y proponen una total autonomía<sup>(295)</sup>; pues, si aceptásemos esta postura, ya no estaríamos frente al lavado de dinero, que por su propia concepción, se trata de dinero “sucio”, que no es otra cosa que aquel vinculado a la actividad criminal.

Inclusive, el propio BLANCO CORDERO (pese a que en otra parte sostiene que el delito previo es un elemento objetivo-normativo del delito de

---

(294) En este caso, la doctrina, que es la llamada a brindar pautas para una segura interpretación y aplicación de la ley, contrariamente ha generado confusiones perjudiciales, que ha llevado a la jurisprudencia a incurrir en serias inconveniencias generadoras de impunidad, a la vez que ha distorsionado la finalidad político criminal que subyace en la criminalización de los delitos de lavado de activos.

(295) Al respecto ver: PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy: “*La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y jurisprudencia*”. Ara Editores, Lima, 2013, pp. 216 y ss. Quien refiere: “... se deja absolutamente claro los alcances del “*principio de autonomía*” de la investigación del lavado de activos, es decir, que esta no depende de la tramitación de ninguna otra investigación o proceso judicial para los efectos de archivar o continuara su trámite. Ello obedece a su total desvinculación de la verificación o identificación de los delitos precedentes”. p. 220.

lavado), en forma expresa señala que solo se requiere acreditar que los bienes supuestamente blanqueados proceden de una *actividad delictiva*, no de un delito en forma específica; precisando que ello se corresponde mejor con la autonomía del delito de blanqueo y con la no exigencia de una resolución judicial que se pronuncie sobre un delito antecedente concreto; añadiendo que ese es el criterio establecido por la doctrina del Tribunal Supremo español (STS 115/2007, del 22 de enero del 2007)<sup>(296)</sup>. En el mismo sentido, TIEDEMANN refiere: “La praxis tiende en todas estas constelaciones a la afirmación de la punibilidad y, con ello, considera suficiente *de facto* cualquier vinculación causal entre el objeto patrimonial y el hecho previo”<sup>(297)</sup>.

En tal sentido, no se exige ni siquiera que el agente del lavado de activos deba conocer la existencia del delito previo, sino que es suficiente con que deba presumir tal existencia, lo que implica que no es necesario que conozca quiénes lo han cometido, las circunstancias del mismo o que exista un trato personal con sus agentes, es decir, el conocimiento no debe ser exhaustivo; inclusive, no se requiere que el agente del lavado sepa que se trata de un hecho previo culpable y punible o que se trata de un injusto penal (típico y antijurídico); esta circunstancia no la exigen ni siquiera los autores que sostienen que el delito previo constituye un elemento normativo del tipo<sup>(298)</sup>.

Al respecto, ZARAGOZA AGUADO con toda corrección y claridad señala: “... en buena lógica no se exige la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados”<sup>(299)</sup>. Lo relevante es la conducta que realiza el lavador y no propiamente la conducta subyacente específica. Esto es, para determinar la *vin-*

(296) BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 3a Ed. 2012, p. 246.

(297) TIEDEMANN, Klaus: “Manual de Derecho Penal Económico. Parte Especial”. Grijley, Lima, 2012, p. 263.

(298) Al respecto ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 267; MORENO CÁNOVES, Antonio y RUIZ MARCO, Francisco: *Ob. Cit.* p. 392; DEL CARPIO DELGADO Juana: “El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal”; p. 305.

(299) ZARAGOZA AGUADO, Javier: “Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales”. Curso Organizado por OEA (CICAD), Lima, setiembre del 2002. p. 32.

**culación del objeto** del delito de lavado de activos con una actividad criminal<sup>(300)</sup> así como para determinar la propia existencia de la actividad criminal, no hace falta acreditar un delito previo sino únicamente establecer una conexión entre la acción de lavado y las actividades criminales a las que hace referencia el artículo 10° de la Ley (D. Leg. N° 1106).

En consecuencia, es suficiente con que existan indicios razonables al respecto, como uniformemente señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de la Corte Suprema. Pero como ya se dijo, estos indicios razonables no necesitan ser de la misma magnitud de los que se necesitan para acreditar un delito, sino indicios de menor intensidad probatoria, pero claro, idóneos para descartar la procedencia lícita de los activos materia de lavado<sup>(301)</sup> y, consecuentemente que vinculen a los activos con la actividades criminales establecidas en el artículo 10° de la Ley.

Claro que en nuestro medio, podrá decirse que la norma establece que los activos (dinero, bienes, efectos y ganancias) deben tener “*un origen ilícito*”, lo que llevaría a considerar el delito previo como elemento del delito; sin embargo, si concordamos esta aseveración con el contenido del artículo 10° de la Ley (que establece que el “lavado de activos es un delito autónomo, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan

---

(300) Este criterio también lo asume BLANCO CORDERO, pese a que ha sintetizado la naturaleza del delito previo de modo distinto al que aquí sostenemos; pues, hace referencia a que una característica esencial que debe reunir el objeto del delito, es su vinculación con el delito previo (*El delito de blanqueo de capitales*, 2ª Ed. 2002, p. 240). Asimismo, hace referencia a la conexión entre la infracción delictiva previa y los bienes objeto del blanqueo, con lo que se refiere al delito previo como una característica del objeto del delito de lavado. *Passim*.

(301) En el mismo sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia cuando sostiene: “El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo -lo contrario implicaría, ni más ni menos, concebir este delito como de imposible ejecución-”. *ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/CJ-11*.

sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria”) la conclusión que estamos planteando resulta evidente; esto es, el delito previo no determina la configuración del delito de lavado de activos, tal como también señala BLANCO CORDERO, sintetizando las decisiones del Tribunal Supremo Español, como se indicó líneas antes.

### 2.1.1. NATURALEZA JURÍDICA DEL “DELITO PREVIO” EN LA JURISPRUDENCIA Y ACUERDOS PLENARIOS DE LA CORTE SUPREMA

Pese a que la autonomía del delito de lavado de activos queda fuera de toda discusión, lamentablemente, en nuestro medio la confusión doctrinaria ha llevado a la Corte Suprema a asumir criterios contradictorios que no ayudan al esclarecimiento de esta problemática, por el contrario, han generado más confusión y están llevando a generar impunidad de los delitos de lavado de activos; así, en el ACUERDO PLENARIO N° 3-2010/CJ-116, (16/11/2010), Fj: 30 y ss, se ha señalado: “... el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero”. (...) “El delito fuente, empero, es un elemento objetivo del tipo legal –como tal debe ser abarcado por el dolo– y su prueba condición asimismo de tipicidad”. Sin embargo, a renglón seguido señala: “... no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado”. Agregando: “Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva” (FJ. 31 y 32). “El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva de dinero, bienes, efectos o ganancias que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo –lo contrario implicaría, ni más ni menos, concebir este delito como de imposible ejecución–; es suficiente la certidumbre sobre su origen,

*conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves -las previstas en el artículo 6° de la Ley- o con personas o grupos relacionados con la aplicación de este tipo legal".* (Fj. 35). Este criterio ha reiterado la corte Suprema en diversas ejecutorias, que obviamente determinan la impunidad de estad delito.

Como puede apreciarse, no se puede sostener, por un lado, que el delito previo es un elemento objetivo del tipo y por otro, aducir que no es necesaria la probanza de dicho delito previo, de sus circunstancias y partícipes concretos, precisando que solo es suficiente una conexión o vinculación de los activos con las actividades delictivas o personas vinculadas a estas. Pues, debe quedar claro que para tener por acreditado un delito, todos los elementos objetivos del tipo deben acreditarse debidamente (más allá de la duda razonable) de lo contrario será de aplicación el principio *in dubio pro reo*<sup>(302)</sup>. Inclusive, el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema ni siquiera diferencia si se trata de un *elemento objetivo descriptivo o normativo*, lo cual resulta importante a efectos de determinar el nivel de conocimiento que debe tener el agente del lavado respecto al delito o actividad criminal previa. Así ARÁNGUEZ SÁNCHEZ correctamente, distingue entre elemento descriptivo y normativo, aduciendo que ello resulta relevante a la hora de evaluar el alcance del conocimiento y el error sobre dicho elemento, ya que al tratarse de un elemento normativo (no puede ser aprehendido por la mera percepción sensitiva, sino que exige un proceso de valoración o comprensión intelectual), el conocimiento que debe tener el autor no exige una exacta subsunción jurídica sino que basta con la valoración en la esfera del profano<sup>(303)</sup>.

Y claro, la acreditación de un delito (en este caso, del delito previo o fuente), solo se concretará en un debido proceso penal, donde se determinará sus circunstancias, agentes y demás elementos configurativos, por lo que si

---

(302) Así por ejemplo, no se puede sostener que se ha acreditado la comisión del delito de Violación Sexual de Menor de edad, solo porque se ha acreditado la acción típica (acto carnal violento) si no se ha acreditado debidamente (más allá de la duda razonable) la edad del menor.

(303) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: "El delito de blanqueo de capitales". Marcial Pons, Madrid 2000, p. 267. En términos similares BLANCO CORDERO: "El delito de blanqueo de capitales". 2ª Edición, 2012, p. 659.

se aceptase que el *delito previo es un elemento del delito de lavado de activos*, no tendría sentido; hablar de autonomía de este delito, y mucho menos sostener (como es aceptado unánimemente en la legislación, la doctrina y los convenios internacionales) que para su consumación no es necesario que los hechos delictivos de los cuales provienen los activos hayan sido descubiertos, se encuentren sometidos a investigación o proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria, tal como expresa, con toda claridad, la actual Ley de Lavado de Activos (D. Leg. N° 1106).

En tal sentido, el Acuerdo Plenario en cuestión, contradice la propia naturaleza del delito de Lavado de Activos, a la vez que lleva a confusiones en la interpretación y aplicación de la ley y los convenios internacionales. Tanto es así, que en un posterior Acuerdo Plenario (N° 7-2011/CJ-116. 06/12/2011. FV: 6 a 15), la propia Corte Suprema ha constatado las deficiencias del primer Acuerdo (N° 3-2010/CJ-116), y ha planteado nuevamente el tratamiento del *“delito previo o delito fuente”* en otro acuerdo. Lamentablemente, en este nuevo Acuerdo, tampoco se ha zanjado si el delito previo constituye o no un elemento del tipo penal de lavado (que es el principal problema del anterior Acuerdo), limitándose a sostener que no se puede negar a *priori* las posibilidades de realización del delito de lavado de modo posterior o *anterior* a la consumación o tentativa del delito fuente de los activos ilegales (Fj. 11). Lo cual si bien constituye un punto importante no aborda la problemática principal. Peor aún, no se ha referido a la “actividad criminal previa” a la que hace referencia la norma sino a un “delito previo” al que en ningún momento se refiere la ley<sup>(304)</sup>.

Consecuentemente, es de apreciarse que los Acuerdos Plenarios referidos no aportan criterios adecuados sobre la naturaleza del delito previo respecto al

(304) Al respecto, PRADO SALDARRIAGA saliendo en defensa de los Acuerdos Plenarios sostiene: “Lamentablemente, la lectura sesgada del párrafo segundo del fundamento jurídico 32° del Acuerdo Plenario antes mencionado, donde se señala que ‘*El delito fuente, empero es un elemento objetivo del tipo legal -como tal debe ser abarcado por el dolo- y su prueba condición asimismo de tipicidad*’, ha motivado que algunos fiscales especializados del Ministerio Público y un desinformado sector de la judicatura nacional, adopten una interpretación equivocada y condicionen el adelantamiento y formalización de actos de investigación y juzgamiento por delito de lavado de activos, a la evidencia previa y absoluta del delito fuente generador del capital o de los activos comprometidos en las transacciones u operaciones sospechosas. Tal actitud procesal viene frustrando muchos esfuerzos funcionales de la Policía Nacional, la Unidad de Inteligencia Financiera y la Procuraduría

lavado de activos y por ello mismo no contribuyen con argumentos persuasivos suficientes para vincular a los operadores jurídicos<sup>(305)</sup>. Más aún, debe tenerse en cuenta que estos acuerdos son de fecha anterior a la actual Ley de Lavado de activos (D. Leg. N° 1106) y sus modificatorias, las mismas que establecen con mayor contundencia la autonomía del delito de lavado, por lo que, en gran medida, el contenido de estos Acuerdos Plenarios ya no resultarían aplicables, puesto que estos se elaboraron a partir de la normatividad vigente al momento de su expedición, la misma que, a la fecha, ha sido derogada.

Así las cosas, creemos que el criterio que planteamos tiene la virtud de realizar una evaluación más exacta del tipo penal, a la vez que salva la finalidad político criminal que inspiró su formulación, finalidad que, igualmente, se encuentra plasmada en los convenios internacionales y en las respectivas legislaciones nacionales, como la nuestra, que incide en la autonomía del tipo

---

especializada, aunque recibe al coherente e interesado apoyo de los abogados defensores”, (*Criminalidad organizada y lavado de activos*, p. 328). Co lo que obviamente defiende la supuesta corrección de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema; sin embargo, sería mejor hacer una autocrítica y reconocer el error de querer conciliar premisas inconciliables, como la de sostener por un lado que el delito previo es un elemento objetivo del tipo de lavado de activos y debe ser abarcado por el dolo del agente (como se sostiene en dicho Acuerdo) y por otro sostener que no es necesario que el delito previo haya sido materia de investigación, procesamiento o condena; pues, sabido es que todo elemento del tipo (objetivo -normativo- o subjetivo) necesariamente tiene que ser acreditados en un debido proceso. Por ello, Estos Acuerdos muestran una contradicción insalvable, que debiera ser corregida por la propia Corte Suprema, por la vía de otro Acuerdo Plenario; tanto más, si se tiene en cuenta que a la fecha las normas que sirvieron de base para los Acuerdos cuestionados, han sido derogadas y en la actual legislación nacional la autonomía del delito de lavado de activos ha quedado mucho más evidenciada.

- (305) En cuanto al nivel de vinculatoriedad de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema, es necesario tener presente que estos tienen un grado de vinculación acentuado para los órganos jurisdiccionales inferiores de la Corte Suprema, los cuales sin embargo, pueden desvincularse esgrimiendo una argumentación o motivación reforzada, tal como lo ha establecido el propio Tribunal Constitucional (*STC 0019-2009. 21/03/2011. FJ. 16 al 18*). Precisándose que dichos Acuerdos solo resultan vinculantes cuando la fuerza persuasiva de sus argumentos, configurativos de la doctrina judicial, resulten convincentes y razonables, más no así cuando presentan deficiencias como las anotadas, en cuyo caso, presentamos nuestros propios argumentos. La desvinculación del Ministerio Público respecto a los precedentes judiciales, por lo demás, es admitida en la jurisprudencia y doctrina extranjera, como puede verse en ROXÍN, Claus: *Derecho Procesal Penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 55.

Respecto al nivel de vinculatoriedad (que realmente no son vinculantes) ver GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. Tomo II, Ideas, Lima, 2015.

de lavado de modo expreso. Asimismo, con este criterio se salvan las dificultades a las que hacen referencia BLANCO CORDERO y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, referidas a los supuestos de condena por lavado de activos y absolución por el delito previo, a la acreditación del delito previo en el extranjero y a la *plea bargaining* del derecho anglosajón<sup>(306)</sup>; problemática que de algún modo también hace referencia GARCÍA CAVERO en nuestro medio<sup>(307)</sup>. Con ello, igualmente, aclaramos nuestra postura esbozada en nuestros trabajos anteriores, respecto de los cuales algunos han entendido que consideramos al delito previo como un elemento objetivo del tipo penal lavado de activos<sup>(308)</sup>.

## 2.2. “DELITO PREVIO” COMETIDO EN EL EXTRANJERO

Un punto respecto al cual todavía hay discusión es precisamente la determinación del delito de lavado realizado con fondos o activos vinculados a delitos cometidos en el extranjero; y ello tiene que ver también con la autonomía del delito de lavado respecto al delito previo, puesto que si se considerara que este es un elemento objetivo del tipo de lavado, y como tal debe acreditarse en un debido proceso, el procesamiento por dicho delito previo en el proceso seguido en el extranjero por el delito de lavado, prácticamente sería imposible. Consecuentemente, esta es una razón más que abona a la teoría de la autonomía del lavado.

Como se sabe, para la configuración del delito de lavado de activos únicamente se exige que los fondos o activos materia del lavado tengan su origen o estén vinculados a alguna actividad criminal previa, para lo cual no interesa el lugar de comisión de dicha actividad criminal. Esto es, la actividad criminal generadora de los activos puede cometerse en territorio nacional o en

---

(306) Ver BLANCO CORDERO y ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Obs. Cits.* pp. 334 y 200 respectivamente.

(307) GARCÍA CAVERO: *Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos...* p. 433.

(308) En la primera y segunda edición de nuestro libro “Delito de lavado de activos”, habíamos sostenido que a efectos de acreditar la comisión del delito de lavado de activos, era necesario acreditar la existencia del delito previo, hecho que ahora descartamos categóricamente, como ya lo hemos hecho en la 3a edición de este mismo trabajo. Al respecto ver GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “Delito de lavado de activos”. Grijley, Lima, 2004, p. 219.

el extranjero, pues, en ambos casos estamos antes activos ilícitos; más aún, si el lavado de activos en un delito de carácter transnacional.

Entonces, si una acción de conversión o transferencia o de ocultamiento y tenencia se realiza en nuestro país con activos vinculados o provenientes, por ejemplo, de un delito de peculado cometido en el extranjero, solo será necesario apreciar indicios razonables mínimos respecto al peculado, para tener por acreditado el lavado de activos en nuestro país, sin necesidad de acreditar en todos sus detalles el delito cometido en el extranjero; siendo suficiente que se haya acreditado la existencia de los activos y el imputado no sepa explicar razonablemente el origen lícito de estos activos materia de lavado cometido en nuestro país.

Para los delitos cometidos en el extranjero, tradicionalmente se ha señalado que se debe cumplir con el requisito de la doble incriminación, sin embargo, modernamente, este principio se ha ido flexibilizando, puesto que se sostiene que constituye un obstáculo para la cooperación internacional. Este último criterio se observa en el seno de la Unión Europea, en el marco de los mecanismos de reconocimiento mutuo, conforme al Pacto de Varsovia; asimismo, conforme a la Recomendación 1 del GAFI se permite a los Estados establecer como único requisito previo para ser considerado un delito subyacente, que la conducta incurrida sea una considerada como tal por la legislación interna (del país requiriente). Este mismo criterio se ha observado por el Tribunal Supremo español en la STS 1501/2003, en la que se indica que el carácter delictivo del hecho debe apreciarse conforme a la legislación española y se excluye de manera expresa el requisito de la doble incriminación<sup>(309)</sup>. En el mismo sentido, pero refiriéndose a los delitos cometidos en el extranjero, en nuestro medio el artículo 27° de la Ley N° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, establece: “Para que las autoridades nacionales den lugar a la cooperación o asistencia judicial, no es necesario que el hecho por el que solicita la asistencia sea considerado como delito por la legislación nacional”; salvo algunas excepciones (artículo 511°.1.h del

---

(309) Al respecto ver BLANCO CORDERO: “El delito de Blanqueo de capitales”. 3ª Edición, 2012, p. 295.

Código Procesal Penal). Asimismo, si el hecho configurara alguno de los delitos considerados como previos en la legislación nacional, aun cuando en la legislación extranjera esté considerado como otro tipo penal o con otra denominación (no comprendido por la Ley nacional), igualmente se configurará el delito de lavado de activos, ya que el reproche penal y la necesidad de prevención (finalidad político criminal), en ambos supuestos está presente. Más aún, el origen de los fondos sigue siendo ilícito.

Al respecto, en algunos países se establece expresamente que los activos provenientes de delitos cometidos en el extranjero también resultan idóneos para la configuración del lavado de activos, tales son las legislaciones de Argentina, España, Alemania, etc. El mismo criterio se utiliza en los convenios internacionales, como la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención Interamericana contra la Corrupción, etc., hecho que no se ha realizado en nuestra legislación, pero ello no es óbice para su configuración.

En cuanto a los *criterios procesales* respecto a la actividad criminal previa cometida en el extranjero es preciso señalar que pueden presentarse diversos supuestos; en primer lugar, si en el extranjero hubiese una condena por el delito previo con la observancia del debido proceso conforme a los convenios internacionales (con respeto de los derechos y garantías procesales), con esta sentencia será suficiente para considerar acreditada la vinculación de los activos materia del lavado con la actividad criminal previa, sin que se requiera de pruebas adicionales al respecto, aplicándose los criterios de la prueba trasladada. Si no se hubiese investigado o procesado el delito previo en el país donde se cometió, la vinculación de los activos con la actividad criminal tendrá que acreditarse en el proceso que se siga en nuestro país por delito de lavado de activos; igual solución se tendrá que dar a los supuestos en que se investigó el delito previo en el país de comisión pero la investigación o el proceso concluyó con una negociación o a través de un mecanismo alternativo en el que no se expidió pronunciamiento sobre el delito o actividad criminal previa. Pero claro, esta acreditación del delito previo cometido en el extranjero solo deberá realizarse a través de la vinculación razonable de los activos con la actividad delictiva.

El problema más grave se presentará cuando en un proceso seguido en el extranjero se absuelve al imputado, por ejemplo, porque no hay suficientes elementos de prueba, como el caso puesto por BLANCO CORDERO, en el que varios inculcados se encuentran involucrados en el hecho que ha producido las ganancias ilegales, el mismo que queda debidamente acreditado, pero no se ha podido determinar cuál de los imputados es el responsable, y por ello se aplica el *in dubio pro reo*; en este caso, no habrá problema para vincular los activos al delito en cuestión, en el proceso que se siga por lavado de activos ante nuestros tribunales.

Sin embargo, no es necesario acreditar, que en el país donde se realiza la actividad criminal o delito previo al cual resultan vinculados los activos materia de lavado, está tipificado el delito de lavado de activos, pues, es suficiente el origen delictivo de los activos en cuestión, aun cuando en dicho país no exista el delito de lavado de activos. Al respecto la doctrina considera una problemática más compleja, como el supuesto referido al *plea bargaining* del sistema inglés<sup>(310)</sup>, que presenta una mayor gama de supuestos; sin embargo, a nuestro criterio dicha problemática solo se presenta si consideramos al ‘delito previo’ como un elemento objetivo del tipo de lavado de activos; puesto que con este criterio se tiene que acreditar en un debido proceso el delito previo, y no se tendrá por acreditada la comisión del delito de lavado de activos si es que no se acredita el referido delito previo. Para nosotros, que dejamos de lado la consideración del ‘delito previo’ como elemento del tipo y solo tomamos en cuenta el origen delictivo de los activos materia de lavado, es decir que consideramos al origen delictivo, solo como una característica del objeto del delito de lavado de activos, no encontramos mayores problemas en este punto, puesto que dicha vinculación la tendremos por acreditada solo con la presencia de indicios razonables. Pues, tal como establecen los convenios internacionales y, sobre todo, nuestra ley penal, para la investigación y procesamiento del delito de lavado de activos, no se requiere que se haya investigado

---

(310) El *plea bargaining* consiste en el acuerdo que, previo al juicio, negocian el Ministerio Público y el abogado de la defensa, y a través de este acuerdo se retira algún cargo por determinado delito; y claro, los activos pueden provenir de este delito que ya no podrá ser materia de juzgamiento. BLANCO CORDERO: “El delito de blanqueo de capitales”. 3ª Edición, 2012, p. 333.

el delito previo o haya sido materia de procesamiento o condena; inclusive, puede tratarse de un delito cuya acción se haya extinguido por muerte del imputado, por prescripción u otros mecanismos extintivos, y por tanto, ya no se puede iniciar un proceso al respecto; no obstante, los activos conservan su origen delictivo y pueden ser objeto del delito de lavado de activos; tanto más, si en nuestra legislación el lavado de activos se puede concretar cuando se busca evitar el decomiso de los activos; y claro, el decomiso puede concretarse hasta los 20 años de cometido el delito previo (conforme a la Ley de pérdida de dominio, D. Leg. N° 1104, pues la pérdida de dominio, en nuestro medio, no es más que el decomiso fuera del proceso penal-), plazo que queda sujeto a las interrupciones correspondientes conforme a la legislación que regula los derechos reales.

### 2.3. “DELITO PREVIO” CUYA ACCIÓN PENAL SE HA EXTINGUIDO

Los bienes objeto del delito de lavado pueden proceder de un *delito previo cuya acción penal se ha extinguido* por las causales previstas en el artículo 78° del Código Penal, esto es, por muerte del inculcado, por amnistía, por prescripción o autoridad de cosa juzgada. Pues, tal como ya lo hemos adelantado, la extinción de la acción penal no cambia la naturaleza del origen delictivo de los efectos o ganancias o su vinculación de estos con la actividad criminal previa. Más aún, por el hecho de que ya no se pueda perseguir penalmente al autor del delito previo, no se legalizan o legitiman los activos procedentes del mismo; y por tanto, la incursión de estos activos en el sistema económico, a través de las conductas de lavado, igualmente afectan al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. En efecto, para que sea lícita la circulación de los bienes y servicios en el mercado se requiere de actos jurídicos que cumplan con requisitos esenciales, entre ellos su fin lícito (causa lícita), bajo sanción de nulidad; no produciendo efectos jurídicos los actos nulos, más allá de simples relaciones de hecho. Y claro, con mayor razón, no producirán efectos jurídicos las situaciones fácticas generadas por la comisión de un delito; pues, el delito jamás puede constituir justo título o generar derechos reales a favor de los

agentes delictivos o eventuales terceros (salvo el caso de transferencias de buena fe y a título oneroso<sup>(311)</sup>).

Las posiciones que sostienen que al extinguirse la acción penal por el delito previo se liberan los bienes producidos por el mismo, se sustentan en el hecho de considerar que en tal caso ya no podrá operar el decomiso, al mismo que consideran como una pena o consecuencia accesoria a la pena principal; y claro, si ya no se puede imponer la pena, aducen que tampoco se podrá imponer la consecuencia accesoria (el decomiso), y consecuentemente, que tampoco será posible en estos casos, que las acciones propias del lavado, realmente configuren actos de ocultamiento o que pudiesen dificultar dicho decomiso o incautación<sup>(312)</sup> que ya no se pueden concretar. Esto obviamente es un error, puesto que la imposibilidad de imponer la pena no impide en ningún caso, el decomiso, el cual operará siempre que estemos ante los efectos y ganancias del delito y demás casos autorizados por ley, puesto que el decomiso tiene su propio fundamento y propiamente no es consecuencia accesoria de la pena<sup>(313)</sup>. Además, el lavado de activos se configura no solo cuando se ocultan los bienes o activos para impedir su incautación o decomiso, sino sobre todo, cuando con las acciones de lavado se busca ocultar el origen delictivo de dichos activos. Si ello es así, la extinción de la acción penal por el delito previo no cambia el origen delictivo de los efectos o ganancias y por ello, las acciones de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia realizadas con estos activos seguirán siendo delictivas.

Más aún, pueden presentarse casos en que se absuelve al agente (por causal de exculpación, de no punibilidad, por alguna condición personal o porque el imputado no ha participado en los hechos), pero al no haberse desvirtuado el origen delictivo de los activos, se puede imponer el decomiso sin problema alguno; sobre todo, si se tiene en cuenta el principio de accesoriadad

---

(311) Al respecto ver mayor información en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Decomiso, incautación y secuestro*. Segunda edición, Ideas, Lima, 2015.

(312) Al respecto ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 218. en el mismo sentido CARO CORIA: *Ob. Cit.* p. 29, con citas de ARIAS HOLGUÍN Y PALMA HERRERA.

(313) Al respecto ver amplia información en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Decomiso, incautación y secuestro*. 2a. Edición, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.

limitada respecto al decomiso, por el cual este opera de todos modos aun cuando la acción penal por el delito previo haya prescrito, ya que es autónomo de la pena<sup>(314)</sup>. Es más, actualmente en nuestro medio se puede concretar el decomiso a través de una acción real autónoma independiente del proceso penal (acción de pérdida de dominio); precisamente, esta acción procederá, conforme al literal a) del artículo 4° de la Ley de Privación de Dominio (Decreto Legislativo N° 1104), cuando el proceso penal no se pueda iniciar o continuar por diversas razones, entre las que se considera la extinción de la acción penal. Siendo así, se descarta que la extinción de la acción penal, particularmente la prescripción, pueda legalizar los activos.

En cuanto a la prescripción de la acción de pérdida de dominio (que como ya se dijo, es la propia acción de decomiso fuera del proceso penal) que opera a los **20 años**, establecida por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1104, Ley de Pérdida de Dominio, ya nos hemos pronunciado que es un despropósito<sup>(315)</sup>, porque al admitirse el lavado en cadena, es decir, que los efectos y ganancias del delito de lavado de activos a su vez, constituyen activos ilícitos sobre los cuales se puede realizar otros actos de lavado, será difícil que este plazo de 20 años realmente se cumpla. Así por ejemplo, si el agente obtuvo activos ilícitos provenientes del TID por un millón de dólares en el año 2000, si aplicamos este criterio de prescripción, en el año 2020 ya no se podría concretar el decomiso de los mismos, y por ello, las acciones de conversión y transferencia u ocultamiento y tenencia realizadas antes o después de los 20 años ya no configurarían delito de lavado de activos. Sin embargo, estando al lavado de activos en cadena, si se realizaran (como es común y ordinario) acciones de conversión y transferencia o de ocultamiento y tenencia sobre estos activos, por ejemplo en el año 2010, los activos provenientes del TID en cuestión, además, serán objeto del delito de lavado de activos, consecuentemente, recién a partir del 2010 se tendría que contar los 20 años, y así

(314) En el mismo sentido BLANCO CORDERO: *"El delito de blanqueo de capitales"*. Pamplona, Aranzadi, 1997, p. 238.

(315) Al respecto ver GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Walther Javier: *"La acción de pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano"*. 2a. edición, Jurista Editores, Lima, 2013.

sucedería sucesivamente con otros actos de lavado (peor aún si se tratase de una acción de lavado de naturaleza permanente o si se tratase de ganancias). En tal sentido, este plazo de prescripción no tiene sentido alguno para el caso de efectos y ganancias del delito; por lo que solo resultará aplicable para los demás supuestos de decomiso establecidos por ley, es decir, solo para supuestos de decomiso de bienes de las organizaciones criminales, decomiso por valor equivalente, decomiso de bienes de origen lícito mezclados con bienes de origen delictivo, etc., conforme al artículo 102° del Código Penal y el artículo correspondiente de la Ley de Pérdida de Dominio.

Claro que tratándose de terceros no intervinientes en el delito previo o en el lavado en cadena, si actúan de buena fe y a título oneroso, dichos terceros adquieren título firme sobre los activos, por lo que a partir de este momento estos activos quedan legitimados y ya no podrán ser decomisados, ni las acciones de conversión y transferencia constituirán conductas de lavado. En cambio, si se tratase de adquisiciones de buena fe pero a título gratuito, estas acciones no configurarían actos de lavado pero sí podrán decomisarse los activos; sin embargo, si transcurriera el período de prescripción adquisitiva previsto en los artículos 950° y 951° del Código Civil, los terceros adquirentes obtendrán título firme a los 5 años de posesión si se trata de inmuebles y a los 2 si se tratase de muebles; y a partir de este momento los activos quedan legitimados. Distinto será el caso en que el tercero actúa de mala fe (conociendo el origen de los activos), en cuyo caso incurrirá en la comisión del delito de lavado de activos y no adquirirá titularidad alguna sobre los activos, ni directamente ni por prescripción adquisitiva<sup>(316)</sup>.

No obstante, debe quedar claro que la prescripción adquisitiva solo favorece al tercero, más no así al propio agente del delito previo o de lavado, puesto que respecto a este, la doctrina asume que no puede obtener por prescripción el producto del delito, ya que la prescripción adquisitiva no favorece

---

(316) Al respecto ver amplio desarrollo en nuestros trabajos: *Decomiso, incautación y secuestro; La acción de pérdida de dominio en el ordenamiento jurídico peruano y el Delito de lavado de activos* (Edición del 2014).

a los que entran en posesión de los bienes de modo espurio<sup>(317)</sup>, y menos a través de conductas delictivas, sino solo a aquellos que están poseyendo de modo continuo, pacífico y público sin tener un justo título<sup>(318)</sup>. Es más, el artículo 948° del Código Civil exceptúa de la adquisición del dominio (en casos análogos) se se trata de bienes adquiridos con infracción de la ley penal (a través del delito).

Siendo así, la prescripción de la acción penal por el delito previo no tiene incidencia en la configuración del delito de lavado de activos<sup>(319)</sup>. En el mismo sentido, BLANCO CORDERO refiriéndose al delito de fraude tributario, señala: "...la prescripción del delito fiscal no descontamina los bienes" <sup>(320)</sup>. Asimismo, el plazo de 20 años para la prescripción de la acción de decomiso, no resulta aplicable para los efectos y ganancias del delito<sup>(321)</sup>.

En este sentido, disentimos de la opinión de CARO CORIA, quien refiere que los casos de "... *prescripción* del delito previo suponen un cambio

---

(317) ESPITIA GARZÓN, Favio: "La extinción del derecho de dominio". Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 1998, p.55

(318) Al respecto hay que diferenciar entre la prescripción extintiva de la prescripción adquisitiva, pues la primera extingue la obligación (en este caso la del estado de imponer la pena o de realizar el decomiso) en cambio por la prescripción adquisitiva el ordenamiento reconoce derechos firmes a quienes se encuentran en una posición especial respecto a los bienes, normalmente implica el reconocimiento derechos reales como el del propiedad.

(319) Criterio similar expresa GARCÍA CAVERO: "El delito de lavado de activos". p. 113 y ss.

(320) BLANCO CORDERO, Isidoro: "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales". Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, núm. 13-01, p. 01:1-01:46, ISSN 1695-0194 RECPC 13-01 (2011). p. 45. Disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/13/recpc13-01.pdf>. Añade este autor: "El argumento de la prescripción. Aunque el delito fiscal haya prescrito, es posible perseguir al presunto defraudador por blanqueo de capitales. Por un lado, porque la mera ocultación del dinero implica que el delito de blanqueo se está cometiendo de manera permanente. Por otro, porque la prescripción del delito previo, como vamos a ver, no descontamina los bienes, por lo que siguen constituyendo objeto material idóneo del blanqueo de capitales. Esta situación es objeto de incisivas críticas, porque permite a las autoridades recurrir al delito de blanqueo para prolongar el plazo de prescripción del delito. Y es que aunque el delito fiscal haya prescrito, la posesión o transferencia del dinero defraudado se habrá mantenido en el tiempo, por lo que se podrá perseguir en todo momento al defraudador por el delito de blanqueo". pp. 18 y 19.

(321) Al respecto ver mayor información en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de lavado de activos*. Ed. 2014.

del estatus jurídico del objeto material, pasa de ser “*peligroso*” a no serlo, y la inexistencia de un objeto peligroso determina la inidoneidad absoluta de la conducta para cometer lavado de activos, en el caso específico de la prescripción la presunción de inocencia se mantiene incólume ante el decaimiento de la obligación del Estado de investigar y eventualmente sancionar un hecho de relevancia penal<sup>(322)</sup>; pues, la prescripción, no supone un cambio de estatus jurídico del objeto material, como refiere este autor, ya que dichos objetos materiales siguen teniendo un origen delictivo, el mismo que se puede tratar de ocultar a través de las conductas de lavado; a la vez que también siguen siendo materia de decomiso, y claro, la acción de lavado puede estar orientada a evitar el decomiso o incautación.

Ahora bien, estos criterios también son válidos para todos los casos de extinción de la acción penal, como la *muerte del imputado, amnistía o derecho de gracia o la cosa juzgada*<sup>(323)</sup>, pues, todas estas causales no tienen ninguna incidencia en el origen ilícito o delictivo de los activos materia del lavado. Por ello, en el caso de la muerte del agente de los delitos previos (actividad criminal), si bien no se puede iniciar una acción penal o la iniciada concluye, nada impide la realización del decomiso de los efectos y ganancias del delito cometido por el ahora occiso, en el mismo proceso penal (si hubiese más imputados o procesados) o a través de la acción de pérdida de dominio si no lo hubiera. Igualmente, los activos siguen teniendo origen delictivo por lo que las acciones realizadas por terceros o por sus sucesores (herederos o legatarios) seguirán configurando delito de lavado de activos. Al respecto, debe quedar claro, que como quiera que el causante (fallecido agente del delito) no adquiere derechos reales sobre los efectos y ganancias del delito y por tanto estos no pueden ser materia de sucesión hereditaria, encontrándose los sucesores, si es que conocieran el origen delictivo de los activos, en la obligación de ponerlos a disposición de la autoridad competente, de lo contrario, si realizaran algún acto de conversión o transferencia o de ocultamiento y tenencia sobre dichos activos incurrirán en el delito de lavado de activos. En el caso que se entraran en posesión de los bienes desconociendo su origen, obviamente no habrá

---

(322) CARO CORIA: Ob. Cit. p. 35, con cita de MEINI MÉNDEZ.

(323) Y eventualmente, también a través de la llamada *cosa decidida*, como se verá más adelante.

delito alguno, pero llegado el caso operará el decomiso sin problema alguno, en este caso, a través de la acción de pérdida de dominio; salvo que en este último caso, opere la prescripción adquisitiva a favor de los sucesores, tal como lo estipula el Código Civil.

Finalmente, en el caso de la cosa juzgada, vamos a desarrollarlo en capítulo aparte, conjuntamente con la llamada *cosa decidida*.

## 2.4. PRUEBA DE LA ACTIVIDAD CRIMINAL O «DELITO PREVIO»

Para la prueba o acreditación del delito previo se tiene que partir de la determinación de su naturaleza jurídica en relación a la estructura del tipo de lavado de activos. Pues, si partimos de considerar que se trata de un elemento objetivo del tipo, como sostienen algunos, necesariamente se tendría que acreditar este elemento en un debido proceso, sea antes de la investigación del delito de lavado de activos o simultáneamente con este en el mismo proceso<sup>(324)</sup>. Pues, sabido es que para la acreditación de un delito se tendrá que acreditar la presencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo<sup>(325)</sup>.

En efecto, partiendo de esta premisa GARCÍA CAVERO, asumiendo el criterio de la Corte Suprema, sostiene: «Conforme al Acuerdo Plenario N° 03-2010, *el delito fuente es un elemento objetivo del tipo penal y su prueba condición asimismo de tipicidad*. En consecuencia, la actividad probatoria

---

(324) En efecto, GARCÍA CAVERO se plantea las diversas posibilidades de acreditación del delito previo y señala que algunos cuestionan la autonomía del delito de lavado de activos y consideran que aun cuando este es autónomo del delito previo, no se puede aceptar una autonomía absoluta por lo que, por lo menos, el delito previo debe de haberse empezado a investigar para poder hablar de un delito de lavado de activos. Inclusive se refiere a la cosa juzgada respecto al delito previo y sus efectos en la configuración del lavado de activos (*Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos ...* p. 432). Obviamente toda la problemática referida por este autor no tendría sentido si asumimos el criterio que estamos proponiendo, en el que consideramos que el delito previo no es un elemento del tipo penal de lavado.

(325) Así por ejemplo, no se puede sostener que se ha acreditado la comisión del delito de Violación Sexual de Menor de edad, solo porque se ha acreditado la acción típica (acto carnal violento) si no se ha acreditado debidamente (más allá de la duda razonable) la edad del menor.

dirigida a acreditar la base fáctica de la imputación penal debe abarcar el delito generador de los activos. En este punto, uno de los aspectos más llamativos del delito previo es la autonomía de su determinación en el proceso penal por lavado de activos<sup>(326)</sup>. En el mismo sentido, CASTILLO ALVA refiere «... el principio de imputación adecuada en el delito de lavado 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 lugar en el que el hecho presuntamente se cometió»<sup>(327)</sup>.

En el mismo sentido, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, señala que es imprescindible probar la comisión del delito previo, sea en una sentencia firme anterior o en una sentencia ante el juez que conoce del delito de blanqueo<sup>(328)</sup>. Igualmente BLANCO CORDERO asume que el delito previo es un *elemento objetivo del tipo* de lavado de activos, por lo que a efectos de respetar la presunción de inocencia, se tendrá que acreditar en un debido proceso el delito previo, sea en sentencia firme anterior o en el proceso por lavado de activos. Sin embargo, estos autores, así como los demás autores españoles, suizos y alemanes a los que se refiere Blanco Cordero<sup>(329)</sup>, se sustentan en pronunciamientos jurisdiccionales emitidos en procesos por delito de *receptación*, el que como, ya hemos visto, resulta distinto del lavado de activos.

Por nuestra parte, creemos haber demostrado que *el delito previo no es un elemento del tipo penal de lavado de activos*, puesto que los elementos del tipo son componentes materiales o normativos, así como subjetivos que concurren a la comisión del delito y por ello integran la estructura del mismo formando una unidad, lo que no sucede con el delito previo y las acciones de lavado, las cuales son totalmente independientes y están alejadas unas de otras. Es por ello que, la propia normatividad internacional y las diversas normativas

---

(326) GARCÍA CAVERO: “*Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos...*”. 432.

(327) CASTILLO ALVA, José Luis: “*La necesidad de determinación del 'delito previo'...*”. p. 349.

(328) ARÁNGUEZ SÁNCHEZ: *Ob. Cit.* p. 200.

(329) BLANCO CORDERO: “*El delito de blanqueo de capitales*”. 2ª Edición, 2002, p. 252.

nacionales, establecen que el delito de lavado de activos es un tipo penal de naturaleza *autónoma* del delito previo o de cualquier otro delito<sup>(330)</sup>.

Y debe quedar claro, que no se deben asimilar sin sentido crítico, los criterios elaborados para el delito de receptación al delito de lavado de activos; pues, si bien en el caso del delito de receptación el delito previo está separado de los actos receptivos, la unidad se mantiene al estar conectados ambos casos por el objeto del delito que siempre es al mismo (en el delito previo así como en el delito de receptación); en cambio, en el lavado de activos los efectos y ganancias del delito previo pueden estar totalmente alejados de las acciones de lavado y el agente del delito previo ni siquiera puede haber tenido contacto alguno con dichos efectos o ganancias, al contrario de lo que sucede con el objeto del delito previo al de receptación en que el agente tiene que accionar precisamente sobre el objeto del delito, el cual es el mismo tanto en el delito previo así como en el de receptación. Siendo esto así, no se pueden extrapolar criterios válidos para el análisis de un delito, al análisis de otro muy distinto. En tal sentido, concluimos que en el lavado de activos no se requiere de la prueba del delito previo, ni antes ni simultáneamente a la acreditación del lavado para tener por probado este último delito, puesto que no es un elemento objetivo ni subjetivo de este delito.

Más aún, nuestra normatividad actual no se refiere a “delito previo”, que implica considerar un delito concreto y específico, cometido en determinada fecha, por determinada persona, en determinado lugar y en determinadas circunstancias, el mismo que debe acreditarse en un debido proceso; por el contrario, se refiere a “actividad criminal”, que significa una consideración general y abstracta de la actividad delictiva no referida a un hecho o delito específico y que no requiere acreditación en debido proceso, por lo mismo que no se trata de un hecho delictivo específico concreto; exigiéndose solamente que los activos materia de lavado tengan una vinculación o conexión con la

---

(330) Es más en nuestro medio tal autonomía queda expresamente determinada en el D. Leg. 1106, que establece: “*El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria*”.

actividad criminal previa. Así las cosas, ya no podemos seguir hablando de “delito previo” en el lavado de activos, salvo para los casos, como ya adelantamos, en que el delito previo estuviese debidamente acreditado por razones ajenas a la investigación y procesamiento del delito de lavado de activos.

Para determinar la vinculación del *objeto del delito* de lavado de activos con la *actividad criminal* previa, así como para determinar la propia existencia de esta, será suficiente con que existan indicios razonables al respecto, tal como uniformemente señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema<sup>(331)</sup>. En efecto, la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, expresa que no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria; asimismo, que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que puedan condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado. Agregando que no hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo; precisando que lo contrario implicaría, ni más ni menos, que el lavado de activos sea un delito de imposible ejecución.

Consecuentemente, estando a la autonomía del delito de lavado, si bien el agente del lavado de activos debe conocer o presumir la existencia de la actividad criminal previa, no es necesario que conozca de la existencia de un delito específico, quiénes lo han cometido, sus circunstancias o que exista un trato

---

(331) Al respecto, tal como ya hemos reiterado, el propio BLANCO CORDERO, pese a señalar que el delito previo es un elemento objetivo del tipo y por tanto debe acreditarse en el proceso, agrega: “Dado que se trata de un delito autónomo, no va a ser necesario que exista un pronunciamiento judicial de condena por el delito previo del que proceden los bienes. Como señala la STS de 29.2.2001 (sentencia núm. 1704/2001), ‘ni en la definición del delito de blanqueo ni en la definición de la forma genérica de receptación, se exige la previa condena por el delito del que provienen los bienes que se aprovechan u ocultan’. Indica además que la ausencia de semejante requisito ‘es rigurosamente lógica desde una perspectiva político criminal. BLANCO CORDERO: “El delito de blanqueo de capitales”. 2ª Edición, 2002, p. 279.

personal con los agentes del mismo. Como refiere ZARAGOZA AGUADO: "... en buena lógica no se exige la plena probanza de un ilícito penal concreto y determinado generador de los bienes y ganancias que son blanqueados"<sup>(332)</sup>. Lo relevante es la conducta que realiza el lavador y no propiamente la conducta subyacente.

En tal sentido, con la acreditación de la existencia o presencia de los activos (porque los hemos identificado o los tenemos incautados, o porque queda acreditado que existieron, por ejemplo mediante los movimientos de estos a través del sistema bancario), la falta de una explicación razonable de su origen lícito, la concurrencia plural de algunos indicios sobre la existencia de la actividad criminal previa y la vinculación o conexión de los activos materia de lavado con esta, será suficiente para la configuración del delito de lavado de activos, sin que en ningún momento se requiera de la acreditación exhaustiva y, muchos menos, que se realice la acreditación de delito previo alguno en un debido proceso. Es más, en el caso que se hubiera acreditado un delito previo, pudiera ser que el delito previo ni siquiera se hubiese investigado o que la acción penal por este delito se hubiese extinguido<sup>(333)</sup>. Inclusive pueden presentarse casos en que se hubiese absuelto al agente por el delito previo, por ejemplo, por no haberse acreditado su participación en los hechos, por causal de inculpabilidad o alguna causal de exención de pena, o por la aplicación del principio *in dubio pro reo*, sin embargo, en la sentencia absolutoria no se

---

(332) ZARAGOZA AGUADO, Javier: "Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales". Curso Organizado por OEA (CICAD), Lima, setiembre del 2002. p. 32.

Criterio similar expone TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel: "*El delito de lavado de activos. Referencias sobre el origen ilícito de los activos*". En Gaceta Penal y Procesal Penal N° 17 (noviembre del 2010), Lima, p. 24.

(333) Pues, por el hecho de que ya no se pueda perseguir penalmente al autor del delito previo, no se legalizan los activos procedentes del mismo; y por tanto, la incursión de estos activos en el sistema económico, igualmente afectan al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. En efecto, para que la circulación de los bienes y servicios en el mercado sea lícita, se requiere de actos jurídicos que cumplan con requisitos esenciales, entre ellos su fin lícito (causa lícita), bajo sanción de nulidad; no produciendo efectos jurídicos los actos nulos, más allá de simples relaciones de hecho, y mucho menos las situaciones fácticas generadas por la comisión de un delito; pues, el delito jamás podrá constituir un justo título.

ha desvirtuado la vinculación de los objetos del delito (bienes, dinero, efectos o ganancias de origen ilícito) con la actividad criminal previa, y claro, dicha vinculación se determina en el proceso por lavado de activos.

### 3. PRUEBA EN GENERAL DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Como quiera que el delito de lavado de activos constituye un conjunto de operaciones complejas, enmarañadas o subrepticias que tienen como destino integrar a la economía formal dinero, bienes, efectos o ganancias derivadas de una actividad criminal, la acreditación de este delito se torna sumamente difícil, y normalmente, no se va a poder contar con pruebas directas<sup>(334)</sup>. Pero claro, como en todo delito, la prueba tiene que dirigirse a acreditar cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, que es el problema más álgido en este tema; pues, respecto a la participación del agente en el delito se aplicarán los criterios generales, aun cuando pueden presentarse algunas especificidades que sin embargo no nos parecen de gran relevancia procesal o probatoria.

En general, los elementos objetivos del delito de lavado de activos, como lo hemos desarrollado en páginas anteriores, son: 1) *la acción típica* (que varía según el tipo -arts. 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 6°-), 2) *el objeto del delito*, 3) *el origen delictivo del objeto*; asimismo, los elementos subjetivos son: 1) *el conocimiento del origen delictivo de los activos*, 2) *la probabilidad de conocimiento del origen delictivo* (debía presumir), y 3) *la intencionalidad de ocultar el origen o evitar el decomiso o incautación de los activos*. Obviamente, tener claridad respecto a los

---

(334) *“Las dificultades probatorias sobrevenidas incluso han llevado al legislador alemán a fundamentar la extensión del tipo penal del blanqueo al ámbito de la imprudencia grave respecto al no reconocimiento del origen de los bienes, justificación que ha sido criticada por la doctrina con asertos como el de VOGEL, según el que ‘el Derecho penal material no debería tener función de facilitación procesal’ o el de LAMPE, para el cual ‘la ampliación de la punibilidad por meros motivos procesales contradice el principio de culpabilidad’”*. ABEL SOUTO, Miguel: “El blanqueo de dinero en la normativa internacional”. Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2002, p.176; en cita de PAUCAR CHAPPA: Ob. Cit. p. 190.

elementos del delito, es indispensable para establecer la *estrategia de investigación*, y recabar el material probatorio que servirá para su acreditación.

La prueba deberá orientarse a acreditar cada uno de estos elementos del delito (además de la participación del imputado en el mismo, lo que desde ya quedará evidenciado si se acreditan los elementos subjetivos). Por ello, los que sostienen que el *delito previo* es un elemento objetivo (normativo) pretenden que este necesariamente deba acreditarse en un debido proceso, sea antes de la investigación del delito de lavado de activos o simultáneamente con este en el mismo proceso. Pues, sabido es que para la acreditación de un delito se tendrá que acreditar la presencia de todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos del tipo, dentro de los cuales no deberá comprenderse a delito preciso y específico alguno, puesto que este no es un elemento de la estructura de los tipos de lavado de activos<sup>(335)</sup>.

Asimismo, es necesario precisar que existen algunos planteamientos del derecho comparado que promueven un atemperamiento y morigeración de las garantías del proceso penal, en especial las que tienen que ver con la presunción de inocencia y el *in dubio pro reo*, en virtud a la enorme gravedad que reviste la criminalidad organizada<sup>(336)</sup>, y entre esta el delito de lavado de activos. Por nuestra parte, creemos que para la acreditación de la responsabilidad penal del imputado (que legitima la pretensión punitiva del Estado y que tiene como colofón la imposición de la pena pública) no hay motivo que justifique una relativización de los alcances de dicho principio, más aún, si se trata de defender una de las garantías básicas que tiene el ciudadano en defensa de su libertad en un Derecho penal garantista, propio de un Estado

---

(335) En este sentido, disintimos de lo sostenido por CASTILLO ALVA, en cuanto refiere "... el principio de imputación adecuada en el delito de lavado 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 lugar en el que el hecho presuntamente se cometió". "*La necesidad de determinación del 'delito previo'...*". p. 349.

(336) ROXIN, Claus: "*Derecho Procesal Penal*"; Trad. de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba; Buenos Aires; Editores del Puerto; 2000; p. 112: "Recientemente, el principio *in dubio pro reo* parece haber entrado en crisis también por el desarrollo de la criminalidad económica y la criminalidad organizada, pues aquí, en algunas situaciones fracasa la posibilidad de probar la culpabilidad de alguien, generalmente a causa de inconvenientes probatorios insuperables..."

Social y Democrático o Estado Constitución de Derecho. Las valoraciones político-criminales o las exigencias de defensa social no deben conculcar o relegar tan importante principio; máxime si el Estado tiene todavía a su disposición enormes armas e instrumentos con los que puede cumplir eficazmente su cometido, persiguiendo y castigando al infractor.

No obstante, dada la gravedad y complejidad de este delito, "... se hace necesario hacer algunas "rupturas" de paradigmas en el modelo epistemológico tradicional del juicio, respecto del modelo epistemológico garantista, lo que incide en las pruebas y su valoración. En el modelo epistemológico tradicional se predicaban como estados del conocimiento del juez, la certeza absoluta, ya sea positiva o negativa; la probabilidad, ya sea positiva o negativa; y finalmente la duda, que debe resolverse a favor del reo; teniéndose como forma de llegar a ese conocimiento, la convicción íntima del Juez. Mientras que en el modelo epistemológico garantista, se parte de la base que la verdad real y absoluta es un ideal inalcanzable; y que la verdad procesal, es decir, la que se acredita al proceso, es una verdad aproximativa, probabilística y normativa. Y la forma de llegar a esa verdad, está orientada por la confiabilidad de las pruebas y de las inferencias que haga el Juez. De tal manera que el juez no puede tomar una decisión que no esté en condiciones de justificar posteriormente a través de la motivación de la sentencia; y esa justificación debe ser objetiva, porque debe fundarse en las pruebas del proceso; razonada, respecto al valor probatorio que se asigna a las pruebas y a las inferencias que de ella se hacen"<sup>(337)</sup>.

En tal sentido, no resultan acertadas ciertas posturas que interesadamente proponen criterios orientados a la impunidad de las conductas de lavado de activos, sobre todo, cuando estas configuran o constituyen a la vez, los argumentos de los abogados defensores de los imputados en casos concretos seguidos ante el órgano jurisdiccional.

Obviamente, para la acreditación del delito de lavado de activos serán de utilidad todas las pruebas incorporadas al proceso pero particular relevancia

---

(337) DURÁN RAMÍRES, Juan Antonio: "Prueba indiciaria y lavado de activos en el salvador. reflexiones sobre la jurisprudencia salvadoreña". p. 2. Disponible en: [http://www.felaban.com/lvdo/boletines/boletin\\_sep08.pdf](http://www.felaban.com/lvdo/boletines/boletin_sep08.pdf)

reviste la prueba por indicios; pero ello no significa que se tenga que pensar únicamente en la prueba por indicios, sino más bien que debe darse especial relevancia a este tipo de pruebas dentro del conjunto de pruebas aportadas en la investigación y juicio. Por ello, al tratar de la prueba por indicios no vamos a referirnos únicamente a esta, sino a las pruebas en general, obviamente relevando el valor y significancia de la prueba indiciaria para la acreditación de la comisión del delito de lavado de activos así como de la responsabilidad penal de sus agentes.

### 3.1. LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS PROCESOS POR LAVADO DE ACTIVOS

Como se sabe, para dar por acreditado el delito de lavado de activos se tiene que acreditar, más allá de la duda razonable, cada uno de los elementos del tipo penal, pero la existencia de todos estos elementos no se va a acreditar únicamente con indicios, pues, la *presencia de los activos (objeto del delito)*, tiene que quedar acreditada fundamentalmente con prueba material o prueba directa, esto es, se debe haber identificado y ubicado el dinero, los bienes, los efectos o las ganancias que se presume son de origen delictivo. En este caso, las demás pruebas (entre ellas, los indicios) solo servirán para corroborar tal presencia, pero si no existiera prueba material al respecto no podremos concluir de que los activos existieron o que se realizaron las conductas delictivas sobre los mismos. Claro que no será necesario, en todos los casos, que se ubiquen, intervengan o incauten los activos, sino que será suficiente con que a través de elementos probatorios indubitables se determine, por ejemplo, que estos activos estuvieron depositados en un banco, que se trasladaron de un lugar a otro (giro, depósito, etc.) o que se transfirieron a favor de terceros, o en general que se movilizaron a través del sistema bancario, etc.

Asimismo, en cuanto a la *acción delictiva (convertir, transferir, poseer, etc.)*, será preferible acreditarla con prueba directa, no siendo suficiente que existan solo indicios al respecto, pues debe quedar claro que se han realizado las conductas típicas sobre los activos de origen delictivo. Obviamente, la operación delictiva siempre se apreciará y acreditará conjuntamente con la existencia del objeto del delito (activos ilícitos o de origen delictivo).

Sin embargo, en cuanto al "*origen delictivo de los activos*" así como al "*conocimiento o probabilidad de conocer tal origen*", la *prueba indiciaria* resulta ser la ideal; pues en la gran mayoría de casos solo podremos contar con indicios al respecto. Ello resulta más claro, si tenemos en cuenta que al tratarse, el lavado de activos, de un delito autónomo, no se requiere acreditar concretamente a qué delito específico se vinculan los activos, siendo suficiente que se establezca un nexo o conexión razonable de los activos con una actividad criminal genérica; lo cual lo vamos a determinar a través de indicios. Pero no con indicios de una intensidad idónea para acreditar un delito previo, sino que es suficiente con indicios de menor fuerza acreditativa respecto a la propia actividad criminal previa y a la conexión de los activos con dicha actividad criminal.

En efecto, para acreditar el *origen delictivo de los activos*, consolidada jurisprudencia ha consagrado la construcción del tipo penal de lavado sobre tres pilares o elementos manifiestamente reveladores de la importancia y trascendencia de la prueba de indicios, como el 1) incremento patrimonial injustificado u operaciones financieras anómalas; 2) inexistencia de actividades económicas o comerciales legales; 3) vinculación con actividades con actividades delictivas graves; y para el caso nuestro, habría que agregar el mantenimiento de relaciones comerciales o patrimoniales con personas implicadas o dedicadas a delitos generadores de ganancias ilícitas<sup>(338)</sup>.

Asimismo, para demostrar el *conocimiento del origen delictivo* así como la *intencionalidad de ocultamiento*, refiere ZARAGOZA AGUADO que debemos tener en cuenta y valorar elementos indiciarios de interés como: a) la utilización de identidades supuestas, b) la inexistencia de relaciones comerciales que justifiquen los movimientos de dinero, c) la utilización de testaferros sin disponibilidad económica real sobre los bienes, d) la vinculación con

(338) Este criterio es corroborado en nuestro medio por Pablo SÁNCHEZ VELARDE, quien refiriéndose al origen de los activos configurativos del delito, refiere: "Aun cuando se trate de un elemento subjetivo del tipo, (...) es de apreciarse que también se requiere de la comprobación de este presupuesto, sino con algún documento o testimonio afirmativo, con elementos indiciarios que así lo concluyan. No debe de perderse de vista que la probanza de delitos de naturaleza no convencionales como los señalados, no es fácil, por lo que una investigación con elementos indiciarios deviene en relevante". "Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales". Curso Organizado por OEA (CICAD), Lima, setiembre del 2002. p. 9.

sociedades ficticias carentes de actividad económica alguna, muy especialmente si radican en países conceptuados como paraísos fiscales, e) la realización de adulteraciones documentales, f) el fraccionamiento de ingresos en depósitos bancarios para disimular su cuantía, g) la disposición de elevadas cantidades de dinero en efectivo sin origen conocido, h) la simulación de negocios u operaciones comerciales que no responden a la realidad, i) la percepción de elevadas comisiones por los intermediarios, y en definitiva, j) cualesquiera otras circunstancias concurrentes en la ejecución de tales actos que sean susceptibles de ser calificadas como irregulares o atípicas desde una perspectiva financiera y mercantil y que no vienen sino a indicar en el fondo la clara intención o voluntad de ocultar o encubrir los bienes y productos del delito”<sup>(339)</sup>.

Al respecto y utilizando el mismo criterio, nuestra Corte Suprema en el Acuerdo Plenario 03-2010/CJ-116, en su fundamento 34, ha establecido que los medios probatorios indiciarios (no directos) que es de rigor examinar y sobre los que debería dirigirse la investigación y que probarían el origen ilícito y el conocimiento o probabilidad de conocimiento, serían los siguientes: a) Incremento inusual del patrimonio del imputado. b) Adquisición de bienes sin justificar ingresos que la expliquen. c) Compra de bienes cuyo precio abona otra persona. d) Transacciones de bienes incompatibles o inadecuados en relación a la actividad desarrollada. e) Manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de transmisiones, utilización de testaferros, 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. f) Transporte o posesión de efectivo en grandes sumas de dinero, incluso sin justificar su procedencia. g) Movimientos bancarios a cuentas instrumentales de grandes sumas de dinero que son luego transferidas a los paraísos fiscales. h) Utilización de identidades supuestas o de testaferros sin relación comercial alguna para el movimiento de dinero y su ingreso a cuentas corrientes de sociedades. i) Titularidad de bienes por un testaferro. j) Insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias. k) Ausencia de explicación razo-

---

(339) ZARAGOZAAGUADO, Javier: *Ob. Cit.* pp. 30 y 31.

nable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anomalías detectadas.

Obviamente, la existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios o la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas.

Pero claro, si tenemos que acreditar que la conducta incriminada reviste caracteres dolosos, tal como lo proponemos para determinar la participación del agente, tendremos que valernos de los distintas formas por las que se puede expresar la intencionalidad de este; para ello, como en toda argumentación jurídica, no es necesario probar una relación de necesidad o de formalidad lógica exacta<sup>(340)</sup>, sino que es suficiente con arribar a conclusiones razonables e investidas de un alto grado de probabilidad. En este sentido, también la Convención de Viena y el Convenio de Estraburgo sobre blanqueo, identificación, embargo y comiso de los productos del delito, teniendo en cuenta “la capacidad de camuflaje y hermetismo con que actúan las redes clandestinas de lavado de dinero”, recuerdan que “... *el conocimiento, la intención o la finalidad requeridas como elementos de tales delitos, podrán inferirse de las circunstancias objetivas del caso*”; igualmente el Tribunal Supremo Español, *reconoce la habilidad de la prueba indirecta, como la más usual en estos casos, para demostrar el conocimiento del origen ilícito*”.

(340) “Si queremos aferrar la experiencia lo más posible, estamos obligados a comprobar que los razonamientos jurídicos van acompañados de incesantes controversias, y ello tanto entre los juristas eminentes como entre los jueces que ocupan sus puestos en los tribunales más prestigiosos. Estos desacuerdos en la doctrina y en la jurisprudencia obligan, con frecuencia, tras eliminar aquellas soluciones que parecen por completo falta de razón, a imponer una solución por vía de autoridad, ya se trate de la autoridad de la mayoría o de la de las instancias superiores, que, por otra parte, lo más frecuente es que se combinen”. PERELMAN, Ch: “La Lógica Jurídica y la Nueva Retórica”. Civitas, Madrid, 1988, p. 15. Con lo que se hace referencia a la relatividad del razonamiento jurídico, lo que más allá de su corrección formalmente lógica o exactitud de sus premisas, más que “juicios jurídicos *verdaderos y correctos*, lo que se busca son juicios *razonables y justos*”. PERELMAN, Ch. *Ob. Cit.* p. 14.

Asimismo, también debe tenerse en cuenta que en los casos de *ignorancia deliberada*, que válidamente se califica como dolo eventual, la probanza del dolo se flexibiliza totalmente; tal como refiere BLANCO CORDERO: “La doctrina de la ignorancia deliberada exime a los Tribunales de advertir aquellos indicios que en aplicación de las reglas de la experiencia, les llevan a concluir que el sujeto es conocedor del objeto que posee. Esencialmente porque el sujeto pudo haber comprobado lo que llevaba y no lo ha hecho, por lo que no puede quedar exento de responsabilidad”<sup>(341)</sup>.

De este modo, y apelando a la prueba indiciaria, se podrá acreditar el origen delictivo de los activos así como los elementos subjetivos del tipo penal. En efecto, normativamente se ha establecido en el artículo 10° del D. Leg. N° 1106, que “... **el origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso**”. Pero, como ya se ha dicho, no se trata de indicios de una fuerza de convicción capaz de sustentar una condena penal (por un delito previo), sino de indicios de menor intensidad que solo establezcan una conexión o vinculación razonable entre los activos y la actividad criminal previa (vista esta en abstracto o general). Pues, en ningún momento se requiera de la acreditación exhaustiva de esta actividad criminal previa. Esto es, no se requiere de una sentencia condenatoria por un delito previo, en la que se acredite la comisión del delito previo con todos sus elementos, sus circunstancias y sujetos intervinientes, así como tampoco una necesaria investigación simultánea del delito previo con el delito de lavado; es más, pudiera darse el caso que el delito previo ni siquiera se hubiese investigado o que la acción penal por este delito se hubiese extinguido<sup>(342)</sup>. Inclusive pueden presentarse casos en que

---

(341) BLANCO CORDERO: “El delito de blanqueo de capitales”. 2012, p. 705.

(342) Pues, por el hecho de que ya no se pueda perseguir penalmente al autor del delito previo, no se legalizan los activos procedentes del mismo; y por tanto, la incursión de estos activos en el sistema económico, igualmente afectan al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. En efecto, para que la circulación de los bienes y servicios en el mercado sea lícita, se requiere de actos jurídicos que cumplan con requisitos esenciales, entre ellos su fin lícito (causa lícita), bajo sanción de nulidad; no produciendo efectos jurídicos los actos nulos, más allá de simples relaciones de hecho, y mucho menos las situaciones fácticas generadas por la comisión de un delito; pues, el delito jamás podrá constituir un justo título.

se hubiese absuelto al agente por el delito previo, por ejemplo por no haberse acreditado su participación en los hechos, por causal de inculpabilidad o alguna causal de exención de pena, o por la aplicación del principio *in dubio pro reo*; sin embargo, no se ha desvirtuado la vinculación de los objetos del delito de lavado (bienes, dinero, efectos o ganancias de origen ilícito) con la actividad criminal previa.

Un ejemplo puede servir para dejar en claro la acreditación del origen ilícito de los fondos; pues, tal como ya lo hemos dejado sentado, el delito previo no es un elemento objetivo del tipo, solo se requiere que el objeto del delito (activos ilícitos) tengan una relación o conexión razonable con una actividad criminal o delictiva, vista en abstracto o general. Así, si nos encontramos ante bienes de un investigado, por un monto de de 10 millones de dólares, sobre el cual se han realizado las actividades de conversión, transferencia o tenencia, cuya existencia actual o anterior ha quedado debidamente acreditada (con prueba material o directa); y pese a ello el supuesto titular o investigado no da razón de su origen, o en todo caso, da explicaciones inverosímiles; y por ejemplo, se conoce que ha sido investigado por delito de tráfico ilícito de drogas, asimismo, un hermano suyo ha sido investigado por habersele encontrado en posesión de un cargamento de insumos químicos en la zona de producción de droga, y su padre ha sido condenado por TID; obviamente, estos datos indiciarios (debidamente comprobados) no son suficientes para fundamentar una condena por tráfico ilícito de drogas al investigado; sin embargo, sí resultan suficientes para establecer una vinculación razonable entre los bienes hallados o acreditados (respecto de los cuales el investigado no da una explicación razonable) y la actividad criminal de tráfico ilícito de drogas a la que dicho investigado aparece vinculado, y por tanto, se dará por acreditado el origen delictivo o conexión de los activos materia del delito de lavado de activos imputado al investigado. Como puede apreciarse, la acreditación de este elemento del delito, no requiere de elementos probatorios de la misma intensidad que los que se requiere para condenar por un delito concreto.

### 3.2. VALOR PROBATORIA DE LOS INFORMES Y REPORTES DE LA UNIDAD DE INTELIGENCIA FINANCIERA (UIF)

El numeral 5 de la Ley N° 27693, modificado por el D. Leg. N° 1106, establece que la UIF comunica "...al Ministerio Público aquellas operaciones que luego del análisis e investigación respectivos, se presume que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, para que proceda de acuerdo a ley. Su *reporte tiene validez probatoria al ser asumido por el Fiscal como elemento sustentatorio para la investigación y proceso penal*".

Esta norma es complementada con el numeral 7 del artículo 10°-A de la Ley 27693, modificado por el D. Leg. N° 1106, que establece que la UIF-Perú "... cuenta con un cuerpo de peritos informantes quienes acudirán a las audiencias judiciales para sostener la verificación técnica de los informes elaborados por sus funcionarios y de los reportes efectuados por el Oficial de Cumplimiento correspondiente, cuyas identidades se mantiene en reserva"<sup>(343)</sup>.

La normatividad anterior a la Ley de Lavado de Activos en actual vigencia no permitía que los informes de la UIF se pudiesen utilizar como pruebas para acreditar la comisión del delito de lavado de activos en el proceso penal, a la vez que impedía que los peritos o técnicos de la UIF concurren a los procesos a sostener la validez del informe cursado al Ministerio Público respecto a las operaciones sospechosas detectadas por la UIF o los realizados por los oficiales de cumplimiento y demás obligados, puesto que disponía la total reserva de esta información respecto a las autoridades judiciales y fiscales. Ello había sido materia de dura crítica por parte de la Corte Suprema, la misma que en el numeral 38° del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, del

---

(343) Con ello se atiende la preocupación de la Corte Suprema expresada en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, del 16 de noviembre del 2010, en que sostiene: "*Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información -los anexos-, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la Autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF-Perú*".

16 de noviembre del 2010, establecía: “*La naturaleza jurídica del Informe de Inteligencia no puede asimilarse a una Auditoría Especializada de carácter financiero o pericia institucional, en función a las limitaciones y rasgos propios con el que ha sido regulado. En efecto, según el párrafo final del artículo 13°.2 del Reglamento, el destinatario del Informe de Inteligencia está obligado a guardar la debida confidencialidad de la entidad informante y la reserva del contenido de la información. La información que sustenta el Informe de Inteligencia tiene carácter reservado. No puede ser empleada en el proceso jurisdiccional ni 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 par constar en ellos*”.

Y precisaba más adelante: “*Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información -los anexos-, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la Autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF-Perú*”.

Esta concepción normativa, con la modificación introducida por el D. Legislativo N° 1106, ha cambiado radicalmente, puesto que se establece que al ser asumido por el Fiscal el informe de la UIF tiene *validex probatoria*, a la vez que los peritos técnicos de la UIF acudirán a las audiencias judiciales para sostener la verificación y validez técnica de dichos informes; lo cual significa que su identidad ya no será mantenida en reserva, aun cuando sigue manteniéndose en reserva la identidad de los oficiales de cumplimiento. En tal sentido, normativamente se ha equiparado en el proceso penal a los reportes que emite la UIF-Perú, elaborados por sus peritos, a la prueba pericial, y por ello será tratada y valorada como tal, tanto a nivel de la investigación así como a nivel de juicio al resolverse el caso. Y claro, ello resulta acertado toda vez que al ser elaborados por técnicos en materia de análisis de información financiera, aportan todo el conocimiento técnico y científico propio de la prueba pericial, por lo que deberán ser sometidos al contradictorio correspondiente para ser

valoradas, y obviamente los suscriptores de los referidos informes podrán ser llamados para la respectiva ratificación o la aclaración correspondiente<sup>(344)</sup>. Naturalmente, no se trata propiamente de una prueba pericial propiamente dicha, por lo que no será de aplicación los criterios formales establecidos por el Código Procesal Penal para la disposición, actuación y validez de dicha prueba y mucho menos se puede notificar a las partes procesales para su elaboración.

### 3.3. LA PRUEBA TRASLADADA

Al respecto, dada la claridad del contenido del artículo 20° de la Ley N° 30077, Ley de Lucha contra el Crimen Organizado y a la ausencia de doctrina nacional consolidada al respecto consideramos adecuado transcribir dicho artículo.

*“1. En los casos de delitos cometidos a través de una organización criminal, las pruebas admitidas y actuadas a nivel judicial pueden ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal, siempre que su actuación sea de imposible consecución o de difícil reproducción debido al riesgo de pérdida de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba.*

*2. En los casos en que no se presenten tales circunstancias, puede utilizarse los dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental admitida o incorporada en otro proceso judicial, dejando a salvo el derecho a la oposición de la prueba trasladada, la cual se resuelve en la sentencia.*

*3. La sentencia firme que tenga por acreditada la existencia, estructura, peligrosidad u otras características de una determinada organización criminal, o que demuestre una modalidad o patrón relacionados a la actuación en la comisión de hechos delictivos, así como los resultados o consecuencias lesivas derivados de los mismos, constituye prueba respecto de tales elementos o circunstancias en cualquier otro proceso penal.*

*4. Para estos efectos, debe tenerse en consideración los siguientes criterios:*

*a) El valor probatorio de la prueba trasladada está sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso en que ha sido incorporada, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.*

---

(344) Criterio similar expresa PRADO SALDARRIAGA: “Criminalidad organizada y lavado de activos”. p. 331.

b) *La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, debiendo respetarse las garantías procesales establecidas en la Constitución Política del Perú.*

c) *La persona a la que se imputa hechos o circunstancias acreditados en un anterior proceso penal tiene expedito su derecho para cuestionar su existencia o intervención en ellos”.*

### 3.4. VALORACIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA MEDIANTE TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

Muchas de las pruebas y técnicas especiales de investigación del delito de lavado de activos como la interceptación, incautación y apertura de correspondencia; interceptación o intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas o de otras formas de comunicación y geolocalización de teléfonos móviles<sup>(345)</sup>; Circulación y entrega vigilada; agente encubierto y operaciones encubiertas, etc., constituyen una injerencia en el derecho a la intimidad, a la vez que pueden significar una flexibilización de otros principios y derechos procesales, y por ello algunos cuestionan su uso en la investigación o, en todo caso, buscan limitar su valor probatorio, aun cuando nadie niega su validez. En efecto, Gabriel ADRIAZOLA refiere, “... no es posible soslayar que, a la par que las técnicas especiales de investigación han sido recogidas por numerosas legislaciones, la jurisprudencia internacional ha sido muy prudente al valorar su eficacia probatoria de modo de evitar los abusos que puedan derivar de su utilización. En ese contexto, el contralor jurisdiccional compatibiliza el uso de estas técnicas, sujetas a la necesidad y subsidiariedad, con los principios cardinales del debido proceso”<sup>(346)</sup>. En sentido similar, MAIER también

(345) Respecto a la geolocalización de equipos de comunicación existe actualmente el D. Leg. N° 1182, de fecha 27 de julio del 2015, el cual ha sido promulgado por el Ejecutivo en el marco de las facultades delegadas; sin embargo, este es altamente cuestionado y su aplicación aún no ha quedado legitimada.

(346) ADRIASOLA, Gabriel: “*Las técnicas especiales de investigación en la represión del blanqueo de capitales*”. En: *Compliance y prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo* actas del I Foro Internacional de *Compliance y Prevención del Lavado de Activos y del Financiamiento del Terrorismo*. Coordinadores Dino Carlos Caro Coria y Luis Miguel Reyna Alfaro. Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa, agosto 2013, pp. 215 y ss. [www.cedpe.com](http://www.cedpe.com), [cedpe@cedpe.com](mailto:cedpe@cedpe.com)

muestra sus reservas respecto a la aplicación de estos mecanismos de acopio de información y se orienta por la búsqueda de la vigencia de los derechos fundamentales, restringiendo estas injerencias solo a casos excepcionales, pues considera que el Estado no puede proceder a la averiguación a toda costa; sin embargo, admite las injerencias autorizadas y estrictamente necesarias; las mismas que no operan únicamente como reglas jurídicas que confieren potestad y legitimidad al Estado, sino que funcionan como garantías de la persona frente a la actuación de este<sup>(347)</sup>.

Así por ejemplo en cuanto a la actuación del *agente encubierto*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha invalidado esta técnica cuando los agentes no se limitan a investigar la actividad criminal de “manera pacífica” y ejercen una “influencia suficiente” como para incitar la comisión del delito; no obstante, el propio TEDH ha encarado este aspecto desde una óptica casuística, admitiéndolo en algunos casos y proscribiéndolo en otros<sup>(348)</sup>, particularmente en los casos de criminalidad organizada y obviamente en el delito de lavado de activos realizado por estas organizaciones.

Otro punto materia de cuestionamiento es la figura del *colaborador eficaz*, también previsto para el lavado de activos como una técnica especial de investigación y acreditación del delito, tal como lo establecía el artículo 17° de la Ley de Lavado de activos (después modificado por la Ley N° 30076), respecto del cual también se proponen limitaciones en la valoración de su declaración; inclusive este criterio se maneja en la jurisprudencia internacional, sugiriéndose la regla de la ponderación en la introducción de la información obtenida por este medio, así como también respecto a su valoración. Al respecto se hace referencia al caso *Peoples Vs. Mores 7* en el que se declaró que “un acusado no puede ser condenado por un delito basado en el testimonio de un coimputado si su dicho no es corroborado por otra prueba que conecte al acusado con la comisión del delito”<sup>(349)</sup>.

---

(347) MAIER: “*Derecho Procesal Penal*”. T. II, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 135.

(348) ADRIASOLA: *Ob. Cit.* p. 217.

(349) En cita de CRUZ OCHOA, Ramón: “Criminalidad organizada y proceso penal”. En <http://www.juridicas.unam.mx/sisjur/penal/pdf/11-574s.pdf>

En nuestro medio, conforme al numeral 2 del artículo 158° del Código Procesal Penal, la valoración del testimonio de un arrepentido o colaborador solo se realizará conjuntamente con otras pruebas que lo corroboren; siendo ello relevante tanto para imponer cualquier medida coercitiva o para imponer sentencia condenatoria. En el mismo sentido, los cuestionamientos a las demás técnicas o diligencias especiales necesarias para la investigación del lavado de activos se realizarán conforme a los criterios generales contenidos en el Código Procesal Penal. Esto es, su valor probatorio estará sujeto a la evaluación que el órgano judicial realice de todas las pruebas actuadas durante el proceso, respetando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos.

### 3.5. CARGA DE LA PRUEBA EN LOS PROCESOS POR LAVADO DE ACTIVOS

Como se sabe, la carga de la prueba ha sido ideada fundamentalmente para los procesos regidos por el principio *dispositivo*, como el proceso civil; su fundamento se encuentra en "... los principios de la lógica, la justicia distributiva y la igualdad de las partes ante la ley y el proceso, esto es, en la necesidad de darle a todas las partes una adecuada oportunidad y una guía segura para la defensa de sus derechos y de su libertad"<sup>(350)</sup>. La carga de la prueba "... es una noción procesal que contiene la regla de juicio, por medio de la cual se indica al Juez cómo debe fallar cuando no encuentre en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión e indirectamente establece a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitar las consecuencias desfavorables"<sup>(351)</sup>; esto es, si a determinado sujeto procesal le corresponde la carga de la prueba, deberá cumplirla a fin de evitar una consecuencia contraria

---

(350) DEVIS ECHANDÍA, Hernando: "La carga de la prueba". En: Módulo de Derecho Civil y Procesal Civil de la Academia de la Magistratura. Lima, 1998, p. 511.

(351) DEVIS ECHANDÍA, Hernando: *Ob. Cit.* p. 495 y 496.

a sus intereses procesales<sup>(352)</sup>. En este sentido, "... la teoría de la carga de la prueba es, pues, la teoría de las consecuencias de la falta de prueba"<sup>(353)</sup>.

En efecto en el proceso civil la carga la prueba le corresponde a quien afirma algo sobre lo cual el Juez debe decidir, es decir, en este sentido operará la carga de la prueba, y si no proporcionara la correspondiente prueba de lo que ha afirmado no se le asignará consecuencias jurídicas a su afirmación. Sin embargo, en determinados casos, por la naturaleza de los hechos o del objeto de prueba, se libera al que afirma algo dentro del proceso, de la obligación de probar, o lo que es lo mismo, se le levanta la carga de la prueba. En estos casos, corresponderá a la otra parte procesal desvirtuar el mérito de la afirmación de la primera, y de no hacerlo, deberá asumir la consecuencia de la falta de prueba. Estos son los casos de la llamada *inversión de la carga de la prueba*. Esto funciona sin problema alguno, para los casos de procesos regidos por el principio dispositivo, especialmente para el proceso civil, fundamentalmente en los casos en que existen presunciones legales en determinado sentido, en cuyo caso soporta la carga de la prueba el que contradice la presunción legal.

En el caso del *proceso penal*, este se orienta por el principio *acusatorio*, correspondiendo única y exclusivamente al órgano acusador (Ministerio Público) asumir la carga de la prueba. En tal sentido el artículo 14º de la Ley Orgánica del Ministerio Público, Decreto Legislativo N° 052, prevé que: "*Sobre el Ministerio Público recae la carga de la prueba de las acciones civiles, penales y tutelares que ejercite, así como de las faltas disciplinarias que denuncié*".

---

(352) "La regla es en, por tanto en su fórmula más general, que *la falta de certeza de un hecho perjudica a aquella de las partes que tiene interés en su afirmación y, por tanto, la falta de certeza del hecho constitutivo perjudica a quien hace valer el derecho, mientras que la falta de certeza del hecho extintivo o invalidativo perjudica a aquel contra quien se lo hace valer*. De la aplicación de esta regla deriva un nuevo aspecto de la carga de la prueba, en el sentido de que cada una de las partes tiene que proponer la prueba de los hechos en cuya afirmación está interesada, no solo en cuanto dicha prueba no puede el juez buscarla por sí, sino en cuanto el hecho será reconocido inexistente también si falta la prueba". CARNELUTTI, Francesco: "*Instituciones del Proceso Civil*". Ediciones Jurídicas Euro América, Buenos Aires, 1973, p. 347.

(353) PIETRO CASTRO, Leonardo; citado por MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: "*La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*". Bosch, Barcelona, 1997, p. 80.

Con lo cual queda claramente establecido que la carga de la prueba en el proceso penal únicamente corresponde a dicho órgano del Estado.

En este sentido, solo se asumirá que se ha probado o acreditado la comisión de un delito y la responsabilidad penal de su autor o partícipe, cuando el Ministerio Público haya aportado la prueba suficiente de que efectivamente así sucedió. En el proceso penal, el imputado no tiene la obligación o carga probatoria<sup>(354)</sup>; por lo que para atribuirle responsabilidad penal, el órgano acusador deberá presentar la prueba idónea y suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste, la misma que reviste calidad de derecho fundamental. Consecuentemente, en este proceso *no podrá presentarse ningún caso de inversión de la carga de la prueba*; es más, ni siquiera opera en el proceso penal la distribución de la carga de la prueba, como lo reconoce unánimemente la doctrina más autorizada<sup>(355)</sup>.

Sin embargo, en el proceso por lavado de activos no se puede descartar a priori toda actuación del imputado para desvincularse de la imputación penal; en efecto, frente a la existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, se hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios o la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Si el imputado no diera una explicación razonable, este hecho podrá ser considerado como indicio incriminatorio, que en concurso con otros puede dar forma y contenido a la confirmación de la imputación penal.

---

(354) Aunque en algunos casos, como por ejemplo cuando se alega alguna causal de justificación, algunos autores sostienen que en este caso si correrá por cuenta del imputado probar la existencia de dicha causal como la legítima defensa o el estado de necesidad, por ejemplo. Esta situación es planteada por FLETCHER, aunque sin pronunciarse en definitiva al respecto. “En este tipo de casos en los que no hay manera de resolver claramente de un modo u otro, la carga de la prueba resuelve el problema. Si corresponde a la acusación probar la ausencia de legítima defensa, entonces el acusado debe ser declarado en esas circunstancias, no culpable. Pero si es el acusado quien tiene que probarla y no la prueba, entonces la solución es justamente la contraria: la legítima defensa se considerará no probada y, por tanto, el acusado debe ser declarado culpable...” FLETCHER, George P.: “*Conceptos Básicos de Derecho Penal*”. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 34 y 35.

(355) Por todos, MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *Ob. Cit.* p. 82.

### 3.6. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA Y CARGAS PROBATORIAS DINÁMICAS EN LOS PROCESOS POR LAVADO DE ACTIVOS

Como ya se indicó podemos afirmar que en los procesos por lavado de activos, al igual que en todo proceso penal, se aplicarán los mismos criterios esbozados para el proceso penal en general, sin que prospere la inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, este criterio se puede morigerar en los procesos por lavado de activos, sobre todo, para acreditar las pretensiones ejercitadas en el proceso penal que son de naturaleza distinta a la pretensión punitiva, las mismas que no resultan amparadas por la presunción de inocencia propia de la atribución de responsabilidad penal.

En la doctrina procesal civil, y en general cuando se trata de pretensiones vinculadas a derechos reales, se ha desarrollado el concepto “cargas probatorias dinámicas” (expresión utilizada por el profesor Argentino Jorge Peyrano, cuyo origen se atribuye a Jeremías Benthan), a fin de morigerar el tradicional esquema de distribución probatoria, según el cual le corresponde al actor la carga de la prueba (*onus probandi incumbit actori*). Conforme a la teoría de las cargas probatorias dinámicas, está obligado a probar quien se encuentra en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para ello, y cuando la contraparte se encuentra en la imposibilidad o extrema dificultad de recabar o presentar el material probatorio correspondiente. Esta teoría tiene su principal fundamento en la realización del valor justicia; y se sustenta en el deber de las partes de colaborar entre sí y con el órgano jurisdiccional para desentrañar la verdad objetiva de los hechos, y en el deber de conducirse en el proceso con lealtad, probidad y buena fe.

No se trata de que la carga probatoria dinámica opere ante la ausencia de prueba (ocasionando un perjuicio al demandado, afectando su derecho al debido proceso), sino que en un especial caso concreto, quien se halle en mejor situación de aportar los elementos de prueba tendientes a la verdad objetiva, asume el peso de la prueba, debiendo el Juez valorar su conducta, por la cual, a pesar de encontrarse en las mejores condiciones de colaborar con el fin último

del proceso: desentrañar la verdad objetiva de los hechos controvertidos, se escuda en su inactividad.

La carga probatoria dinámica ya ha adquirido legitimidad en nuestra jurisprudencia civil y constitucional, así el Tribunal Constitucional se ha pronunciado refiriendo: *“Se ha señalado prima facie que la carga de probar corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, según lo presenta el artículo 196° del Código Procesal Civil. Frente a ello, la carga probatoria dinámica significa un apartamiento de los cánones regulares de la distribución de la carga de la prueba, cuando esta arroja consecuencias manifiestamente disvaliosas para el propósito del proceso o procedimiento, por lo que es necesario plantear nuevas reglas de reparto de la imposición probatoria, haciendo recaer el onus probandi sobre la parte que está en mejores condiciones profesionales, técnicas o fácticas para producir la prueba respectiva (...). La doctrina de las cargas probatorias dinámicas interviene para responder a una concepción de un derecho dúctil y una concepción más dinámica del devenir del proceso, tal como amerita el supuesto planteado. Así, no correspondería al demandante la carga de la prueba del hecho (de índole negativo) sino que el demandado tendría la carga de probar el hecho positivo. Cabe recordar que la prueba dinámica no es ajena a nuestro ordenamiento. Por ejemplo, se han utilizado en los siguientes supuestos: violación de derechos humanos (párrafo 70 de la sentencia del caso Paniagua Morales y otros, párrafo 65 de la sentencia del caso Durand y Ugarte y párrafo 63 de la sentencia del Caso Castillo Petruzzi, todas ellas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), cumplimiento de condiciones de los trabajadores (artículo 27° de la Ley Procesal del Trabajo, Ley N.º 26636) e impugnación de pago de tasa en tributación municipal (sentencias recaídas en el Expediente N.º 0041-2004-AI/TC y en el Expediente 0053-2004-AI/TC).*

En la propia Convención de Viena de 1988, en su artículo 5°-17 se habla de la inversión de la carga de la prueba, cuando se trata de la determinación de los bienes materia de decomiso, al respecto señala: *“Cada una de las partes considerará la posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto al origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso...”*. En nuestra legislación vigente, aun cuando no se habla propiamente de la inversión de

la carga de la prueba, la Ley N° 28306 (Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final) establece: “La no acreditación del origen lícito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos ‘al portador’ en el plazo establecido, se considera indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la presunta comisión de otros delitos”.

En el mismo sentido, el fundamento 34 –Acápito D–, del Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116, estipula: “La ausencia de una explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. La existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios –tal situación, conforme aclaró la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Salabiaku del 7 de octubre de 1988, no vulnera la presunción de inocencia en tanto en cuanto tal presunción no tiene carácter irrefutable y no impide al afectado desarrollar actividad probatoria dirigida a constatar la ausencia de responsabilidad en el hecho a través de *causa que la excluyan*–”.

La jurisprudencia nacional (Sala Penal Permanente de la Corte Suprema en el R.N. N° 1254-2007/Callao, del 18 de diciembre del 2007) ya aplica medianamente la carga dinámica de la prueba, cuando concluye que ante el desbalance patrimonial del imputado, que este no justificó, y además, no demostró el origen de una suma de dinero y tampoco justificó el destino que le dio al dinero desembolsado, puesto que no presentó el balance general correspondiente al ejercicio anual investigado, dicho desbalance obedecería a sus actividades de tráfico ilícito de drogas.

Igualmente, en el ámbito de protección del usuario, y basándose en la asimetría de información, se ha permitido la variación de la carga de la prueba, buscándose proteger al consumidor de la imposibilidad de probar que fue engañado o que recibió información insuficiente (Punto 2 la Resolución N° 102-97-TDC-INDECOPI”).

En la doctrina comparada ROXIN señala : “Recientemente, el principio in dubio pro reo parece haber entrado en crisis también por el desarrollo de la criminalidad económica y la criminalidad organizada, pues aquí, en algunas situaciones fracasa la posibilidad de probar la culpabilidad de alguien, generalmente a causa de inconvenientes probatorios insuperables...”<sup>(356)</sup>. Por su parte, OSPINO GUTIÉRREZ, refiriéndose a la inversión de la carga de la prueba afirma: “...Panamá por ejemplo, ya lo implementó en materia penal para el lavado de activos; y si nosotros observamos con la óptica que se nos antoje el delito de enriquecimiento ilícito de servidor público (*refiriéndose a la legislación colombiana*) tipificado en nuestro código de las penas el cual ya fue estudiado en cuanto a su constitucionalidad por parte de la Corte correspondiente, llegando a la conclusión de que es conforme a la Carta Política, tenemos que allí se tiene una clara inversión de la carga de la prueba. En efecto, qué significa el hecho de que al estar dado que se trata de servidor público y se dé un incremento injustificado en su patrimonio, ello permite presumir el origen espurio de dichos recursos, teniendo en consecuencia que entrar el servidor público a probar lo contrario; pensamos que allí está clara la inversión que tanto hace rasgar las vestiduras a nuestros garantistas”<sup>(357)</sup>.

Consecuentemente, como ya se adelantó en líneas anteriores, en el proceso por lavado de activos no se puede descartar a priori toda actuación del imputado para desvincularse de la imputación penal; en efecto, frente a la existencia de los indicios referidos a las adquisiciones y destino de operaciones anómalas, se hace necesaria una explicación exculpatoria que elimine o disminuya el efecto incriminatorio de tales indicios o la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas. Si el imputado no diera una explicación razonable, este hecho podrá ser considerado como indicio incriminatorio, que en concurso con otros puede dar forma y contenido a la imputación penal.

(356) ROXIN, Claus: “*Derecho Procesal Penal*”. Trad. de Daniel Pastor y Gabriela Córdoba; Buenos Aires; Editores del Puerto; 2000; p. 112.

(357) OSPINO GUTIÉRREZ, Julio: “*Sobre la prueba*”. En *La Ley de Extinción de Dominio*, AA.VV, editorial Carrera, Bogotá, 2004, p. 73.

### 3.6.1. INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA PRETENSIÓN DE DECOMISO EN EL PROCESO POR LAVADO DE ACTIVOS

Para resolver las pretensiones de carácter patrimonial o real que pudiesen haberse ejercitado en el proceso penal, deben flexibilizarse estos principios procesales, puesto que ellas no están amparadas por la presunción de inocencia y demás garantías correspondientes al imputado cuando se trata de atribuirle responsabilidad penal.

Al respecto, CHOCLAN MONTALVO señala: “Las tendencias dominantes en la actualidad se dirigen, como veremos, hacia una menor exigencia probatoria de los presupuestos fácticos de la confiscación, de modo que resulte favorecida la medida confiscatoria en caso de aumento no justificado del patrimonio del acusado”<sup>(358)</sup>. También la legislación internacional ha venido promoviendo una relativización de las exigencias para la prueba de la ilícita procedencia de los bienes adquiridos como producto del delito, imponiendo al afectado la obligación de probar su licitud.

Así la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional, en su inciso 7, artículo 12º señala: “*Los Estados Parte podrán considerar la posibilidad de exigir a un delincuente que demuestre el origen lícito del presunto producto del delito o de otros bienes expuestos a decomiso, en la medida en que ello sea conforme con los principios de su derecho interno y con la índole del proceso judicial u otras actuaciones conexas*”. Igualmente, la Convención de Viena de 1988, en su artículo 5º-17 propone a los estados miembros la *posibilidad de invertir la carga de la prueba respecto al origen lícito del supuesto producto u otros bienes sujetos a decomiso*.

En la misma línea, las recomendaciones N° 38 y 46 del Programa de la Unión Europea para el principio del milenio, sobre prevención y control de la delincuencia organizada señalan: “... *es preciso estudiar la posibilidad de invertir la carga de la prueba tras la sentencia condenatoria firme de un delincuente o por un delito grave, en relación con el origen de los activos en su posesión. Dicha inversión*

---

(358) CHOCLAN MONTALVO: *Ob Cit.*, p. 17.

requeriría que sea la persona condenada la que demuestre que ha adquirido dichos activos lícitamente. Si el Tribunal no queda convencido se puede declarar que dichos activos son productos ilegales del delito y confiscarse". Obviamente, estas normas no imponen como obligación la inversión de la carga de la prueba sino que dejan abierta tal posibilidad, siempre que esto no colisione con el derecho interno de cada Estado parte.

En este orden de ideas, en la pretensión de decomiso, no se pueden descartar los criterios referidos a la carga dinámica de la prueba y en casos específicos, en los que el demandado esté en la posición preeminente de acreditar la licitud de los bienes y activos en cuestión, y no lo hace, se le puede hacer cargar las consecuencias de su inacción; en este caso, asumir la ilicitud del origen de los activos.

Antes de la promulgación de la Ley de Pérdida de Dominio, Decreto Legislativo N° 1106 (que en buena cuenta consagra una pretensión de decomiso fuera del proceso penal), se venía discutiendo si en esta misma materia existía un supuesto de inversión de la carga de la prueba en contra del demandado o esta quedaba exclusivamente a cargo del Ministerio Público. En efecto, el Decreto Legislativo N° 992, en su art. 9º, preveía que: "*Durante el proceso, se garantizan los derechos de los afectados, en particular, los siguientes: a) Acreditar, de ser el caso, el origen legítimo del patrimonio, mediante prueba idónea; b) Acreditar que los bienes no se encuentran en las causales que sustentan el proceso de pérdida de dominio; c) Acreditar, de ser el caso, que respecto al patrimonio o a los bienes que específicamente constituyen el objeto de esta acción, se haya expedido una decisión judicial firme, que deba ser reconocida como cosa juzgada, dentro de un proceso de pérdida de dominio; o, en otro proceso judicial en el que se haya discutido la licitud del origen de los mismos bienes, con identidad respecto a los sujetos*". A pesar de que esta disposición normativa se encontraba bajo el epígrafe de: "protección de derechos", la doctrina consideraba que con esta se imponía al afectado cierta carga probatoria; esto es, se asumía que la norma en referencia posibilitaba al Estado iniciar una investigación sobre pérdida de dominio (decomiso) basada en simples sospechas de ilicitud e imponía al afectado la obligación de acreditar el origen lícito de sus bienes. En esta línea, determinadas posiciones habían sostenido que "*... la carga de la prueba recae en el afectado, quien debe demostrar la*

licitud del origen de sus bienes”<sup>(359)</sup>. Contra este criterio se levantaron voces que consideraban que invertir la carga de la prueba significaba una desigualdad procesal (a favor del Estado) constitucionalmente insoportable y que incluso constituiría una *afectación del principio de presunción de inocencia*<sup>(360)</sup>.

De otro lado, es necesario precisar que, el derecho a la *presunción de inocencia*, como derecho fundamental de la persona humana, se encuentra consagrado en el artículo 2º, numeral 24, parágrafo e) de la Constitución Política del Estado, por el cual, toda apersona será considerada inocente, mientras no se desvirtúe este estado de inocencia con prueba suficiente y actuada en un debido proceso; esto es que “... para llegar a la condena es necesario que, mediante una adecuada actividad probatoria de cargo, realizada con todas las garantías (...) practicadas en juicio para hacer posible la contradicción (...) y sin que los medios probatorios traídos al proceso se hayan obtenido violentando derechos o libertades fundamentales, quede desvirtuada esa inocencia y que el órgano judicial pueda obtener de esas pruebas convicción jurídica de la existencia de los elementos fácticos que constituyen el delito. Si no han quedado probados estos elementos fácticos, el Tribunal no puede entender sustituida la inicial inocencia por la culpabilidad y debe absolver al enjuiciado”<sup>(361)</sup>.

Sin embargo, este derecho, al igual que la prohibición de la analogía *in malam parte*, solo es exigible en el proceso penal, en cuanto se ejercita la pretensión punitiva del Estado, y se imputa a determinada persona la comisión de un delito y se espera del órgano jurisdiccional la imposición de una pena. Esto es, dada la gravedad de la imputación y su consecuencia jurídica, la Constitución prevé esta garantía, exigiendo que exista suficiente prueba de cargo que permita desvirtuar la presunción de inocencia del imputado; en

---

(359) CHANG KCOMT: *Art. Cit.*, p. 420. En sentido contrario ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Art. Cit.*, pp. 9 y 10.

(360) Este era el criterio de ÁVALOS RODRÍGUEZ: *Ob. Cit.* p. 10. Mario AMORETTI MAVARRO también consideraba que el derecho a la presunción de inocencia podría ser vulnerado con los procesos de pérdida de dominio, precisando que esto podría presentarse por la existencia de un proceso paralelo al proceso penal. AMORETTI NAVARRO, Mario: “*Los cambios en el proceso de pérdida de dominio. Comentarios a la Ley N° 29212*”. En Revista Jus Legislación, N° 4, Grijley, Lima, abril 2008, p. 2.

(361) RAMOS MÉNDEZ, Francisco: “*El Proceso Penal*”. Bosch, Barcelona, 1993, pp. 359 y 360.

cambio, tratándose de pretensiones de contenido patrimonial (civil) como el decomiso (o la pérdida de dominio -acción real-), distinta a la pretensión penal, la presunción de inocencia no resulta exigible, al igual que la prohibición de la analogía; pues como ha reconocido el Tribunal Constitucional, en supuestos similares: “... esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan, tout court, a todos los procesos o procedimientos a los que antes se ha hecho referencia (...). Incluso en un mismo ámbito, como puede ser el debido proceso judicial, los derechos que lo conforman varían, según se trate de un proceso penal o de uno civil. Si en el primero, un derecho que integra el debido proceso es el de que no se aplique la ley penal por analogía; en cambio, no sucede lo mismo en el proceso civil, donde el juez no puede excusarse de poner fin a la controversia so pretexto de la inexistencia de una norma jurídica positiva”<sup>(362)</sup>. Precisándose que, aun cuando exista una vinculación entre la pretensión de decomiso y la pretensión punitiva del Estado, sin embargo la pretensión de decomiso no gira en torno a la responsabilidad penal del imputado sino en torno al origen de los bienes en actividades delictivas; teniendo ambas acciones (decomiso y acción penal) naturaleza, fundamento y finalidad distintos.

Siendo así, aún cuando en la pretensión de decomiso debe llevarse a cabo una actividad probatoria intensa tendente a acreditar el origen de los bienes o su uso como medio o instrumento de una actividad delictiva, el amparo de dicha pretensión no constituye un indicio de responsabilidad penal ni tiene los efectos de la imposición de una pena, sino únicamente que se ha reconocido al Estado su derecho a obtener la titularidad sobre determinados bienes, conforme a lo previsto en el art. 102° del Código Penal y demás normas especiales.

Este criterio tiene acogida también en la jurisprudencia constitucional y doctrina comparada; así, en Colombia ante el cuestionamiento hecho contra la Ley de Extinción de Dominio, por considerar que contiene un supuesto de inversión de la carga de la prueba y vulnera la presunción de inocencia,

---

(362) Sentencia de fecha 11 de diciembre de 2006, Exp. N° 6149-2006-AA/TC, FJ. 38 y 39.

como ha expresado Pedro Pablo CAMARGO<sup>(363)</sup>, la Corte Constitucional Colombiana respondió señalando que: *“En primer lugar, la Corte debe reiterar que la extinción de dominio es una acción constitucional pública (...). De acuerdo con esto, no se trata, en manera alguna, de una institución que haga parte del ejercicio del poder punitivo del Estado y por ello no le son trasladables las garantías constitucionales referidas al delito, al proceso penal y a la pena. Por lo tanto, en el ámbito de la acción de extinción de dominio no puede hablarse de la presunción de inocencia y, en consecuencia, no puede hablarse de la prohibición de la inversión de la carga de la prueba, pues estas garantías resultan contrarias a la índole constitucional de la acción”*<sup>(364)</sup>.

En conclusión, la acción de decomiso tiene naturaleza distinta a la penal, por ende no le resultan aplicables las garantías del proceso penal en el extremo que persigue la aplicación de la pena, es decir, la *presunción de inocencia*; siendo así, tratándose de una acción real, fundamentalmente de contenido real patrimonial (civil) –aun cuando reconozcamos su vinculación con categorías propias del Derecho Penal– no se exige que el Ministerio Público sea el único encargado de probar el origen de los bienes materia de decomiso, lo que

---

(363) Este autor ha señalado: *“Pues bien, como consecuencia del derecho constitucional fundamental a la presunción de inocencia, toda persona involucrada en una acusación, cualquiera que sea, no está obligada a probar su inocencia, sino que es al Estado, y en el caso de la extinción de dominio, a la Fiscalía General de la Nación a la que corresponde la carga de la prueba conforme al antiguo principio universal de onus probandi incumbit acusationis”*. CAMARGO, Pedro Pablo: *“La acción de extinción de dominio”*. Tercera edición, Leyer, Bogotá, 2003, p. 138.

(364) Sentencia C-740/03, fundamento 36.

Lamentablemente, la Corte Constitucional del citado país esbozando una posición ambivalente al respecto ha señalado que ello no exonera al Fiscal de la obligación de aportar las pruebas necesarias para acreditar que los bienes afectados se encuentran dentro de las causales previstas por la ley para ejercitar la pérdida de dominio a favor del Estado, en este sentido señaló: *“De lo expuesto no se infiere, sin embargo, que el Estado se encuentre legitimado para presumir la ilícita procedencia de los bienes objeto de extinción de dominio pues una cosa es que ésta sea una acción constitucional pública consagrada de manera directa y expresa por el constituyente y legalmente regulada como una institución autónoma de la acción penal, a la que no le resultan aplicables garantías penales como la presunción de inocencia, y otra completamente diferente que aquél se encuentre exonerado del deber de demostrar esa ilícita procedencia. Una exoneración de esa índole no existe, pues el Estado se halla en la obligación ineludible de recaudar un conjunto de elementos de convicción que le permita concluir, de manera probatoriamente fundada, que el dominio ejercido sobre unos bienes no sólo no tiene una explicación razonable, sino que además obedece al ejercicio de actividades ilícitas”*.

obviamente tampoco faculta para presumir la ilicitud de los bienes y realizar una total inversión de carga de la prueba, de manera que sea el demandado quien tenga que probar el origen de sus bienes, sino que el órgano fiscal si espera una resolución favorable deberá llevar a cabo la actividad probatoria para acreditar su pretensión; no obstante, el afectado con la acción de decomiso no queda liberado de toda actividad probatoria en los casos en que conforme a las circunstancias está en poder de aportar elementos probatorios idóneos para desvirtuar la carga de los elementos incriminatorios, sobre todo acreditar el origen lícito de los efectos o activos sobre los que recae la pretensión de decomiso.

Por todo ello, y siendo conscientes de la complejidad de la sociedad actual, del fenómeno de la globalización que posibilita el fácil ingreso y salida de capitales, el anonimato en las relaciones económicas, la posibilidad de realizar muchas transacciones en un solo día y a través de medios informáticos, la existencia de paraísos fiscales y cuentas cifradas que permiten esconder el producto del delito, no podemos imponer al órgano demandante –en materia probatoria– las exigencias correspondientes a la pretensión punitiva, sino que será necesario adoptar criterios flexibles que permitan una actividad eficiente; máxime si consideramos que la finalidad consustancial a las organizaciones criminales (de índole económica) es maximizar sus ganancias y por ende siempre buscarán ocultar el producto del delito, insertándolo en la economía lícita a través de mecanismos formales, para darle apariencia de legitimidad.

Siendo así, es plenamente válido aplicar la prueba por inferencias a partir de los indicios<sup>(365)</sup> acreditados en el proceso; esto es, si bien no se presume la ilicitud de los bienes, se puede llegar a esta conclusión a partir de ciertos datos

---

(365) Como señala CHOCLAN MONTALVO: *Ob. Cit.*, pp. 34-35 “*La prueba en el proceso de un hecho previo que constituya delito o falta dolosos es presupuesto para la confiscación. Sin embargo esta prueba puede tener naturaleza indiciaria y obtenerse de modo inobjetable mediante un razonamiento lógico-deductivo. Así, a falta de prueba directa, deben tenerse en cuenta determinadas circunstancias objetivas que permitan inferir la vinculación de un bien con la actividad delictiva, como las identificadas por la jurisprudencia a propósito del delito de blanqueo de capitales:*

- a) La vinculación o conexión del acusado con actividades delictivas, o con personas o grupos relacionados con las mismas;

objetivos acreditados en el proceso. Aun más, dada la naturaleza de la acción de decomiso, como acción real, resulta plenamente lícito la distribución de la carga probatoria, de forma que corresponde probar a quien afirma algo dentro del proceso, en este caso le corresponderá probar al demandado, cuando alega la licitud del origen de los bienes materia de la acción. Esto es, se le atribuirá cierta carga probatoria dentro del proceso correspondiente. Sobre todo, teniéndose en cuenta que es el demandado quien se encuentra en mejores condiciones para acreditar el origen de sus bienes, pues es el único que cuenta con la información y documentación necesaria para ello.

En suma, corresponderá al Ministerio Público al momento de ejercitar la pretensión de decomiso sustentar dicha pretensión y solicitar la actuación de los medios probatorios que permitan acreditarla, por ejemplo, alegar la vinculación de los bienes con determinada actividad delictiva, presentando los elementos o indicios que permiten sustentar tal afirmación, *verbi gratia*, la vinculación del demandado con actividades delictivas, la existencia de un desbalance patrimonial no justificado, la posesión de bienes de valor no acorde con la actividad económica desarrollada por el demandado, su venta ficticia a terceros que no cuentan con actividad económica que permita su adquisición, la ocultación de los bienes, etc.; mientras que corresponderá al demandado que afirma la licitud del origen de los bienes inculcados por la Fiscalía, acreditar tal situación, con la incorporación al proceso de la documentación pertinente.

- 
- b) El aumento del patrimonio durante el período de tiempo al que se refiere dicha vinculación; y
  - c) La inexistencia de negocios lícitos que justifiquen ese aumento del patrimonio (en este sentido, TS 23.05.1997)

En estas circunstancias, sin perjuicio de las particularidades que resulten en cada caso, podrá establecerse de forma lógica la vinculación entre el patrimonio y la actividad delictiva imputada al sujeto. Sin embargo, no cabe establecer en este campo inversiones de las reglas de prueba, si con ello se pretende una posición extrema en el sentido de que en todo caso en que el sujeto no pueda ofrecer prueba sobre el origen del patrimonio se entiende que éste tiene una procedencia ilícita (...) Por ello, en realidad, cuando se proponen soluciones tendentes a la inversión de la carga de la prueba, probablemente no se pretendan estas consecuencias radicales, sino que se está haciendo referencia a una cuestión distinta, como es la de que el juez pueda llegar a la convicción sobre el origen ilícito de un patrimonio por medio del juicio de inferencia en que consiste la prueba de indicios”

Este criterio ha sido asumido por la Corte Constitucional Colombiana, la que ha señalado: “...iii) Si bien a ella no le resulta aplicable la presunción de inocencia, el Estado no se encuentra legitimado para presumir la ilícita procedencia de los bienes objeto de extinción de dominio, pues este se halla en la obligación ineludible de recaudar un compendio probatorio que le permita concluir, de manera probatoriamente fundada, que el dominio sobre unos bienes no tiene una explicación razonable en el ejercicio de actividades lícitas sino ilícitas. iv) Satisfecha esa exigencia el afectado tiene derecho a oponerse a la declaratoria de la extinción de dominio, pues esta es una facultad legítima que está llamada a materializar el derecho de defensa del afectado y en virtud de la cual puede oponerse a la pretensión estatal de extinguir el dominio que ejerce sobre los bienes objeto de la acción. v) Al ejercer ese derecho, el actor debe aportar las pruebas que acrediten la legítima procedencia de los bienes objeto de la acción pues, como titular del dominio, es quien se encuentra en mejor condición de probar ese hecho”. vi) En ese marco, el reconocimiento al afectado del derecho a probar el origen legítimo de los bienes, a probar que estos no se adecuan a las causales de extinción y a probar la existencia de cosa juzgada, constituye una manifestación de la distribución de la carga probatoria a que hay lugar en el ejercicio de la acción de extinción de dominio y tal manifestación no es contraria al artículo 29 constitucional<sup>(366)</sup>.

---

(366) Sentencia C- 740/03.



#### IV. LA COSA JUZGADA

Superada toda forma de venganza privada o composición privada del conflicto, es el Estado, a través de sus órganos respectivos, el que tiene el monopolio de la solución de los conflictos sociales y la atención de las pretensiones de carácter individual o colectivo (privadas o públicas) que pudieran surgir como consecuencia de la afectación de los bienes jurídicos de los individuos o del grupo social; habiéndose estatuido y reconocido para ello la *potestad jurisdiccional o jurisdicción* del Estado, la misma que se ejercita mediante el órgano estatal correspondiente<sup>(367)</sup> y a través del llamado debido proceso judicial, el cual se inicia con el respectivo ejercicio de la acción judicial y concluye con la decisión o resolución correspondiente. Esta decisión, de ser definitiva, produce la llamada *cosa juzgada*. La pretensión de los ciudadanos a la decisión definitiva del conflicto (cosa juzgada) es reconocido como un verdadero derecho fundamental en el marco del debido proceso.

En efecto, la Constitución Política del Estado en su artículo 139° establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional, entre otros, la independencia en el ejercicio de la función jurisdiccional, y añade que, ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Asimismo, que *no se puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada*, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución (numeral 2); agregando en el numeral 13 del mismo artículo, que *está prohibido revivir procesos fenecidos con resolución ejecutoriada*. Asimismo, artículo 6°.1.c) del Código Procesal Penal establece la

---

(367) Salvo los casos de la jurisdicción comunal o especial y la jurisdicción arbitral, en los cuales no intervienen órganos estatales.

excepción de *cosa juzgada* como un mecanismo a ejercitarse contra la acción penal incoada; señalando que esta procede cuando “*el hecho punible ha sido objeto de una resolución firme, nacional o extranjera contra la misma persona*”. Igualmente, el Código Penal en su artículo 90° establece que: “*Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón a un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente*”. Finalmente, el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos señala que el “*inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*.” De ello se aprecia que la *cosa juzgada*, como principio-derecho de la administración de justicia está vinculada directamente al ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado; en tal sentido, para analizar la primera debemos partir por precisar algunas ideas respecto a la segunda.

## 1. LA POTESTAD JURISDICCIONAL DEL ESTADO

El término «jurisdicción», deriva de la locución latina *“iurisdictio”*, compuesta por *“ius”* (derecho) y *“dicere”* (decir, declarar), de tal modo que etimológicamente, “jurisdicción” alude a aquella atribución o potestad de decir o declarar el derecho en el caso concreto (conflicto jurídico-social), esto es, alude a la potestad de la autoridad para resolver el conflicto, conforme a derecho y de modo definitivo. En nuestro medio, dicha atribución está reservada constitucionalmente al Poder Judicial, según lo estatuyen los artículos 138° y 143° de la Carta Política. El Poder Judicial ejerce la potestad jurisdiccional a través de sus órganos jerárquicos como son la Corte Suprema, las Cortes Superiores y juzgados correspondientes.

Para que el caso concreto o conflicto específico sea resuelto de modo óptimo se requiere que el ente o autoridad jurisdiccional competente tenga la suficiente capacidad e idoneidad para conocer, estudiar o analizar el caso (objeto del proceso), para requerir o hacer comparecer a los involucrados o terceros al proceso en el que se va a resolver el caso, para conducir dicho proceso por los causes adecuados, así como para evaluar o examinar las pruebas y decidir la aplicación de la norma correspondiente, a la vez que para ejecutar lo decidido. Lo que implica que no producirá la cosa juzgada la decisión de una autoridad incompetente o alguna que participe con la evidente intención de ocultar los hechos o no llegar a la verdad de los mismos, violentando de este modo diversos derechos constitucionales<sup>(368)</sup>.

---

(368) Estos son los supuestos de la participación de la jurisdicción militar y la jurisdicción ordinaria en los casos de violación de los derechos humanos conocidos como “La Cantuta” y “Barrios Altos”, en los que las “decisiones jurisdiccionales” con las que se puso fin a los procesos se realizaron, no para esclarecer los hechos, sino para encubrir a los intervinientes, lo cual determinó que posteriormente estas decisiones fueran dejadas sin efecto por la Corte Interamericana de Derecho Humanos, iniciándose nuevos procesos en los que se sancionó a los responsables, entre los cuales se encontraba el ex Presidente de la República Alberto Fujimori.

Aun cuando la potestad jurisdiccional, conforme a la Constitución, está reservada al Poder Judicial, lo que ha determinado que a este órgano se lo denomine “Órgano Jurisdiccional”, sin embargo, desde una perspectiva general o sentido amplio, se puede sostener que el ordenamiento jurídico también reconoce potestades jurisdiccionales a otros órganos o autoridades, sobre todo en determinadas materias específicas. Así, el artículo 202° de la Constitución Política del Estado reconoce al Tribunal Constitucional la potestad de decidir en última instancia los casos concretos denegatorios de las acciones de garantía (sobre violación de derechos fundamentales); asimismo, resolver los conflictos sobre la inconstitucionalidad de las leyes y los conflictos de competencia de las diversas entidades y organismos del Estado. Igualmente, numeral 4 del artículo 178° de la Constitución establece que es competencia del Jurado Nacional de Elecciones administrar justicia en materia electoral. De ello se aprecia que estos organismos constitucionales tienen jurisdicción constitucional y electoral respectivamente, lo cual les permite conocer y resolver de modo definitivo casos concretos relativos a dichas materias.

De otro lado, en materia de jurisdicción penal también se reconoce la facultad del Ministerio Público de conocer y resolver ciertas materias jurídico-penales de modo definitivo, con lo cual, prácticamente el ordenamiento jurídico le estaría reconociendo potestades jurisdiccionales, como se verá más adelante. Aun cuando se puede sostener que estas facultades de ningún modo pueden configurar ejercicio de la jurisdicción, habida cuenta que también la propia Constitución establece la exclusividad de la potestad jurisdiccional a favor del Poder Judicial, sin embargo, consideramos que el contenido y límites de esta potestad así como de los órganos que la ejercen ha ido evolucionando y la exclusividad del Poder Judicial como órgano jurisdiccional ya no sería un dogma jurídico, tal como refiere HURTADO POMA en ilustrativo artículo publicado en diversas revistas, así como en la internet<sup>(369)</sup>. Esta precisión resulta

---

(369) HURTADO POMA, Juan. El “*Ne Bis In Idem en la Investigación Fiscal*”. Ver Artículo “*¿Actos Jurisdiccionales de los Fiscales Penales? Una tentativa de enfoque*” publicado en páginas web del Ministerio Público, de Alerta Informativa, en revistas como “Vista Fiscal” del Distrito Judicial de Lima Norte y publicado recientemente en el libro “ENSAYOS JURÍDICOS CONTEMPORANEOS”, 2008, editado por Pierre Foy Valencia, ARA. Lima 2008, p. 153 al 170.

necesaria a fin de entender la “cosa decidida” y la “cosa decidida en sede fiscal” que veremos más adelante.

En efecto, en constituciones comparadas como la colombiana, podemos ver que ya no se habla de Poder Judicial en específico como titular de la jurisdicción o encargado de la administración de justicia, sino más bien de “Rama Judicial”, la misma que comprende a diversos organismos y entidades, de los cuales a varios de ellos se les atribuye función jurisdiccional, como la Corte Suprema, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado (jurisdicción contencioso administrativa). También considera dentro de esta rama a la Fiscalía General de la Nación y el Consejo Superior de la Judicatura; los mismos que si bien no tienen potestad jurisdiccional propiamente dicha contribuyen al ejercicio y funcionamiento de esta<sup>(370)</sup>.

La jurisdicción como función primordial del Estado obviamente se ejerce a través del proceso judicial, el mismo que funciona como *instrumento* para atender y resolver los conflictos que requieran de un pronunciamiento jurisdiccional; o como refiere MONTERO AROCA, el proceso es concebido desde una doble perspectiva, como el instrumento por medio del cual el poder judicial cumple las funciones que le están atribuidas constitucionalmente, o como instrumento puesto a disposición de todas las personas para lograr la tutela judicial efectiva<sup>(371)</sup>.

---

(370) También la Constitución de Venezuela en su artículo 253 desarrolla criterio similar al establecer: “( ...). El sistema de justicia está constituido por el Tribunal Supremo de Justicia, los demás tribunales que determine la ley, el Ministerio Público, la Defensoría Pública, los órganos de investigación penal, los o las auxiliares y funcionarios o funcionarias de justicia, el sistema penitenciario, los medios alternativos de justicia, los ciudadanos o ciudadanas que participan en la administración de justicia conforme a la ley y los abogados autorizados o abogadas autorizadas para el ejercicio”.

(371) MONTERO AROCA, Juan y Otros: “Derecho Jurisdiccional”. Bosch, Barcelona, 1994, p. 23.

La tutela Judicial efectiva conforme a la Jurisprudencia Constitucional española “No asegura solo una mera posibilidad de acceso de toda persona a los órganos jurisdiccionales para el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sino también el derecho a obtener la tutela efectiva de aquellos órganos, sin que deban producirse situaciones de indefensión (...). El derecho a la Tutela Judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de estos (...), el derecho a que el fallo se cumpla y a que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido”. MONTERO AROCA, Juan: *Ob Cit.* pp. 262 y 263.

De otro lado, como quiera que no todos los conflictos tienen la misma trascendencia, al tratarse, en unos casos de bienes o intereses particulares y, en otros, de bienes o intereses públicos, la reacción del ordenamiento jurídico así como la forma de resolución del conflicto (procedimiento) son distintas. Ello genera la presencia de diversas clases de procesos atendiendo a la trascendencia del interés afectado y el ámbito de influencia de dicho interés. Estos procesos, se inician con el ejercicio de la respectiva *acción judicial*, a través de la cual se ejercita la correspondiente pretensión de carácter civil, penal, laboral, administrativa, constitucional, cautelar o de cualquier otra índole. Cuando se trate de la investigación, procesamiento y resolución de los delitos estaremos ante el *proceso penal* y consecuentemente, ante *la jurisdicción penal* a cargo de los jueces penales y de los fiscales del Ministerio Público que tiene a su cargo el ejercicio de la *acción penal*, para lo cual deben llevar adelante la respectiva investigación.

El proceso penal viene a ser el conjunto de actuaciones judiciales o fiscales desarrolladas conforme a normas constitucionales y legales, a través del cual se atienden y resuelven las pretensiones contenidas en la correspondiente acción judicial interpuesta por los respectivos sujetos procesales (Ministerio Público, denunciantes, demandantes, demandados —cuando contravienen la demanda—, terceros interesados, etc.). A través del proceso actúa el órgano judicial concretando *la jurisdicción penal* soberana del Estado.

El proceso penal se inicia con el ejercicio de la *acción penal*, y con la interposición de esta el Estado queda obligado a realizar la actividad investigativa y probatoria necesaria para decidir respecto a la pretensión del accionante, toda vez que el Estado, en representación de la comunidad, tiene el deber y la obligación de proteger los bienes jurídicos y de resolver los conflictos creados a raíz de la afectación de estos. Pero claro, la acción penal no está vigente indefinidamente, sino por el contrario *se extingue*, con lo cual el Estado queda privado de investigar o sancionar cualquier delito, y por tanto, ya no podrá iniciar o continuar un proceso penal. Las causales de extinción de la acción penal son *la muerte del imputado, la prescripción, la amnistía, el derecho de gracia, la cosa juzgada, el desistimiento y la transacción* (los dos últimos en los casos de ejercicio privado de la acción); asimismo, también se extingue la acción penal

por sentencia de la vía civil que declara que el hecho imputado como delito, es lícito.

La decisión de la autoridad judicial, con la participación del Ministerio Público, que resuelve las pretensiones contenidas en el proceso penal y pone fin al conflicto generado por la comisión del delito está contenida en una resolución judicial (sentencia o auto), la misma que al ser de carácter definitivo y debidamente fundamentada produce la llamada *cosa juzgada*.



## 2. LA COSA JUZGADA EN MATERIA PENAL

«La cosa juzgada constituye una garantía constitucional de la Administración de Justicia, según la cual el objeto de un proceso que ha concluido con una resolución firme no puede ser nuevamente juzgado en el mismo proceso o mediante uno nuevo»<sup>(372)</sup>.

Específicamente, la *cosa juzgada penal* es la decisión debidamente motivada contenida en una sentencia o un auto, con la cual se pone fin a un proceso penal, emitida por juez competente y que tiene carácter definitivo. Esto es, no puede ser *impugnada* en el mismo proceso o contradicha en uno nuevo, así como tampoco puede ser modificada, puesto que tiene naturaleza *inmutable* y está dotada de la *coercibilidad* suficiente que garantiza su ejecución por la fuerza pública<sup>(373)</sup>.

---

(372) GARCÍA CAVERO, Percy: *El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales*.

<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/cosajuzgada.pdf> (Consulta del 7 de julio del 2015).

(373) “De acuerdo a la jurisprudencia de este Tribunal, mediante el derecho a que se respete una resolución que ha adquirido la autoridad de cosa juzgada “... se garantiza el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque estos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarlas; y, en segundo lugar, porque el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó...”. STC N°. 01887-2010-PHC/TC, Caso Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, del 24 de setiembre del 2010, Fj. 11.

En el mismo sentido HURTADO POMA: “¿Actos Jurisdiccionales de los Fiscales Penales? Una tentativa de enfoque”

[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20090603\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090603_01.pdf) (Consulta del 7 de julio del 2015).

El carácter definitivo significa que se trata de una decisión firme, sea porque se ha resuelto en última instancia, luego de haberse agotado todos los recursos impugnativos que faculta la ley, porque no se han ejercitado estos al haberse consentido la decisión o por haber transcurrido los plazos para interponer el recurso, o también porque no se ha cumplido con fundamentar el recurso interpuesto.

El Tribunal Constitucional estableciendo una línea de interpretación y aplicación de las normas, en sentencias reiteradas, y por tanto vinculantes para todos los poderes públicos y en general para todas las personas, se ha pronunciado sobre las cualidades de inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercitividad de la cosa juzgada, en la STC N.º 00574-2011-PA/TC, Moisés Suárez Apari, del 30 de mayo del 2011, habiendo precisado:

*“3. Una de las garantías de la impartición de justicia consagrada por la Constitución es la inmutabilidad de la cosa juzgada. Al respecto, la Constitución, en su artículo 139º, inciso 2), establece que: “Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución”.*

*4. El Tribunal al dotar de contenido a dicho atributo ha sostenido que “mediante la garantía de la cosa juzgada se instituye el derecho de todo justiciable, en primer lugar, a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante nuevos medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla; y, en segundo lugar, a que el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó” (Exp. N.º 4587-2004-AA/TC, ff. 38).*

*Asimismo se ha afirmado que “El derecho a la tutela jurisdiccional (art. 139º, inc. 3, Const.) garantiza, entre otros aspectos, que una sentencia con calidad de cosa juzgada sea cumplida en sus términos. Como consecuencia de ello, se desprende, por un lado, un mandato de que las autoridades cumplan lo ordenado*

o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que detentan la calidad de cosa juzgada (art. 139º, inc. 2, Const.).” (Exp. N.º 1569-2006-AA/TC, f. 4).

5. De acuerdo con lo señalado este principio de cosa juzgada que rige la función jurisdiccional le otorga al fallo judicial la calidad de indiscutible —ya que constituye decisión final—, a la par que garantiza al justiciable la certeza de que su contenido permanecerá inalterable, independientemente de si el pronunciamiento expedido haya sido favorable o desfavorable para quien promovió la acción.

En tales circunstancias lo que corresponde al órgano jurisdiccional es ajustarse a lo juzgado en un proceso anterior cuando tenga que decidir sobre una relación o situación jurídica respecto de la cual existe una sentencia firme, derivada de un proceso seguido entre las mismas partes (perfecta identidad), respecto de los mismos hechos y tramitado ante la misma autoridad jurisdiccional. Dicho pronunciamiento constituye, en consecuencia, un antecedente lógico respecto a aquello que nuevamente se pretende someter a juzgamiento.

6. Por ello al igual que en anterior oportunidad se reitera que, (Exp. N.º 1279-2003-HC/TC, Caso Navarrete Santillán) “lo establecido en una sentencia o resolución que ponga fin al proceso, debe ser respetado, y no puede ser objeto de nueva revisión, salvo las excepciones previstas”.

Así el derecho a la cosa juzgada guarda íntima relación con la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, ambos atributos consagrados expresamente y de manera autónoma en el artículo 139º.2 de la Constitución”.

Al referirse esta sentencia del Tribunal Constitucional a las excepciones previstas por la Ley, se refiere a la “cosa juzgada fraudulenta” del ámbito procesal civil, la misma que puede ser contradicha conforme al procedimiento establecido por esta misma norma procesal; asimismo, hace referencia a la “demanda o acción de revisión” del ámbito penal, a través de la cual se puede dejar sin efecto una sentencia o resolución firme que condena a un imputado, cuando aparezca nueva prueba que demuestra la inocencia del condenado o se presentan los demás supuestos previstos en el artículo 361º del Código de Procedimientos Penales y el artículo 439º del Código Procesal Penal.

Naturalmente que la resolución que pone fin al proceso debe ser legal, en la medida que debe dictarse conforme a los mandados constitucionales y legales; pues, como se acaba de señalar, la “cosa juzgada fraudulenta” (en el ámbito civil) no produce la cosa juzgada, y la decisión en sede penal que resultara ser efecto de un delito o que se haya dictado violando los derechos fundamentales tampoco genera los efectos de la cosa juzgada en la medida que puede cuestionarse a través de las acciones de garantía (habeas corpus o acción de amparo). En este último caso se dice que, si bien estamos ante la cosa juzgada legal, no estamos ante la cosa juzgada constitucional; puesto que, a pesar de que se han agotado todos los recursos que faculta la ley en el debido proceso legal, todavía se puede atacar la decisión en sede constitucional<sup>(374)</sup>. Pues el *imperium* que le da “autoridad” de cosa juzgada, es precisamente el atributo de constituir una expresión del órgano jurisdiccional del Estado y de la observancia de los procedimientos establecidos por la Constitución y la ley. No obstante, si a pesar de que la sentencia fuese violatoria de los derechos fundamentales, pero no se hubiesen formulado las acciones de garantía en la forma y en el tiempo establecido por la ley, dicha resolución, de todos modos, generará la cosa juzgada; salvo que se tratase de una afectación permanente a la libertad o derechos conexos, en cuyo caso siempre será posible interponer la acción de habeas corpus si es que la afectación al derecho subsistiera, o también si es que se tratara de delitos de lesa humanidad.

Asimismo, también resulta revisable la cosa juzgada cuando la sentencia que la produce se ha dictado violando normas de *ius cogens*, esto es, normas imperativas del Derecho Internacional, en cuyo caso siempre será posible dictar una nueva sentencia correctora. En efecto el Tribunal Constitucional sostiene al respecto:

*“...el derecho penal internacional ha consagrado, a través del Estatuto de Roma, la figura de las excepciones a la cosa juzgada. Así, el artículo 20.3 del referido instrumento señala que nadie puede ser procesado por hechos que previamente fueron objeto de procesamiento y sentencia en otro proceso penal, a menos que este obedeciera al propósito de sustraer al acusado de su responsabilidad penal*

---

(374) STC N° 04587-2004-AA/TC. Fjs. 70 a 74. Caso: Martín Rivas.

(artículo 20.3.a), o que no hubiera sido instruido de forma independiente o imparcial de conformidad con las debidas garantías procesales reconocidas por el derecho internacional o lo hubiera sido de una forma que, de las circunstancias del caso, fuese incompatible con la intención de someter al acusado a la acción de la justicia (artículo 20.3.b). Estas reglas han sido acogidas por la Corte Interamericana en lo que concierne a la materialización del deber de investigar y sancionar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos (Cfr. Caso *Carpio Nicolle y otros vs. Guatemala*, Sentencia del 22 de noviembre de 2004, párrafo 131). Lo anteriormente señalado respecto de las excepciones a los principios de legalidad y de cosa juzgada evidencia la particularidad de los casos seguidos, en concreto, por la posible comisión de crímenes de lesa humanidad y resalta la intensidad del deber de investigar los actos que configuren la comisión de tales ilícitos internacionales”. STC N° 0024-2010-PI/TC. 21/03/2011. FJ. 55.

El *fundamento de la cosa juzgada* en materia penal se encuentra en el principio de la seguridad jurídica, el que otorga al ciudadano la seguridad de que no sufrirá una nueva injerencia estatal en sus derechos por el mismo hecho que ya fue objeto de una decisión judicial; con lo que a la vez, se protege al ciudadano frente a la arbitrariedad o ligereza estatal en el ejercicio del *ius puniendi*; pues, el Estado solo tiene una oportunidad para hacer valer su pretensión sancionatoria, si la pierde, ya no puede ejercerla, así se invoquen defectos técnicos o diferentes perspectivas jurídicas para resolver el caso<sup>(375)</sup>.

En la medida que la cosa juzgada se vincula al principio *ne bis in idem material*, que impide la doble sanción por los mismos hechos, también se considera como fundamento de la cosa juzgada a la “culpabilidad”, puesto que esta determina la medida de la sanción y al pretender imponerse más de una pena se estaría desbordando proporcionalmente la culpabilidad por el hecho<sup>(376)</sup>. Obviamente, este criterio tendría sentido, en el caso que se tratase de sentencias firmes (cosa juzgada) que impongan condena penal, pero no se

(375) GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 1, con citas de San Martín Castro y Sánchez Velarde.

(376) En este sentido, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*. Tomo I, Civitas-Thomson Reuters, Aranzadi, Navarra, 2010, p. 162.

podría aplicar a supuestos en que la sentencia firme determina la inocencia del imputado o concluye sin imponer una sanción penal.

La cosa juzgada debe reunir determinados *requisitos o presupuestos* para su validez y eficacia. En primer lugar, los hechos deben ser los mismos contenidos en la sentencia o resolución primigenia (identidad objetiva), sin interesar la calificación jurídico-penal que se les hubiese dado; asimismo, los sujetos deben ser los mismos (identidad subjetiva) con independencia de quién haya sido el denunciante<sup>(377)</sup>.

Ordinariamente, se habla de *cosa juzgada formal* y *cosa juzgada material*, tal como ya se ha señalado, estamos en la primera cuando la sentencia o resolución de que se trate no puede ser *impugnada* en el mismo proceso y será material cuando la misma no puede ser contradicha en ningún otro proceso (nuevo proceso). Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

*“Conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, la cosa juzgada tiene una doble dimensión (formal y material). Mediante el contenido formal se consagra el derecho “...a que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser recurridas mediante medios impugnatorios, ya sea porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla” mientras que el contenido material alude a que “...el contenido de las resoluciones que hayan adquirido tal condición, no pueda ser dejado sin efecto ni modificado, sea por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó”. (Exp. N° 4587-2004-AA, fund 38. Criterio reiterado en STC. N° 03660-2010-PHC/TC, del 25 de enero del 2011, Caso Crousillat López Torres).*

## 2.1. RESOLUCIONES CON CARÁCTER DE COSA JUZGADA

Del artículo 139° numeral 13 de la Constitución Política del Perú se desprende que la cosa juzgada tiene lugar con la expedición de una resolución firme en un proceso judicial. Aun cuando el artículo 1398°.<sup>13</sup> amplía los efectos de la cosa juzgada a los casos de *amnistía, indulto y prescripción*,

---

(377) GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 2.

entre otros, estos supuestos están referidos propiamente a la extinción de la acción penal, tal como establece el artículo 78° del Código Penal, no obstante, también impiden el inicio o continuación de un proceso penal, lo que en la práctica los asemeja a la cosa juzgada. En tal sentido, al hablar de cosa juzgada necesariamente nos estamos refiriendo a las resoluciones (sentencias y autos) emanadas en un proceso judicial regular, dentro de las cuales también se comprende al “*sobreseimiento*” referido por la norma constitucional mencionada. Pero claro, dichas resoluciones (sentencias y autos) deben tener los atributos de *inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad*.

Consecuentemente, siempre que estemos ante resoluciones definitivas con las características anotadas, estaremos ante los efectos de la cosa juzgada, aun cuando no se trate de resoluciones dictadas luego de un juicio oral público y contradictorio<sup>(378)</sup>. Así, MEDINA OTAZÚ refiere: “Las resoluciones que están cubiertas por el *ne bis in idem* y generan cosa juzgada va en aumento, de acuerdo a criterios más tuitivos a favor del ser humano. (...) las que están vinculadas al proceso penal abarcan no solo las sentencias judiciales sino todo tipo de resoluciones con determinadas características que dan por clausurado una persecución penal. (...) “normalmente tienen la categoría de resolución definitiva las sentencias inimpugnables, pero también pueden adquirir dicha calidad ciertos autos que resulten y que decidan la extinción irreversible del proceso como por ejemplo, un auto que declara fundada una excepción de naturaleza de acción, una excepción de prescripción de la acción penal, una

---

(378) En este sentido disintimos de los criterios referidos en una Jurisprudencia del año 1994 (Exp. 717-93) en cuanto prescribe: “En lo concerniente a la institución de la cosa juzgada, es necesario esclarecer su real dimensión en nuestro ordenamiento jurídico; y en efecto, cuando se habla de cosa juzgada debe entenderse como tal a lo resuelto en forma definitiva por el órgano jurisdiccional, luego de un debate contradictorio y con las garantías del debido proceso, equiparándose a esta las prescripciones y sobreseimientos definitivos”. Al respecto ver CASTILLO ALVA José Luis: ¿Constituye cosa juzgada el Auto de No ha lugar a la apertura de instrucción? Gaceta Jurídica, noviembre del 2003, p. 136.

excepción de cosa juzgada o una excepción de amnistía o un auto de sobreseimiento definitivo”<sup>(379)</sup>.

De otro lado, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que la expresión “sentencia firme” en el marco del artículo 8 inciso 4 no debe interpretarse restrictivamente, es decir limitada al significado que se le atribuya en el derecho interno de los Estados, por el contrario “sentencia” debe interpretarse *como todo acto procesal de contenido típicamente jurisdiccional* y “sentencia firme” *como aquella expresión del ejercicio de la jurisdicción que adquiere las cualidades de inmutabilidad e inimpugnabilidad propias de la cosa juzgada*”.

Como puede verse, la cosa juzgada la producen los jueces con sus resoluciones firmes, pero al interior del proceso penal el *fiscal* puede dictar resoluciones o disposiciones con los mismos atributos de la *inimpugnabilidad, inmutabilidad y coercibilidad*, las cuales también producen cosa juzgada; asimismo, en la investigación previa o preliminar también el fiscal puede emitir disposiciones con los atributos anotados y por ello, también tienen los mismos efectos de la cosa juzgada<sup>(380)</sup>. En tal sentido, existen disposiciones fiscales, que sin configurar una decisión jurisdiccional, producen cosa juzgada y otras que, por no vincularse directamente a la actuación del órgano jurisdiccional (se realizan en la investigación preliminar o previa) solo producen la llamada “cosa decidida en sede fiscal” como veremos más adelante. Entre las resoluciones y disposiciones que ostentan la calidad de cosa juzgada en los términos de su contenido, debemos considera a las siguientes:

---

(379) MEDINA OTAZÚ, Augusto: *El auto de no ha lugar a instrucción en el proceso penal y su vinculación con el principio del ne bis in idem*. Instituto de Ciencia Procesal Penal.

<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/elautodenoalugarmedinaotazu.pdf> (Consulta del 15 de julio del 2015).

(380) En el mismo sentido HURTADO POMA: “¿Actos Jurisdiccionales de los Fiscales Penales? Una tentativa de enfoque”

[https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20090603\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090603_01.pdf) (Consulta del 7 de julio del 2015).

### 2.1.1. LAS SENTENCIAS FIRMES

Esto es, las sentencias ejecutoriadas o consentidas (porque no se interpuso recurso alguno, transcurrió el plazo para interponer el recurso o porque no se cumplió con fundamentarlo). Como se sabe, la sentencia es el acto jurisdiccional que cierra la instancia, decidiendo definitivamente la cuestión criminal. Más específicamente, la sentencia es la resolución judicial que, tras el juicio oral, público y contradictorio, resuelve sobre el objeto del proceso<sup>(381)</sup> y bien, absuelve a la persona acusada o declara por el contrario, la existencia de un hecho típico, antijurídico, culpable y punible, determina la responsabilidad penal del imputado e impone la sanción correspondiente<sup>(382)</sup>; asimismo, resuelve las demás pretensiones que se hubiesen ejercitado en el proceso penal (reparación civil, decomiso, medida contra la persona jurídica, medida de seguridad, nulidad de acto jurídico o gravamen, pretensión de alimentos o de filiación)<sup>(383)</sup>. En estos términos y contenido produce la cosa juzgada.

### 2.1.2. LOS AUTOS FIRMES

Como ya se indicó, los efectos de la cosa juzgada no solo provienen de la sentencias, sino también de las resoluciones denominadas “autos” que son aquellas que ponen fin al proceso, y por ello deben ser debidamente motivadas al igual que la sentencia. Al respecto, el artículo 123° del Código Procesal Penal establece que deben contener la exposición de los hechos debatidos, el análisis de la prueba actuada, la determinación de la ley aplicable y lo que se decide de

---

(381) Obviamente, en nuestro medio todavía contamos con el proceso penal sumario, el que pese al mandato constitucional del juicio público y contradictorio, todavía se dicta la sentencia en un proceso sin juicio público y contradictorio, y claro, en este proceso también se produce la cosa juzgada.

(382) SAN MARTÍN CASTRO: *Derecho Procesal Penal*. 2a. Edición, Grijley, Lima, 2003, pp. 721 y 722.

(383) Al respecto ver GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y DELGADO TOVAR, Wlather Javier: *Pretensiones que pueden ejercitarse en el proceso penal*. Jurista Editores, Lima, 2014.

modo claro y expreso<sup>(384)</sup>. Debe tratarse de autos que ponen fin a la instancia así como al proceso, como los autos que declaran fundadas las excepciones de improcedencia de la acción (naturaleza de acción conforme al antiguo código), de cosa juzgada, de amnistía o de prescripción; igualmente el auto que pone fin al proceso por declarar la minoría de edad<sup>(385)</sup>; pues, también existen los autos que ponen fin a la instancia e inclusive al proceso, pero que no producen cosa juzgada, como por ejemplo los que deciden sobre algunos remedios procesales como la cuestión previa, la cuestión prejudicial o la excepción de naturaleza de juicio; asimismo, los autos que deciden sobre las medidas cautelares. En tal sentido, entre los autos que producen cosa juzgada tenemos:

#### A) EL AUTO DE SOBRESEIMIENTO CONFORME AL CÓDIGO PROCESAL PENAL

Normalmente el sobreseimiento de la causa se realiza previo requerimiento del Fiscal, ante lo cual el Juez dicta el respectivo auto, como puede verse en los artículos 344° y siguientes, en el artículo 2°.7 Código Procesal Penal, etc.; no obstante, el juez también puede dictar el sobreseimiento de la causa de oficio o a pedido del acusado o su defensa, a pesar de que el fiscal haya formulado acusación, como puede verse en el artículo 352°.4 del Código Procesal Penal.

El efecto de cosa juzgada que tienen los actos de sobreseimiento está reconocido por la propia Constitución en su artículo 139°.13 y está desarrollado en el artículo 347°.2 del Código Procesal Penal, que establece que el auto de sobreseimiento tiene carácter definitivo y significa el archivo definitivo de la causa con relación al imputado en cuyo favor se dicte; pero lo que es más

---

(384) En el ámbito procesal civil, el artículo 121° del Código Procesal Civil, establece que mediante los autos el Juez resuelve la admisibilidad o el rechazo de la demanda o de la reconvencción, el saneamiento, interrupción, conclusión y las formas de conclusión especial del proceso; el concesorio o denegatorio de los medios impugnatorios, la admisión, improcedencia o modificación de medidas cautelares y las demás decisiones que requieran motivación para su pronunciamiento.

(385) Con este auto concluye el proceso penal, por lo que en este extremo, produce la cosa juzgada, aun cuando los hechos pueden continuar conociéndose a través de un proceso conforme al Código del Niño y del Adolescente, pero claro este no tiene la naturaleza de proceso penal.

importante, establece expresamente que esta resolución *tiene la autoridad de cosa juzgada*, obviamente una vez que quede firme, puesto que contra ella procede el recurso de apelación.

Dentro de los autos de sobreseimiento que tienen la autoridad de cosa juzgada tenemos:

*a.1) El auto de sobreseimiento de la investigación preparatoria*

Como se sabe, concluida que sea la investigación preparatoria, conforme al Código Procesal Penal, el fiscal tiene la opción de requerir al juez el sobreseimiento de la causa, cuando se presenten las circunstancias previstas en el artículo 344°.2; si el juez estuviese de acuerdo con el contenido del requerimiento, dictará el auto de sobreseimiento; igualmente, el juez puede dictar el sobreseimiento pese a la acusación fiscal, si llega a la conclusión que están presente los presupuestos para sobreseer la causa (art. 347°.2 del CPP). Esta resolución (auto) al ser definitiva, si quedara firme, tiene los efectos de la cosa juzgada en los términos de su contenido.

*a.2) El auto de sobreseimiento en aplicación del principio de oportunidad, acuerdo reparatorio o por suspensión de actividad ilícita por parte del imputado*

Tal como establece el artículo 2° en sus numerales 7 y 8, en los supuestos en que procede la aplicación del principio de oportunidad, el acuerdo reparatorio o la abstención por suspensión de actividad ilícita (en los delitos de minería ilegal), si es que ya se hubiese promovido la acción penal, esto es, ya se formuló la denuncia penal por parte del fiscal (antiguo Código de Procedimientos Penales) o ya se formalizó la investigación preparatoria (Código Procesal Penal), el juez, a solicitud del fiscal, dicta el auto de sobreseimiento. Si este auto queda firme y se cumple lo estipulado en el mismo por parte de las partes concernidas, esta resolución será definitiva, es decir, inmutable, inimpugnable y coercible, con lo cual cumple los presupuestos de la cosa juzgada con todos sus efectos. Consecuentemente, ya no se podrá iniciar otro proceso por los mismos hechos y las mismas partes y, de pretenderse tal cosa, prosperará el principio *ne bis in idem procesal* en toda su magnitud, como efecto de la cosa juzgada; y claro, si ya no se puede iniciar un debido proceso, tampoco se podrá imponer sanción penal alguna.

## B) LOS AUTOS QUE RESUELVEN LAS EXCEPCIONES

Las excepciones que ponen fin a la instancia y además al proceso, y por ello constituyen un pronunciamiento definitivo sobre el objeto o cuestión materia del proceso, son la excepción improcedencia de la acción, de amnistía, de prescripción y obviamente, la de cosa Juzgada. Al declararse fundadas dichas excepciones mediante la resolución correspondiente, estos autos producen la cosa juzgada en tanto ponen de manifiesto un impedimento procesal insuperable, tanto al momento así como también en el futuro; es esta la naturaleza de las excepciones anotadas.

Al declararse fundadas estas excepciones a través del auto correspondiente, concluye el proceso, produciéndose la cosa juzgada. En el caso de la excepción de cosa juzgada se trata de un proceso seguido sobre determinado asunto y determinadas personas y en el curso del proceso se advierte que sobre los mismos hechos ya existe una sentencia o resolución definitiva dictada en un caso anterior; ante ello, en el nuevo proceso, se hace valer la sentencia anterior y se declara fundada la excepción de cosa juzgada a pedido de parte o de oficio; en este caso, realmente, la resolución que produjo la cosa juzgada es la sentencia o auto que se dictó en el primer proceso, pues, en el segundo únicamente se constata la existencia de dicha sentencia o auto respectivo.

## C) EL AUTO DE NO HABER MÉRITO PARA PASAR A JUICIO ORAL CONFORME AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Conforme al artículo 220° a) del Código de Procedimientos Penales, cuando el fiscal es de opinión que *no hay mérito para pasar a juicio oral* y el Tribunal es del mismo parecer, procederá a dictar resolución de sobreseimiento del proceso y disponer el archivo definitivo de los actuados; una vez firme este auto causará los efectos de la cosa juzgada; pues, esta resolución tiene carácter definitivo, tal como se establece en el artículo 221° del cuerpo legal mencionado, y sobre todo, estando a lo dispuesto por el artículo 90° del Código Penal que establece: *"Nadie puede ser perseguido por segunda vez en razón a un hecho punible sobre el cual se falló definitivamente"*. En tal sentido, ya no será posible iniciar investigación o proceso penal alguno luego de que este

auto alcance firmeza, quedando inmutable, inimpugnable y coercible en los términos contenidos en el mismo.

Aun cuando algunos han discutido la naturaleza de cosa juzgada de estas resoluciones resulta pertinente resaltar el criterio esbozado por GARCÍA CAVERO en cuanto sostiene que "...el Estado tiene que asumir el riesgo de una defectuosa labor de investigación penal y no, más bien, el ciudadano. Si un ciudadano es sometido por el Estado a una investigación penal con todas las restricciones y efectos socialmente perjudiciales que conlleva sin que se le encuentre responsable por el delito, no cabe dejarlo expuesto a la indeterminación de que, en cualquier momento, podrá ser nuevamente procesado. El Estado tiene solamente una oportunidad para hacer valer su pretensión punitiva. Si bien puede que esta garantía implique que gente culpable quede libre de pena, constituye una medida necesaria para evitar la arbitrariedad y la injerencia ilimitada del Estado. Por lo tanto, el auto que declara no haber mérito para pasar a juicio oral, tiene el carácter de cosa juzgada material absoluta"<sup>(386)</sup>.

#### D) EL AUTO DE NO HA LUGAR A ABRIR INSTRUCCIÓN CONFORME AL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Tal como establece el artículo 77° del Código de Procedimientos Penales, una vez formulada la denuncia penal por parte del fiscal (o del agraviado en los delitos de ejercicio privado de la acción) el Juez procederá a abrir instrucción si considera que existen 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 concurre otra causa de extinción de la acción penal. Si no se presentaran estos presupuestos el juez dictará el *auto de no ha lugar a abrir instrucción*. Si este auto quedara firme también puede tener el efecto de la cosa juzgada.

---

(386) En el mismo sentido GARCÍA CAVERO, Percy: *El carácter de cosa juzgada de las resoluciones judiciales*.

<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/cosajuzgada.pdf> (Consulta del 7 de julio del 2015).

Decimos “puede tener” porque ello dependerá del contenido del auto, pues, si la razón para no abrir instrucción es la falta de prueba sobre los hechos o sobre la identidad del denunciado, será posible formular otra denuncia y eventualmente abrir instrucción cuando se recaben elementos probatorios sobre estos extremos que ameritan la investigación y procesamiento de los hechos. Pero si se tratase de un supuesto en el cual existen elementos de prueba suficientes para apreciar la verdadera naturaleza de los hechos, y el juez concluye que estos no revisten naturaleza penal o que la acción penal se ha extinguido por prescripción o por cualquier otra causal, y el auto queda firme, este producirá los efectos de la cosa juzgada. Esto es, ninguna autoridad podrá iniciar o llevar a cabo un nuevo proceso. En este sentido AZABACHE CARACCIOLO refiere “: “Un auto que desestima la denuncia del fiscal por falta de pruebas o por error en los hechos no provoca los efectos de la cosa juzgada y, por ende, no impide el proceso si luego se pueden completar las pruebas faltantes o corregir el error en que se apoyó el juzgador”<sup>(387)</sup>.

Pues, si bien no se trata de un auto dictado al interior de un proceso (porque este no se ha iniciado), se trata de un pronunciamiento del órgano jurisdiccional en el que se ha evaluado debidamente el hecho, habiéndose llegado a determinar que no es delito o que, siéndolo, la acción penal se ha extinguido. Es más, si el auto hubiese sido impugnado se tratará de una resolución judicial evaluada en doble instancia, cumpliéndose las exigencias del debido proceso. Inclusive puede tratarse de un hecho evaluado por la Corte Suprema, si es que se hubiesen elevado los actuados a esta instancia a través del recurso de queja excepcional. Y claro, ¿Qué elementos podrían justificar una nueva evaluación sobre lo mismo, sin afectar la seguridad jurídica? Obviamente, ninguno.

En tal sentido, podemos sostener que si bien este auto no se ha dictado en un debido proceso judicial, puesto que este no se ha iniciado, también produce cosa juzgada y resulta amparado por el principio *ne bis in idem* conforme al artículo 90° del Código Penal y una interpretación extensiva

---

(387) AZABACHE CARACCIOLO, César: Sobre los alcances del Auto que desestima la denuncia penal. *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, año 9 N° 66, marzo del 2004, p. 45.

En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 9.

del artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Penal (aplicable en virtud al principio de igualdad ante la ley; pues, si bien este auto se dicta al amparo del Código de Procedimientos Penales y no del Procesal Penal, no existe razón para dar un tratamiento diferenciado a procesos seguidos en un mismo momento). Criterio similar sostiene SAN MARTÍN CASTRO, quien señala que los actos que desestiman una denuncia por razones vinculadas a impedimentos procesales provocan los efectos de la cosa juzgada cuando declaran sobre la irrelevancia del hecho para el Derecho penal o sobre la presencia de impedimentos procesales que no son susceptibles de remoción<sup>(388)</sup>. Igual criterio expresa SÁNCHEZ VELARDE, quien refiere que también esta resolución genera los efectos de la cosa juzgada, puesto que la autoridad jurisdiccional ha emitido un juicio valorativo sobre el fondo del asunto, al precisar que el hecho no constituye delito, máxime si la misma ha sido objeto de confirmación por la instancia superior, lo que equivale el sometimiento a un nuevo juicio valorativo<sup>(389)</sup>.

No obstante, también se sostiene que este auto no puede tener el carácter de cosa juzgada en tanto no puede ser equiparado a una sentencia, no es resultado de una actividad de investigación actuada en el juicio, no ha mediado un contradictorio y finalmente, no se ha iniciado siquiera un proceso penal<sup>(390)</sup>. Sin embargo, como refiere CARO CORIA, "...tales argumentos no pueden considerarse definitivos, son susceptibles de matizaciones que conducen a aceptar que en determinados casos merecen el tratamiento de la cosa juzgada, concretamente cuando el auto de no ha lugar se funda en la

---

(388) SAN MARTÍN CASTRO, en cita de MEDINA OTAZÚ: *Ob. Cit.* Criterio al cual se adhiere este último autor.

<http://www.incipp.org.pe/media/uploads/documentos/elautodenoalugarmedinaotazu.pdf> (Consulta del 15 de julio del 2015).

No obstante, también existen posiciones en sentido contrario como la de CASTILLO ALVA, José Luis: *Constituye cosa juzgada el Auto de no ha lugar a apertura de instrucción*. Gaceta Jurídica Año 9, noviembre del 2003, pp. 132 a 139.

(389) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Manual de Derecho Procesal Penal*. Idemsa, Lima, 2004, p. 503

(390) CASTILLO ALVA: *Constituye Cosa Juzgada el Auto de No ha lugar a Apertura de Instrucción. Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, noviembre del 2003, N° 62, Lima, p. 135

falta de relevancia penal del hecho imputado<sup>(391)</sup>. En igual sentido GARCÍA CAVERO defiende los efectos de cosa juzgada del *auto de no ha lugar a abrir instrucción*, señalando, en primer lugar, que la propia Constitución Política pone de manifiesto que el carácter de cosa juzgada no se limita a la sentencia firme, sino que incluye los casos de sobreseimiento definitivo cuyos efectos son similares a los de la sentencia. En segundo lugar, que resulta infundado afirmar que no ha existido una actividad probatoria previa al auto, puesto que previamente se ha realizado una investigación preliminar que ha permitido al fiscal reunir los indicios suficientes para presumir la existencia de un hecho punible, de lo contrario no habría podido formular la denuncia; que en todo caso, la crítica a la falta de una actividad investigadora solamente podrá valer para cuestionar el carácter de cosa juzgada de los autos de *no ha lugar* que se sustentan en un déficit de prueba, pero no en los casos en que se desestima el inicio de la instrucción por no tener el hecho denunciado relevancia penal; y agrega, que si bien el régimen del contradictorio se manifiesta con mayor fuerza en el juicio oral, ello no implica desconocer su vigencia en las etapas previas al juicio, en la medida que el investigado ha tenido la oportunidad de controvertir las afirmaciones de la denuncia fiscal. Por último, señala que constituye una interpretación bastante restringida afirmar que el proceso penal solamente se inicia con el auto de apertura de instrucción, pues si esto fuese cierto no habría razón para exigir ya en la etapa de investigación prejudicial el respeto de las reglas del debido proceso y las garantías procesales<sup>(392)</sup>.

De otro lado, en cuanto a la jurisprudencia del Tribunal constitucional, esta se ha mostrado vacilante, y si bien en un primer momento ha sido categórica en afirmar que el *auto de no ha lugar a abrir instrucción*, no tiene los

---

(391) CARO CORIA, Dino Carlos: “El principio ne bis in idem en la jurisprudencia del Tribunal constitucional”. p. 25. [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_63.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_63.pdf) (Consulta del 21 de julio del 2015).

(392) GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* pp. 7 y 8.

efectos de cosa juzgada<sup>(393)</sup>, con posterioridad, ha morigerado esta posición, como puede verse en la STC N° 8453-2005-PHC/TC, en la que sostiene:

*“25. Por su parte, en la STC 2050-2002-AA/TC, este Tribunal señaló que el contenido esencial constitucionalmente protegido del ne bis in ídem debe identificarse en función de sus dos dimensiones (formal y material). En tal sentido, sostuvimos que en su formulación material, el enunciado según el cual «nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho», expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más veces) por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento.*

*En su vertiente procesal, tal principio significa que «nadie pueda ser juzgado dos veces por los mismos hechos», es decir, que un mismo hecho no pueda ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, que se inicien dos procesos con el mismo objeto. Con ello se impide, por un lado, la dualidad de procedimientos (por ejemplo, uno de orden administrativo y otro de orden penal) y, por otro, el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos (dos procesos administrativos o dos procesos penales con el mismo objeto, por ejemplo). Desde esta vertiente, dicho principio presupone la interdicción de un doble proceso penal por la misma conducta. Lo que pretende es proteger a cualquier imputado del riesgo de una nueva persecución penal, con abstracción del grado alcanzado por el procedimiento, simultánea o sucesiva por la misma realidad histórica atribuida. Lo inadmisibles, pues, tanto la repetición del proceso como una doble condena o el riesgo de afrontarla, lo cual se yergue como límite material frente a los mayores poderes de persecución que*

(393) Así, ha precisado que el principio del *non bis in ídem* “Se trata de un contenido del derecho al “debido proceso penal”, garantizado en el artículo 8.4 de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual el inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos (...) la resolución judicial que declaró “no haber lugar a la apertura de instrucción” no tiene la calidad de una sentencia, esto es, un acto jurisdiccional en virtud del cual se pone fin a la investigación judicial acerca de la imputación de la comisión de un ilícito penal al recurrente, sino la de un simple auto dictado sin mediar investigación judicial ni la realización de un contradictorio previo”. STC N° 1077-2002-HC/TC, fj. 7, Caso García Quiroga, criterio que ha mantenido en otras sentencias sucesivas.

*tiene el Estado, que al ejercer su ius puniendi debe tener una sola oportunidad de persecución”.*

Como puede verse, en esa sentencia se hace referencia a que no interesa al grado alcanzado del proceso, con lo que no se descarta que el pronunciamiento se haya producido precisamente al iniciarse el proceso. Asimismo en otras sentencias como la STC N° 4989-2006-PHC/TC, Fj. 41 y 42, del 11 de diciembre del 2006, STC N° 8123-2005-PHC/TC, Fj. 19, del 14 de noviembre del 2005, etc. el Tribunal también se ha referido al tema en cuestión matizando sus efectos de cosa juzgada. Ello ha llevado a algunos autores a sostener que: “De ahora en adelante, a las personas que la fiscalía peruana denuncie, la denuncia sea apreciada por el Juez penal como no calificable bajo reglas de derecho penal y esta decisión sea confirmada por una sala penal, no podrán ser más perseguidas por el mismo hecho y por la misma causa”<sup>(394)</sup>.

### 2.1.3. DISPOSICIONES FISCALES CON EFECTOS DE COSA JUZGADA

En general, se dice que las disposiciones de los fiscales no tienen el carácter de cosa juzgada, sino más bien producen la llamada *cosa decidida*, en la medida que solamente generan la imposibilidad legal de dar inicio al proceso penal y la imposibilidad de investigar penalmente los mismos hechos; puesto que no se trata de un pronunciamiento propiamente judicial dentro de un proceso regular. Sin embargo, considerando que ciertas decisiones fiscales realmente se dictan dentro de un proceso penal y clausuran o ponen fin a dicho proceso, y al ser definitivas impiden que pueda iniciarse un nuevo proceso o investigación contra las mismas personas por los mismos hechos, también tienen todos los atributos de la cosa juzgada y les resulta aplicable en su beneficio el principio *ne bis in idem*.

Como puede apreciarse, no se trata de disposiciones fiscales dictadas fuera del proceso penal, sin la intervención del órgano jurisdiccional, sino de decisiones o disposiciones dictadas al interior de un proceso llevado a

---

(394) LEÓN PASTOR, Ricardo, en cita de Medina Otazú, *Ob. Cit.* p. 21.

cabo con la intervención del juez y al cual ponen fin. Pues, por encontrarnos en el marco de un proceso acusatorio, corresponde al fiscal decidir sobre la acusación (si acuso o no) y es esta decisión la que pone fin al proceso con todos los efectos de la cosa juzgada. Las decisiones fiscales con efectos de cosa juzgada son:

**A) DISPOSICIÓN ABSOLVIENDO LA CONSULTA DEL JUEZ EN CASO DE DISCREPANCIA CON EL REQUERIMIENTO DE SOBRESEIMIENTO DEL FISCAL**

Tal como estipulan los numerales 1, 2 y 3 del artículo 346° del Código Procesal Penal, si luego de requerido el sobreseimiento por parte del Fiscal, el Juez no es del mismo parecer, elevará los actuados al Fiscal Superior, si este está de acuerdo con el sobreseimiento emitirá pronunciamiento en este sentido, el mismo que deberá estar debidamente fundamentado. Con esta disposición culmina el proceso en el extremo elevado (continuando en los demás extremos si los hubiera). Como puede verse, en este caso es el Fiscal Superior el que decide la suerte y realmente pone fin al proceso, y no el Juez; pues, si bien la norma estipula que el Juez, sin trámite alguno, dictará el *auto de sobreseimiento*, no se trata propiamente de un auto, sino de un decreto de mero trámite, puesto que la decisión fiscal vincula al juez; por ello, si el Juez dictara la resolución sin mayor motivación que la referencia a la decisión fiscal, ello ni significará irregularidad alguna, lo que determina la naturaleza de mero trámite de la resolución judicial. Por ejemplo, el Juez, puede decretar: “Estando a la decisión del Fiscal Superior, archívese los actuado”, sin que ello signifique una falta de motivación de la resolución judicial, con lo que queda evidenciado que se trata de un decreto de mero trámite y no de una auto, el mismo que necesariamente debe ser motivado; y como sabemos con un decreto no se pone fin al proceso, con lo que queda claro que el que realmente resuelve es el Fiscal y no el Juez.

Igual trámite se seguirá en el caso del retiro de la acusación fiscal en el transcurso del juicio oral, si el Juez no estuviera de acuerdo con dicho retiro; en cuyo caso elevado el caso en consulta el Fiscal Superior o Supremo, de ser el caso, emitirá la decisión definitiva; pues el inciso d) del artículo 387°.4 del

Código Procesal Penal prescribe que: “*La decisión del Fiscal jerárquicamente superior vincula al Fiscal inferior y al Juzgador*”.

Este mismo criterio se aplicará en el caso del literal c) del artículo 220° del Código de Procedimientos Penales para el caso de la elevación de actuados por discrepancia entre el Fiscal y el Juez respecto al sobreseimiento, el mismo que establece que con el pronunciamiento del fiscal termina la incidencia. Asimismo, si bien este mismo criterio no está previsto de modo expreso para el caso del retiro de la acusación fiscal, en la práctica se viene aplicando el mismo de modo extensivo.

#### **B) DISPOSICIÓN (OPINIÓN) SOBRE APELACIÓN DEL AUTO DE NO HA LUGAR A ABRIR INSTRUCCIÓN**

Constituye práctica cotidiana de los órganos jurisdiccionales y fiscales, que en el caso de apelación del *auto de no ha lugar a la apertura de instrucción* sea el órgano judicial superior el que resuelva lo pertinente, a pesar de que el titular de la acción penal es el Ministerio Público. Obviamente esta incongruencia es un rezago del sistema inquisitorial en que el Juez tenía todo el control del proceso penal. Inclusive no se tenía en cuenta que el Ministerio Público es un órgano autónomo y jerárquicamente organizado, tal como lo estipula el artículo 5° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, y por ello, es el superior el que corrige las disposiciones de los inferiores y es esta última decisión la que debe primar dentro del proceso penal. En efecto, si se apelaba un *auto de no ha lugar*, era la Sala Superior la que resolvía el asunto independientemente del sentido de la opinión del Fiscal Superior; sin tenerse en cuenta que si este último no estaba de acuerdo con el fiscal inferior y consideraba que no hay mérito para mantener la denuncia fiscal, con ello quedaba sin efecto el contenido de la denuncia del Fiscal Provincial, y por tanto, el órgano jurisdiccional no podía abrir instrucción, porque ello significaba abrir instrucción de oficio, lo cual no está permitido por la ley.

Esta situación ha sido corregida recientemente por el Tribunal Constitucional en la STC N° 02920-2012-PHC/TC, caso Castañeda Lossio, del 23 de agosto del 2013, criterio que ha sido admitido y asumido

por la Corte Suprema en múltiples pronunciamientos. En efecto, al TC ha estipulado:

*“14. El Poder Judicial ha optado por considerar válido el dictamen del fiscal provincial y ha ordenado al juez de la causa que abra instrucción al recurrente; sin embargo, no ha considerado que este dictamen quedó sin efecto por el propio mérito del dictamen emitido por el superior, quien además es superior jerárquico del fiscal provincial. Y es que siendo el Ministerio Público el titular de la acción penal, corresponde a sus órganos emitir pronunciamiento sobre el particular, en el momento y oportunidad que corresponda, pero en modo alguno puede el Poder Judicial escoger cuál dictamen queda subsistente y en consecuencia, cuál de ellos le sirve de sustento para emitir la resolución que considera pertinente. De modo que el dictamen del fiscal superior, prima sobre el dictamen del fiscal provincial, el cual queda sin efecto, y en consecuencia, no puede generar consecuencias procesales de ninguna naturaleza.*

*15. En ese sentido, aunque inicialmente se presentó una denuncia fiscal de manera oportuna, ésta no puede surtir los efectos esperados (que se abra instrucción), dado que aunque el dictamen fiscal superior no vincula a los jueces del Poder Judicial, si obliga a los fiscales inferiores, quienes deben adecuar su comportamiento funcional al contenido de los dictámenes de sus superiores jerárquicos. Por ello, aquella denuncia quedó sin efecto desde el momento en que el fiscal superior dictaminó en contrario, por lo que el Poder Judicial no puede pretender abrir instrucción, pues carece de la opinión expresa del órgano competente para tal efecto y a través del funcionario competente para ello; en el caso de autos, el fiscal superior”.*

Como puede apreciarse con toda claridad, aunque primigeniamente el Fiscal Provincial formule denuncia penal, en caso de dictarse acto de no haber lugar a abrir instrucción y este auto sea apelado, es el Fiscal Superior el que decide si se abre o no instrucción; y con esta decisión queda resuelto el incidente de modo definitivo, sin que pueda ejercitarse otra acción penal contra las mismas personas por los mismos hechos, esto es, tiene los efectos de la cosa juzgada; obviamente, si es que la decisión denegatoria de instrucción se fundamenta en que el hecho no tiene relevancia penal o la acción penal se ha extinguido. Si se tratara de la insuficiencia de elementos probatorios sobre los

hechos o sobre la identidad del imputado, será posible iniciar una instrucción penal si es que se subsanara tal insuficiencia.

### C) DISPOSICIÓN (OPINIÓN) EN CASO APELACIÓN DEL AUTO DE SOBRESEIMIENTO

Al igual que en el supuesto anterior, en el caso de apelación del *auto de sobreseimiento*, la Sala Superior ha venido resolviendo independientemente de la opinión del Fiscal Superior, lo cual resulta contrario a los postulados del modelo acusatorio que es el que rige en nuestro ordenamiento jurídico. Pues, se llegaba al extremo en que el Fiscal Provincial (proceso sumario) o el Fiscal Superior (proceso ordinario) no acusaban y el Juez de Primera Instancia o la Sala Superior estaban conformes con el sobreseimiento, a la vez que el superior jerárquico fiscal que conocía en apelación estaba de acuerdo con ello, sin embargo, la Sala Penal que conocía en apelación podía dejar sin efecto el sobreseimiento, normalmente disponiendo la ampliación del plazo de instrucción para que se actúen nuevas pruebas a fin de sustentar una acusación llegado que sea el momento. Inclusive existían algunos jueces superiores, anquilosados dentro del modelo inquisitivo, que desconociendo el modelo acusatorio y la autonomía del Ministerio Público, disponían que se cambie al fiscal y pretendían obligar al nuevo fiscal para que formule la acusación correspondiente<sup>(395)</sup>.

Este problema se podía presentar (y aún se presenta en casos de Jueces desinformados) tanto en el caso en que el Fiscal Provincial o el Superior en su caso, solicitaban el sobreseimiento de la causa (no haber mérito para formular

---

(395) Obviamente, para tener una idea cabal al respecto debe quedar clara la autonomía del Ministerio Público y su papel en el modelo acusatorio, conforme a su Ley Orgánica y al propio criterio establecido por el Tribunal Constitucional que estipula: "4.3. (...) las atribuciones del Ministerio Público no podrán ser ejercidas por ningún otro órgano, toda vez que no existe norma constitucional que habilite un supuesto de excepción. *"La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: a) que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad"*. STC N° 2005-2006-PHCITC del 13 de marzo del dos mil seis.

acusación penal o para pasar a juicio oral) y el Juez dicta el sobreseimiento, o también en el caso en que el Fiscal formula acusación y pese a ello el Juez sobresee la causa.

Esta situación irregular ha quedado esclarecida con múltiples pronunciamientos de las Salas Penales de la Corte Suprema, pero ha quedado consolidado con diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, especialmente la STC N° 2005-2006-PHC/TC, del 13 de marzo del 2006, Caso Umbert Sandoval y se ha reiterado en la STC N° 02920-2012-PHC/TC, caso Castañeda Lossio. En la primera de estas resoluciones el TC señala lo siguiente:

*“5. La parte demandante alega que el concesorio de la apelación interpuesta contra la resolución que dispone el sobreseimiento vulnera el principio acusatorio. La constitucionalidad de tal principio, que informa el enjuiciamiento en el proceso penal, ha sido reconocida por este Tribunal [Exp. 1939-2004-HC, Gómez Casafranca, Exp. 3390-2005-HC, Margarita Toledo]. La vigencia del principio acusatorio imprime al sistema de enjuiciamiento determinadas características: “a) Que no puede existir juicio sin acusación, debiendo ser formulada ésta por persona ajena al órgano jurisdiccional sentenciador, de manera que si ni el fiscal ni ninguna de las otras partes posibles formulan acusación contra el imputado, el proceso debe ser sobreseído necesariamente; b) Que no puede condenarse por hechos distintos de los acusados ni a persona distinta de la acusada; c) Que no pueden atribuirse al juzgador poderes de dirección material del proceso que cuestionen su imparcialidad” [Gómez Colomer: El Proceso Penal en el estado de Derecho. Diez estudios doctrinales. Lima, Palestra, 1999].*

*6. La primera de las características del principio acusatorio mencionadas guarda directa relación con la atribución del Ministerio Público, reconocida en el artículo 159° de la Constitución, entre otras, de ejercitar la acción penal. Siendo exclusiva la potestad del Ministerio Público de incoar la acción penal y de acusar, a falta de ésta, el proceso debe llegar a su fin. De modo análogo, aunque no se trata de un supuesto de decisión de no haber mérito para acusar sino de no haber mérito a denunciar, puede citarse lo señalado en la sentencia recaída en el expediente de inconstitucionalidad 0023-2003-AI/TC, en la que este Tribunal declaró inconstitucional la disposición del entonces vigente Código de Justicia Militar, que admitía la posibilidad de que si los fiscales no ejercen la acción penal, el Juez instructor podría abrir proceso.*

7. De acuerdo a la ya reseñada característica del principio acusatorio, la falta de acusación impide cualquier emisión de sentencia condenatoria, máxime si el fiscal tuvo la opción, en vez de acusar, de solicitar la ampliación de la instrucción. En caso el fiscal decida no acusar, y dicha resolución sea ratificada por el fiscal supremo (en el caso del proceso ordinario) o por el fiscal superior (para el caso del proceso sumario), al haber el titular de la acción penal desistido de formular acusación, el proceso penal debe llegar a su fin.

Este mismo criterio es sostenido en la doctrina nacional, en efecto, SÁNCHEZ VELARDE sostiene: “Si el Fiscal Supremo coincide con la opinión del Fiscal Superior respecto del no ha lugar a juicio y archiva el proceso, se pronunciará en ese sentido, devolviendo la causa a la Sala Penal para que dicte la resolución de archivo. Contra esta resolución no cabe recurso alguno, pues la decisión del Ministerio Público, titular de la acción penal, ha sido la de terminar con la persecución del delito, consecuentemente, no cabe disposición expresa en sentido contrario por otra autoridad”<sup>(396)</sup>. Asimismo, SAN MARTÍN CASTRO refiere: “En atención a que el control de la legalidad sobre el dictamen fiscal tiene su límite en el principio acusatorio (...) únicamente es posible revocar el auto de sobreseimiento y disponer que el fiscal formule acusación, si es que el fiscal que interviene en la absolución del grado discrepa del dictamen en referencia; de no hacerlo, se debe sobreseer la causa sin más, dada la base persecutoria constitucionalmente impuesta al proceso penal”<sup>(397)</sup>.

Consecuentemente, en este caso es el Fiscal que conoce en segunda instancia el que realmente decide sobre el fin del proceso, no pudiendo contradecir esta situación el juez que conoce en segunda instancia, y menos el inferior jerárquico. Y claro, esta resolución produce la cosa juzgada en los términos de su contenido.

---

(396) SÁNCHEZ VELARDE, Pablo. *Manual de Derecho Procesal Penal*, Lima, Idemsa, 2004, pp. 550.

(397) SAN MARTÍN CASTRO, César. *Derecho Procesal Penal*. 2ª Edición. Lima, Grijley, 2003, Tomo I, p. 620.

## V. LA COSA DECIDIDA

*La cosa decidida* es una institución jurídica o concepto propio del Derecho administrativo en virtud a la cual, contra el *acto administrativo firme* no procede recurso alguno, ni en la propia vía administrativa ni en sede jurisdiccional. En este caso, la cosa decidida será favorecida con el principio general *ne bis in idem*; por lo que se la puede equiparar a la cosa juzgada.

Nótese que se trata de una decisión que ya no puede ser discutida en la vía judicial a través de la acción contencioso-administrativa, pues, estamos ante una resolución definitiva, inmodificable e inimpugnable que vincula al administrado y a la administración. Si se tratara de una decisión que pudiese ser cuestionada en la vía judicial no se trataría propiamente de “cosa decidida”, simplemente estaríamos ante la preclusión de una fase del proceso o procedimiento. Pues como se sabe, la cosa decidida tiene los mismos efectos que la cosa juzgada, tal como lo establece el Tribunal Constitucional en cuanto señala: “...este Colegiado podrá asumir que dicho pronunciamiento tiene la condición de cosa decidida (con los efectos de cosa juzgada)”<sup>(398)</sup>. En tal sentido deben descartarse los criterios que asumen que solo se trata de una acción que causa estado o pone fin al procedimiento administrativo pero que se puede ejercitar, en su contra, la acción contencioso administrativo<sup>(399)</sup>.

---

(398) STC N° 01887-2010-PHC/TC, Caso Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, del 24 de setiembre del 2010, Fj. 20.

(399) Al respecto existen diversos trabajos que manejan criterio contrario, sobre todo, trabajos existentes en internet, de los mismos que tomamos distancia. Entre ellos: DONAYRE ISHII, Luis Óscar: *La cosa decidida en el Derecho Administrativo Peruano*. <http://www.monografias.com/trabajos78/cosa-decidida-derecho-administrativo-peru/cosa-decidida-derecho-administrativo-peru.shtml> (Consulta del 12 de agosto del 2015).

El *fundamento* de la cosa decidida, al igual que en la cosa juzgada, es la seguridad jurídica, en tanto se busca garantizar a los ciudadanos la seguridad de que no sufrirán una nueva injerencia estatal por el mismo hecho que ya fue materia de pronunciamiento de la administración pública, esto es, se protege al ciudadano frente a la arbitrariedad o ligereza estatal en el ejercicio de su potestad sancionatoria<sup>(400)</sup>; asimismo, busca consolidar la inamovilidad o efecto vinculante de las decisiones de la administración pública. En tal sentido, la *cosa decidida* forma parte del debido proceso administrativo.

En efecto, el Tribunal Constitucional en la STC N° 0413-2000-AA/TC, del 23 de julio del 2002, Fj. 3, ha reconocido al principio de *cosa decidida* como parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, añadiendo que frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente.

Igualmente, la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema en la Casación N° 652-2012-Lima, del 3 de junio del 2014, en su fundamento Décimo Tercero, asumiendo el criterio del Tribunal Constitucional, sostiene categóricamente en un caso concreto, pero asumible para todos los casos: «...la Resolución Ministerial (...) tiene la naturaleza de cosa decidida que la hace plausible de seguridad jurídica. (...). Por lo tanto, el acto administrativo ha adquirido firmeza, por cuanto ya no puede ser cuestionado en el

---

En el mismo sentido, CHÁVEZ TORRES, Wilbert Alberto: *El archivo fiscal y su aplicación en el nuevo Código Procesal Penal*. <http://www.monografias.com/trabajos82/archivo-fiscal-nuevo-codigo-procesal-penal/archivo-fiscal-nuevo-codigo-procesal-penal2.shtml> (Consulta del 13 de agosto del 2015).

(400) En efecto, el TC en la STC N° 02493 2012-PA/TC-La Libertad; caso Jorge Adalberto Vásquez Paulo ha establecido que “Una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado Constitucional y Democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado Constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares”.

*procedimiento contencioso administrativo u otro análogo, advirtiéndose que hacerlo implicaría una transgresión al Principio de Seguridad Jurídica, principio que se erige como una garantía para los administrados y/o justiciables, el cual abarca entre otros aspectos la certeza que estos tengan que su situación jurídica no sea modificada por procedimientos o conductos legales establecidos», (Criterio que también ha sido adoptado por esta Sala de la Corte Suprema en la Casación N° 03072-2010-Lima de fecha 14 de mayo de 2013).*

La *cosa decidida*, al igual que la cosa juzgada, debe reunir determinados *requisitos o presupuestos* para su validez y eficacia. En primer lugar, los hechos deben ser los mismos contenidos en el acto o resolución administrativa (identidad objetiva), igualmente, los sujetos deben ser los mismos (identidad subjetiva) con independencia de si el procedimiento se inició de oficio o a instancia de parte.

Pero claro, apréciase que estamos hablando de la cosa decidida generada por el *acto administrativo firme*, es decir, aquel que ya no puede ser impugnado por las vías ordinarias del recurso administrativo o contencioso administrativo al haberse extinguido los plazos establecidos para ejercer el derecho de contradicción. Vencidos estos plazos, sin haberse presentado recursos o habiéndolos presentado en forma incorrecta sin subsanarlos, el administrado queda sujeto a estos actos, sin poder alegar petitorios, reclamaciones o instrumentos procesales análogos<sup>(401)</sup>. Pues, se han agotado todos los mecanismos de reacción procedentes contra el acto; y por tanto, el acto ha adquirido firmeza<sup>(402)</sup>. El *acto administrativo firme* se distingue del acto no firme en tanto este último, si bien resuelve el fondo del asunto, aún puede ser cuestionado en cualquiera de las dos vías (o incluso en ambas, secuencialmente).

Debe tenerse en cuenta sin embargo, que en los casos de actos administrativos en general "...la firmeza es un carácter del acto frente a los administrados que están sujetos a él, pero no para la administración que siempre

---

(401) Resolución N° 1032-2005/TDC-INDECOPI, Exp. N° 000533-2005/TDC, del 19 de septiembre de 2005.

(402) POZAS, Mario. A.: *Actos definitivos y firmes. Actos originarios y confirmatorios*. <https://www.blogger.com/profile/13019004592850155141> (Consulta del 31 de julio del 2015).

mantiene la posibilidad de revisarlo vía anulación de oficio, revocación o corrección de errores materiales<sup>(403)</sup>. La firmeza de los actos administrativos es una característica propia de los actos administrativos expresos, por lo que el acto o presunción de acto denegatorio nunca puede considerarse como firme. El no ejercicio del recurso inmediato siguiente contra el silencio administrativo no implica que el acto tácito pueda alcanzar firmeza, pues (...), el administrado tendrá siempre la oportunidad para presentarlo en cualquier momento, sin que pueda oponérsele una inexistente firmeza. (...). La firmeza del acto no es *erga omnes*, sino en función del administrado que deja transcurrir los plazos<sup>(404)</sup>.

No obstante, el criterio anterior es aplicable para los actos administrativos referidos a procedimientos administrativos sobre reclamaciones, intereses, obligaciones o derechos de los administrados, sin embargo, en los casos de *procesos administrativos sancionatorios o disciplinarios*, la administración pública no cuenta con la potestad nulificante o de revisión de los actos administrativos firmes, por cuanto estos procesos, tal como lo establece el artículo 230 de la Ley N° 27444, se rigen adicionalmente por los principios de *legalidad, tipicidad, irretroactividad, non bis in idem*, entre otros; principios que, conforme a la jurisprudencia vinculante del TC, se aplican de igual modo en las sedes penal y administrativa, puesto que ambas son los brazos del control Sancionador

---

(403) En efecto, el artículo 202° de la Ley N° 27444 establece: “202.1 En cualquiera de los casos enumerados en el Artículo 10, puede declararse de oficio la nulidad de los actos administrativos, aun cuando hayan quedado firmes, siempre que agraven el interés público. (...).

202.3 La facultad para declarar la nulidad de oficio de los actos administrativos prescribe al año, contado a partir de la fecha en que hayan quedado consentidos.

202.4 En caso de que haya prescrito el plazo previsto en el numeral anterior, sólo procede demandar la nulidad ante el Poder Judicial vía el proceso contencioso administrativo, siempre que la demanda se interponga dentro de los dos (2) años siguientes a contar desde la fecha en que prescribió la facultad para declarar la nulidad en sede administrativa.

(Nota agregada).

(404) MORÓN URBINA, Juan Carlos: *Los actos administrativos en la Ley del Procedimiento Administrativo General*. <http://blog.pucp.edu.pe/blog/derysoc/2008/06/05/los-actos-administrativos-en-la-ley-del-procedimiento-administrativo-general/> (Consulta del 25 de julio del 2015).

del Estado<sup>(405)</sup>. En tal sentido, en estos procesos la decisión de la administración pública queda firme con todos sus efectos, sin que pueda ser modificada, anulada, corregida o revocada por la administración, causando la *cosa decidida* en los términos de su contenido.

De otro lado, el *acto administrativo firme* se diferencia del *acto administrativo definitivo*, en tanto este último es aquel que decide una cuestión de fondo respecto de la cual *causa estado*<sup>(406)</sup>, es decir, agota la vía administrativa, pero es susceptible de impugnación ante la vía contencioso administrativa (ante el Poder Judicial) conforme lo estipula el artículo 148° de la Constitución Política<sup>(407)</sup>; mientras que el *acto administrativo firme* ya no puede impugnarse ante ninguna vía (administrativa o contencioso administrativa)<sup>(408)</sup>. No obstante, el *acto definitivo* puede convertirse en *firme* si es que transcurre el plazo legal sin que se interponga la acción contencioso-administrativa o esta es denegada.

---

(405) Al respecto ver las diversas STC como las N° 0010-2002-AI/TC, N° 2050-2002-AA/TC y N° 2192-2004-AA/TC, N° 0010-2002-AI/TC (Marcelino Tineo), N° 2289-2005-PHC/TC (Villanueva Ruesta), N° 1568-2007-PHC/TC (Boloña Berhr), N° 2758-2004-HC/TC (Bedoya de V.), N° 08264-2006-HC/TC (Isidro Murga.), N° 03701-2007-HC/TC (Máximo Severiano García Javier), entre otras; así como las sentencias relativas al principio *ne bis in idem*, etc.

En estas sentencias particularmente se desarrolla para ambos ámbitos sancionadores, el Principio de culpabilidad, de Legalidad, dentro del cual asimila al Principio de tipicidad, taxatividad o de *lex certa*.

(406) El concepto de “causar estado” proviene de la experiencia española. Causar estado, implica, el agotamiento de los recursos que franqueaba la “vía gubernativa”, antes de acceder a la jurisdicción de los órganos propios de la “administración contenciosa”. No toda actuación administrativa debe “causar estado”, para poder ser impugnada jurisdiccionalmente, este requisito es aplicable únicamente para la impugnación jurisdiccional de actos administrativos. Acto que causa estado, es aquél que agota o pone fin a la vía administrativa porque fija de manera definitiva la voluntad de la Administración, constituye la manifestación final de la acción administrativa respecto de la cual no es posible la interposición de otro recurso administrativo.

(407) Artículo 148° de la Constitución Política: “Las resoluciones administrativas que causan estado son susceptibles de impugnación mediante la acción contencioso-administrativa”.

(408) El artículo 218 de la Ley N° 27444, sobre el agotamiento de la vía administrativa, establece: “218.1 Los actos administrativos que agotan la vía administrativa podrán ser impugnados ante el Poder Judicial mediante el proceso contencioso-administrativo a que se refiere el Artículo 148 de la Constitución Política del Estado.

Obviamente, los *actos administrativos definitivos o que causan estado*, a diferencia de los *firmes* no producen la *cosa decidida*, puesto que aún pueden impugnarse en sede judicial, para lo cual se requiere agotar la vía administrativa<sup>(409)</sup>.

Para finalizar este punto es necesario dejar en claro que hay confusiones en el manejo de los términos cosa decidida, acto administrativo firme, acto definitivo o acto administrativo definitivo, sin embargo, por nuestra parte nos atenemos a los criterios esbozados en el presente.<sup>(410)</sup>

---

218.2 Son actos que agotan la vía administrativa:

- a) El acto respecto del cual no proceda legalmente impugnación ante una autoridad u órgano jerárquicamente superior en la vía administrativa o cuando se produzca silencio administrativo negativo, salvo que el interesado opte por interponer recurso de reconsideración, en cuyo caso la resolución que se expida o el silencio administrativo producido con motivo de dicho recurso impugnativo agota la vía administrativa; o
- b) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de apelación en aquellos casos en que se impugne el acto de una autoridad u órgano sometido a subordinación jerárquica; o
- c) El acto expedido o el silencio administrativo producido con motivo de la interposición de un recurso de revisión, únicamente en los casos a que se refiere el Artículo 210 de la presente Ley; o
- d) El acto que declara de oficio la nulidad o revoca otros actos administrativos en los casos a que se refieren los Artículos 202 y 203 de esta Ley; o
- e) Los actos administrativos de los Tribunales o Consejos Administrativos regidos por leyes especiales”.

(409) Artículo 18° de la Ley N° 27584, Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo, que señala: “*Es requisito para la procedencia de la demanda el agotamiento de la vía administrativa conforme a las reglas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo General o por normas especiales*”.

(410) Inclusive se habla de “cosa juzgada administrativa”, término que obviamente no resulta pertinente.

## VI. LA COSA DECIDIDA EN SEDE FISCAL

En nuestro medio se viene equiparando la “*cosa decidida*”, propia del Derecho administrativo, con la *decisión tomada en sede fiscal* cuando dispone el *archivo definitivo* de la investigación preliminar llevada a cabo por el Fiscal Provincial, Superior o Supremo en una investigación preliminar seguida conforme al Código Procesal Penal o el Código de Procedimientos Penales. Esto es, se viene asumiendo que dicha *disposición fiscal de archivo definitivo* genera cosa decidida al igual que el acto administrativo firme dictado por la autoridad administrativa. En efecto, el Tribunal Constitucional refiere que: “Si bien las resoluciones de archivo del Ministerio Público no están revestidas de la calidad de la cosa juzgada, sin embargo, tienen la naturaleza de *cosa decidida* que las hace plausibles de seguridad jurídica”<sup>(411)</sup>. Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal en múltiples disposiciones, con lo que se ha establecido una línea jurisprudencial de contenido vinculante conforme al artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Esta identificación de cosa decidida en sede administrativa y fiscal es asumida en la doctrina nacional, como puede verse en HURTADO POMA, LOZA ÁVALOS, entre otros<sup>(412)</sup>. Obviamente esto se debe a que, por un lado se considera a las decisiones jurisdiccionales que causan la cosa juzgada y por el otro a las decisiones de todas las demás autoridades que no son jurisdiccionales

---

(411) STC N° 02725-2008-PHC/TC, Fj. 16, Caso Chauca Temoche del 22 de setiembre del 2008.

(412) HURTADO POMA, Juan: *El ne bis in idem en la investigación fiscal*. portal.mpfj.gob.pe/ncpp/files/9cf142\_articulo%20dr.%20hurtado4.doc (Consulta del 12 de agosto del 2015).

LOZA ÁVALOS, Giuliana: *La cosa decidida en la decisión fiscal de archivo*. p. 4. file:///D:/Users/fn/Downloads/GLA%20Cosa%20decidida%20ELA-marzo%20de%202014%20(1).pdf (Consulta del 7 de agosto del 2015).

como las del Gobierno Central, regional o local y las autoridades de los demás organismos autónomos del Estado.

Aun cuando se puede discutir sobre la denominación de la decisión del Fiscal como “cosa decidida”, tal como, en efecto, lo hace HURTADO POMA (quien inclusive habla de “actos fiscales jurisdiccionales”<sup>(413)</sup>), estando a que tiene los mismos efectos que esta, no encontramos inconveniente para considerarla y denominarla “cosa decidida”. Únicamente se debe hacer referencia a la autoridad y sede específica en la que se toma la decisión. En tal sentido, debemos referirnos a “cosa decidida en sede fiscal”<sup>(414)</sup>.

No obstante, existen criterios desorientados como los contenidos en la Sentencia dictada en el Exp. 01936-2015-HC/PJ, Fj. 2, del 14 de agosto del 2015, caso Nadine Heredia Alarcón, en el que se pretende desconocer el contenido y la propia existencia de la cosa decidida, al señalar “... lo que se denomina, por un sector de la doctrina, en cierto modo avaladas por sentencias del Tribunal Constitucional, como “la cosa decidida fiscal” (...) tal instituto no está reconocido legalmente, y si el Tribunal Constitucional le da cabida: debilita el endeble instituto cuando establece que puede reactivarse la indagación fiscal archivada (...), podríamos concluir que el tal pretendido instituto (cosa decidida fiscal), resulta precario, pues solo en materia judicial se puede hablar de casos cerrados”.

En realidad, el Colegiado emisor de la sentencia judicial precitada, hace gala de una ignorancia total en materia constitucional, a la vez que infringe flagrantemente el artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, que establece con meridiana claridad que al establecer el Tribunal Constitucional una línea jurisprudencial sobre determinada materia, la misma tiene contenido vinculante para todos los poderes públicos o privados y por tanto los jueces están obligados a aplicar el criterio jurisprudencial; no quedando a su libre albedrío el asumir o no lo estipulado por el Tribunal Constitucional. En efecto, establece dicho artículo: “Los jueces interpretan y

---

(413) HURTADO POMA: “¿Actos Jurisdiccionales de los Fiscales Penales? Una tentativa de enfoque”. [https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20090603\\_01.pdf](https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090603_01.pdf) (Consulta del 7 de julio del 2015).

(414) *Ibidem*

aplican las leyes o toda norma con rango de ley o los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional". En el presente caso, realizando una interpretación integral de la Constitución y demás preceptos de desarrollo constitucional y a fin de proscribir la arbitrariedad necesaria en el Estado Constitucional de Derecho, el Tribunal Constitucional a través de múltiples sentencia y consolidada doctrina, da cabida a la *cosa decidida* (administrativa y en sede fiscal), con lo cual esta pasa a formar parte de nuestro ordenamiento jurídico a través de la jurisprudencia vinculante, y por tanto, cualquier operador no puede desconocer dicha institución, y mucho menos sin dar razón alguna<sup>(415)</sup>.

La *cosa decidida en sede fiscal* específicamente se presenta cuando el fiscal resuelve *no formular denuncia penal o no formalizar la investigación preparatoria* (conforme al Código de Procedimientos Penales o el Código Procesal Penal respectivamente) y se dispone el archivo definitivo de los actuados, o también cuando se dispone la *abstención del ejercicio de la acción penal* en aplicación del principio de oportunidad, el acuerdo reparatorio o la suspensión de actividad ilícita por parte del imputado en los delitos contra el medio ambiente, conforme al artículo 2° del CPP; todo ello, desde luego, dentro de una investigación fiscal preliminar.

---

(415) Debe precisarse sin embargo, que la cosa decidida en sede fiscal, tal como lo señala el Tribunal, y debe quedar diseñada doctrinalmente, solo se produce cuando existe una decisión definitiva del archivo de la investigación, pero porque los hechos materia de investigación no *revisten relevancia penal*, esto es, no configuran delito, no son justiciables penalmente o porque la acción penal se ha extinguido. En los demás casos de archivo no opera la cosa decidida en sede fiscal. Entonces las llamadas "excepciones" en las que se permite reiniciar una investigación archivada (por insuficiencia probatoria o por comprobada deficiencia de la investigación) no son propiamente excepciones dentro de la cosa decidida en sede fiscal, sino casos que no generan cosa decidida, y por tanto están fuera de la cosa decidida. Por lo que no se puede sostener, como lo hace el Colegiado Superior en la sentencia en cuestión, que con la autorización para el reinicio de la investigación en los casos indicados se "*debilita el instituto de la cosa decidida en sede fiscal*", puesto que estos casos no estamos hablando de cosa decidida. En este ámbito consideramos que efectivamente, el Tribunal Constitucional debe reformular su criterio y dejar de hablar de excepciones de aplicación de la cosa decidida, ya que como se señala, *no estamos propiamente en situaciones de excepción*.

Como toda cosa decidida, la dictada en sede fiscal, se caracteriza por su inimpugnabilidad y su inamovilidad; pero a diferencia de la cosa juzgada, en estos casos no podemos hablar de coercibilidad, puesto que el fiscal, en estos supuestos, no tiene facultades para disponer el cumplimiento de determinada prestación o la realización de un acto concreto determinado; simplemente se limita a disponer que no continúa la investigación, ordenando el archivo de los actuados. Esto es, no va a desarrollar actividad ejecutiva alguna, más bien con el archivo del caso deja de realizar toda actividad investigativa o de promoción de la acción penal.

La cosa decidida, en este caso en sede fiscal, tal como lo señala el Tribunal Constitucional (STC N° 0413-2000-AA/TC. Fj. 3, Caso: Ingrid del Rosario Peña Alvarado), forma parte del derecho fundamental al debido proceso en sede administrativa, por lo que, frente a su transgresión o amenaza, necesariamente se impone el otorgamiento de la tutela constitucional correspondiente. Es necesario acotar que, el fiscal no es una simple autoridad administrativa, pues su actividad se orienta a la legalidad y no a los intereses administrativos o de los administrados. Asimismo, añade el Tribunal que, esta afirmación tiene sustento en la posición constitucional del Ministerio Público, que lo encumbra como el único órgano persecutor autorizado a promover el ejercicio público de la acción penal, es decir, ostenta el monopolio acusatorio que le asigna el artículo 159° de la Constitución Política, en otras palabras, es el Fiscal quien decide qué persona debe ser llevada ante los tribunales por la presunta comisión de un delito.

En tal sentido, reiteramos que si bien esta decisión del fiscal no puede causar cosa juzgada, en realidad, al tratarse de un pronunciamiento definitivo sobre la irrelevancia penal del hecho, el ejercicio de la acción penal por los mismos hechos ya no es posible por ningún fiscal, es por ello que se habla de cosa decidida o de una decisión definitiva.

El *fundamento* de la cosa decidida en sede fiscal, naturalmente, es la seguridad jurídica, que tiene sustento en la propia concepción y organización del Estado Constitucional de Derecho, que proscribe la arbitrariedad del Estado

en toda injerencia en los derechos fundamentales de los ciudadanos, en este caso la posibilidad de una doble investigación contra las mismas personas, por los mismos hechos y el mismo fundamento. Al respecto el Tribunal Constitucional señala que “...el principio de seguridad jurídica es la garantía constitucional del investigado que no puede ser sometido a un doble riesgo real de ser denunciado y sometido a investigaciones por hechos o situaciones que en su oportunidad han sido resueltos y absueltos por la autoridad pública. Por ello, al ser el Ministerio Público un órgano constitucional constituido y por ende sometido a la Constitución, su actividad no puede ser ejercida, irrazonablemente, con desconocimiento de los principios y valores constitucionales, ni tampoco al margen del respeto de los derechos fundamentales, como el principio y el derecho del ne bis in idem o la no persecución múltiple<sup>(416)</sup>. Asimismo ha señalado que la cosa decidida en sede fiscal “... tiene su fundamento, por otro lado, en el Principio de interdicción de la arbitrariedad, el cual es un principio y una garantía frente a la facultad discrecional que la Constitución ha reconocido al Ministerio Público. De ahí que se haya señalado en sentencia anterior (Cf. Exp. N.º 06167-2005-PHC/TC. FJ. 30. Caso: Fernando Cantuarias Salaverry) que “el grado de discrecionalidad atribuido al fiscal para que realice la investigación sobre la base de la cual determinará si existen elementos suficientes que justifiquen su denuncia ante el juez penal, se encuentra sometida a principios constitucionales que proscriben: a) actividades caprichosas, vagas e infundadas desde una perspectiva jurídica; b) decisiones despóticas, tiránicas y carentes de toda fuente de legitimidad; y c) lo que es contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica<sup>(417)</sup>”.

Debe precisarse que las decisiones fiscales en este caso, constituyen decisiones discrecionales que implican una valoración de hechos e interpretación de disposiciones en mérito de lo cual el Fiscal decide si técnicamente está o no en condiciones de ejercer la acción penal. Pero estas no se legitiman, desde la perspectiva constitucional, en sí mismas, sino a partir del

---

(416) STC N.º 01887-2010-PHC/TC, Caso Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, del 24 de setiembre del 2010, Fj. 19.

(417) STC N.º 02725-2008-PHC/TC, Caso Chauca Temoche, Fj. 6, del 22 de setiembre del 2008).

*Tomás Aladino Gálvez Villegas* \_\_\_\_\_

respeto pleno del conjunto de valores, principios constitucionales y de los derechos fundamentales de la persona, de conformidad con el artículo 1º de la Constitución<sup>(418)</sup>.

---

(418) STC N° 1762-2007-HC/TC. Fj. 11. Caso: Alejandro Toledo Manrique.

## 1. CASOS EN QUE PROCEDE LA COSA DECIDIDA EN SEDE FISCAL Y SU RELACIÓN CON LA DISPOSICIÓN DE ARCHIVO DE LOS ACTUADOS

Como se ha señalado, existen casos en que dentro de un proceso penal, con la intervención del Juez, el Fiscal expide la disposición o pronunciamiento de pone fin al proceso, estos son los supuestos de la *disposición del Fiscal Superior o Supremo absolviendo la consulta del Juez en caso de discrepancia con el requerimiento de sobreseimiento del fiscal, la disposición (pronunciamiento) sobre apelación del auto de no ha lugar apertura de instrucción y la disposición (pronunciamiento) en caso apelación del auto de sobreseimiento*, a los mismos que ya nos hemos referido en líneas anteriores. Estos supuestos, generan cosa juzgada, puesto que se dictan en un proceso penal o con la intervención de la autoridad jurisdiccional. En este sentido, también resulta equivocado el criterio esgrimido por el Colegiado, en el habeas corpus a favor de Nadine Heredia, en cuanto señala que “solo en materia judicial se puede hablar de casos cerrados”.

Pero existen otras disposiciones fiscales que se dictan fuera del proceso penal, sin participación de autoridad jurisdiccional alguna, y que deciden de modo definitivo sobre la suerte de la investigación o la no continuación de la promoción de la acción penal; estos son los casos de la *disposición de archivo de los actuados en la investigación*, decidiendo no formular denuncia penal o no formalizar y continuar la investigación preparatoria; asimismo, el caso de *abstención del ejercicio de la acción penal*, conforme al artículo 2° del Código Procesal Penal, esto es, en los casos de aplicación del principio de oportunidad, de acuerdo reparatorio o de la suspensión de actividades ilícitas voluntariamente por el propio imputado en los delitos contra el medio ambiente. Estas últimas disposiciones fiscales generan la llamada *cosa decidida en sede fiscal*.

## 1.1. DISPOSICIÓN DE ARCHIVO DE LOS ACTUADOS EN LA INVESTIGACIÓN

Tal como establecen el artículo 335.1 del Código procesal Penal y el artículo 12° de la Ley Orgánica del Ministerio Público, D. Leg. N° 052, la *disposición de archivo de los actuados en la investigación* impide que otro fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una investigación preparatoria por los mismos hechos. Esto es, el caso queda resuelto en forma definitiva. Obviamente, debe tratarse de una resolución firme, es decir, que haya sido consentida o que haya sido confirmada por el superior jerárquico en caso de impugnación; a la vez que debe tratarse de una decisión dictada respetando los principios y valores así como los derechos fundamentales consagrados por la Constitución y el Estado Constitucional de Derecho<sup>(419)</sup>.

Pese al contenido de estas normas y su mandato de firmeza, se ha discutido si realmente la decisión de archivo de la investigación causaba o no cosa juzgada o si era o no definitivo el contenido de la decisión. En un primer momento, como quiera que se trataba de decisiones no jurisdiccionales, se asumía que la disposición fiscal de archivo no causaba cosa juzgada y, por tanto, se podía iniciar una nueva investigación por los hechos materia de la decisión de archivo. En efecto, este criterio fue plasmado por el propio Tribunal Constitucional<sup>(420)</sup>.

No obstante, en el ámbito de la jurisdicción internacional regional, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el Informe N°

---

(419) Ello implica que la decisión fiscal debe respetar: a) El principio de interdicción de la arbitrariedad; b) El principio de prohibición de avocamiento indebido; c) El principio de legalidad en la función constitucional; d) El derecho a un tiempo razonable para preparar la defensa; e) El derecho a ser investigado en un plazo razonable; f) La tutela jurisdiccional; g) El principio de imputación necesaria; h) El derecho a la motivación de decisiones fiscales; etc.

(420) Así, el TC en la STC N° 6081-2005-PHC/TC. FJ. 7. Caso: Alonso Leonardo Esquivel Cornejo, ha establecido: “...una resolución emitida por el Ministerio Público en la que se establece no hay mérito para formalizar denuncia no constituye cosa juzgada, por lo que la presente sentencia no impide que la demandante pueda ser posteriormente investigado y, de ser el caso, denunciado penalmente por los mismos hechos”.

En el mismo sentido, LOZA ÁVALOS, Giuliana: *La cosa decidida en la decisión fiscal de archivo*. p. 13. file:///D:/Users/fn/Downloads/GLA%20Cosa%20decidida%20ELA-marzo%20de%202014%20(1).pdf (Consulta del 7 de agosto del 2015).

1/95 (Caso 1106, Perú, Alan García Pérez, del 7 de febrero de 1995) ya había considerado que "...la decisión del Fiscal no promoviendo la acción penal mediante la denuncia o el requerimiento de instrucción correspondientes, al estimar que los hechos que se le pusieron en su conocimiento no constituyen delito es un acto de esencia típicamente jurisdiccional -como toda actividad del Ministerio Público en el proceso- que adquiere el carácter de inmutable e irreproducible surtiendo los efectos de la cosa juzgada, una vez firme. De este modo, al igual que una decisión judicial recaída, es definitiva y en consecuencia trasciende en sus efectos con caracteres prohibitivos para procesos futuros basados en los mismos hechos materia de la decisión"<sup>(421)</sup>. Adviértase desde ya, que no se refiere a todos los casos de archivo de la denuncia, sino solo a los supuestos en que se archiva la investigación porque "*los hechos no constituyen delito*", con lo que se establece una diferenciación entre los supuestos de archivo fiscal, por un lado los archivos porque el hecho no tiene relevancia penal, que es definitivo; y por otro, los archivos por deficiencia probatoria o los casos de una deficiente investigación comprobada, los cuales se pueden reabrir.

Estando a este precedente de la Comisión Interamericana<sup>(422)</sup>, no previsto en los pronunciamientos anteriores, el Tribunal Constitucional dio un viraje en su línea jurisprudencial y, asumiendo el criterio de la Comisión,

---

(421) Al respecto ver STC N° 01887-2010-PHC/TC, Caso Hipólito Guillermo Mejía Valenzuela, del 24 de setiembre del 2010, Fj. 16. Que hace referencia al caso promovido por Alan García Pérez contra Perú, en el cual la CIDH concluyó que "la decisión del Fiscal que desistió tres de los hechos denunciados inicialmente por no ser constitutivos de delito, al quedar firme puso fin a la pretensión punitiva del Estado en relación a los hechos que fueron materia de la resolución. La iniciación de una nueva persecución penal fundada en el mismo objeto de la denuncia anterior transgredió el principio que prohíbe la múltiple persecución penal y en consecuencia, el artículo 8, inciso 4, de la Convención".

<http://www.cidh.oas.org/annualrep/94span/cap.III.peru11.006c.htm>

Al respecto ver también LOZA ÁVALOS: *Ob. Cit.* p. 13.

(422) Hay que precisar que se trata de un pronunciamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, no de la Corte Interamericana, por ello no se trata de una sentencia que es vinculante en todo su contenido, a la vez que no constituye un precedente de observancia obligatoria por todas las instancias nacionales, sino solo de un dictamen o informe que recomienda observar los criterios esbozados o la realización de determinadas acciones. Al respecto ver mayor desarrollo sobre este acápite, en GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*. 2da Edición, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.

en la STC N° 02725- 2008-PHC/TC, Caso: Chauca Temoche, establece que el archivo de las investigaciones en sede fiscal generan *cosa decidida* cuando los motivos de la declaración de “no ha lugar a formular denuncia penal” por parte del fiscal, se refieren a que el hecho no constituye delito, es decir, carecen de ilicitud penal; y reitera que el Ministerio Público no representa a una simple autoridad administrativa y por ello, sus decisiones de archivo que emite tienen la calidad de cosa decidida y por tanto merecen tutela constitucional<sup>(423)</sup>. Ello implica que esta decisión fiscal ya no podrá ser impugnada o revisada por ninguna otra autoridad; asimismo, tampoco el propio Fiscal puede reiniciar o reabrir una nueva instigación por los mismos hechos y contra las mismas personas.

Como puede apreciarse, estando a la línea jurisprudencial del Tribunal Constitucional, estas decisiones del Fiscal en sede preliminar resultan inimpugnables e inmutables o inmodificables, por lo que tienen el mismo efecto que la cosa juzgada y las personas comprendidas en la investigación archivada serán favorecidas por el principio *ne bis in idem* en su versión procesal si es que alguna autoridad pretendiera procesarlos o investigarlos nuevamente.

Sin embargo, debe precisarse que si bien el Tribunal Constitucional señala que la decisión fiscal genera cosa decidida únicamente cuando la razón del archivo es que el hecho no constituye delito, es de apreciarse que la misma razón se presenta en todos los casos en que el hecho no reviste *relevancia penal*, como los casos en que el hecho sí configura delito pero no es justiciables penalmente<sup>(424)</sup>, o los hechos en que la acción penal se ha extinguido. Pues, en todos estos casos no es viable o se ha extinguido la pretensión punitiva del

---

(423) STC N° 02725-2008-PHC/TC, Caso Chauca Temoche. El Tribunal Constitucional ha reiterado este criterio en sucesivas sentencias posteriores.

(424) El hecho no es justiciable penalmente cuando se trata de un delito (conducta típica, antijurídica y culpable) pero está sometido a una condición objetiva de punibilidad y esta no se encuentra presente, y por tanto no se puede imponer la pena, o también cuando a pesar de ser delito está favorecido con una excusa absolutoria o perdón de la pena, como los supuestos previstos en el artículo 208°, 2015°, 406° del Código Penal, entre otros; en cuyos casos tampoco se puede iniciar un proceso e imponer una pena.

Estado y no es posible iniciar una investigación o un proceso penal. Por tanto, en todos estos casos la decisión fiscal también causará cosa decidida<sup>(425)</sup>.

Este criterio resulta concordante plenamente con el contenido del artículo 335.1 del Código Procesal Penal que específicamente establece que la disposición de archivo que impide que otro fiscal pueda promover u ordenar una nueva investigación por los mismo hechos, únicamente es aquella dictada conforme al primero y último numerales del artículo 334; esto es, cuando el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causales de extinción previstas en la Ley (el hecho no tiene o ya no tiene relevancia penal). Sin embargo, debe quedar claro que en ningún momento se establece que se causará la cosa decidida cuando el fundamento del archivo sea uno distinto al mencionado, como la insuficiencia probatoria o la deficiente investigación fiscal<sup>(426)</sup>.

Naturalmente que la cosa decida en sede fiscal, al archivar la denuncia o la investigación, concluyendo que el hecho no tiene relevancia penal (no es delito o no es justiciable penalmente) o la acción penal se ha extinguido, incide directamente en la pretensión de la presunta víctima, o en la pretensión del Estado, cuando este resulta ser el agraviado, por lo que tiene incidencia directa en el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de estos justiciables, puesto que se les deniega el derecho a que su pretensión sea conocida y resuelta por la autoridad jurisdiccional, que se actúe la prueba necesaria y finalmente, se ejecute lo que eventualmente podría resolver el Juez a favor de dichos agraviados o víctimas. Por ello, antes de haber dictado la disposición de archivo, el Fiscal

---

(425) El TC en la misma STC N° 02725-2008-PHC/TC, Caso Chauca Temoche, en su Fj. 18, desarrolla criterios más amplios que el solo supuesto en que el hecho no constituye delito.

(426) Sin embargo, debe advertirse que en el contenido de estas dos normas mencionadas habría una omisión del legislador, puesto que no se ha considerado el supuesto de archivo por insuficiencia de los elementos de convicción al momento en que se debe emitir la disposición fiscal, que son los casos más comunes en que se dicta la resolución de archivo. Más aún, el numeral 2 del artículo 335 del mismo cuerpo legal, hace referencia a este supuesto pero de modo deficiente, ya que estipula que se exceptúa de la regla del numeral 1, los casos en que se aportan nuevos elementos de convicción, pero en dicha regla del numeral uno (1) no se comprende a este supuesto, por lo que no tendría sentido hablar de esta excepción. Pero claro, de este modo, medianamente, se da la opción de salvar la omisión anotada.

debe de haber concluido una investigación eficaz y eficiente de los hechos, la misma que debe haberse concretado respetando los derechos y garantías de los investigados, el debido proceso, y claro, también los criterios de eficacia que le permitan tener total claridad sobre los hechos, las normas aplicables y los demás elementos que le permitan dictar una disposición conforme a derecho. Al respecto el Tribunal Constitucional, con toda claridad establece en la STC N° 02493-2012-PA/TC, Caso Jorge Adalberto Vásquez Paulo:

*“3. El artículo 159° de la Constitución señala entre otras cosas que corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte. El contenido normativo de esta disposición en el marco del Estado constitucional alude a la existencia de una verdadera obligación constitucional de los representantes del Ministerio Público de asumir desde el inicio la conducción y/o dirección de la investigación del delito así como, si corresponde, la de ejercitar la acción penal pública de oficio o a petición de parte. Esta exigencia constitucional debe ser realizada, como es evidente, con la debida diligencia y responsabilidad, a fin de que las conductas ilícitas no queden impunes. En efecto, siendo el Ministerio Público el que por mandado constitucional posee el señorío de la investigación, le corresponde practicar o hacer practicar todas las diligencias y actuaciones que sean necesarias para el esclarecimiento de los hechos delictivos, es decir, le corresponde reunir y examinar los elementos de juicio que revelen la existencia del delito y la vinculación de los imputados con los hechos delictivos, y esta actividad termina cuando la causa está tan aclarada que el fiscal puede decidir si debe o no formalizar la denuncia o la investigación preparatoria. Lo aquí señalado permite además cumplir con la disposición constitucional que exige la protección de los bienes jurídicos de los ciudadanos y de la sociedad (artículo 44° de la Constitución).*

*4. Sin embargo, el Ministerio Público no goza de discrecionalidad absoluta o ilimitada en el cumplimiento de su obligación constitucional, sino que le es exigible que el desarrollo de sus actividades las despliegue dentro de los mandatos normativos (expresos e implícitos) contenidos en la Constitución. Es decir, a los representantes del Ministerio Público también les es exigible que sus actuaciones y/o decisiones observen atentamente el contenido de los derechos y principios constitucionales. Esta obligación de respetar y observar los derechos y principios constitucionales por parte de todos los poderes públicos (que incluye*

al Ministerio Público) y también los poderes privados se trata, como ya ha señalado este Tribunal Constitucional, de

“una exigencia que se deriva de la naturaleza misma de nuestro Estado constitucional y democrático, si se considera que dos elementos caracterizadores de este tipo de Estado son la supremacía jurídica de la Constitución y la tutela de los derechos fundamentales. El primer elemento permite que la Constitución, en tanto, norma jurídica y política suprema, establezca el marco jurídico dentro del cual se realiza el ejercicio de los poderes públicos y privados. Por su parte, la tutela de los derechos fundamentales, en tanto éstos comportan una eficacia vertical y horizontal, se erigen como auténticos límites al ejercicio del poder estatal, pero también de los particulares. En tal sentido, se puede señalar que el Estado constitucional se caracteriza, precisamente, por limitar y controlar el ejercicio arbitrario del poder del Estado y de los particulares” (Exp. N.º 5228-2006-PHC/TC, fundamento 4).

Como puede verse, para expedir la disposición de archivo de los actuados, es necesario que se haya completado la investigación, es decir, que se haya reunido suficientes elementos de convicción, de tal modo que esté debidamente esclarecida la naturaleza del hecho, sus circunstancias y sus partícipes, a la vez que se haya realizado la identificación e interpretación adecuada de las normas aplicadas, no habiendo quedado duda sobre estos extremos. De este modo, se descarta que la cosa decidida pueda provenir de una investigación deficiente, aparente, incompleta o fraudulenta; pues, en este caso, se estaría vulnerando directamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los agraviados, a la vez que se estaría incumpliendo con el mandato de protección de los bienes jurídicos establecido en el artículo 44º de la Constitución Política del Estado.

Y claro, los hechos quedan definitivamente investigados y archivados los actuados al respecto, aún cuando el nuevo fiscal los califique o los pretenda subsumir en un tipo penal distinto al que fue materia de archivo, pero fácticamente deben ser los mismos hechos, con todas sus circunstancias y elementos.

En tal sentido, a modo de *conclusión* de este acápite, podemos precisar que la disposición de archivo fiscal no constituye cosa juzgada sino *cosa decidida* en sede fiscal, pero ambas tienen los mismos efectos, al viabilizar la aplicación

del principio *ne bis in idem* en caso se pretendiera una nueva investigación. Pero claro, para ello deben cumplirse los presupuestos de la triple identidad. Y, obviamente, el fundamento del archivo debe ser la *irrelevancia penal de los hechos investigados*; esto es, que estos no constituyen delito, por ser atípicos o por existir causales de justificación o de inculpación; o también que no sean justiciables penalmente, por quedar sujetos a una condición objetiva de punibilidad o a una excusa absolutoria; o porque la acción penal se ha extinguido. Finalmente, la disposición debe haberse dictado luego de una investigación eficaz y eficiente, en la que deben haberse reunido todos los elementos de convicción que han llevado al debido esclarecimiento de los hechos.

## **1.2. DISPOSICIÓN DE ABSTENCIÓN DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD Y ACUERDO REPARATORIO O POR SUSPENSIÓN DE ACTIVIDAD ILÍCITA POR PARTE DEL IMPUTADO**

Tal como establece el artículo 2° del Código Procesal Penal, si estamos ante cualquier supuesto en que opera el principio de oportunidad, el acuerdo reparatorio o la suspensión de actividad ilícita por parte del imputado en delitos contra el medio ambiente, el Fiscal podrá *abstenerse de ejercitar la acción penal* cumpliendo los requisitos y presupuestos establecidos por dicha norma. Si esta disposición fiscal es cumplida en todos sus términos, es decir, el imputado cumple con el pago de la reparación civil dispuesta en la disposición fiscal o las demás obligaciones contenidas en la misma, ya no será posible iniciar investigación o proceso alguno por los mismos hechos y contra las mismas personas, con lo que se produce la *cosa decidida en sede fiscal* con los mismos efectos de la cosa juzgada, aun cuando en ningún momento ha intervenido autoridad jurisdiccional alguna. En este punto también resultan aplicables en todo su contenido los criterios desarrollados para el caso anterior (1.2.).

## 2. CASOS DE ARCHIVO DEFINITIVO EN SEDE FISCAL QUE NO PRODUCEN COSA DECIDIDA

Como ya se señaló, la disposición fiscal en la que se decide no formular denuncia penal (CdePP) o no formalizar y continuar la investigación preparatoria (CPP) o archivo de la investigación fiscal, no genera cosa decidida en todos los casos. Ello significa que existen supuestos en que, pese a la existencia de una disposición de archivo, no hay impedimento para reabrir la investigación fiscal, continuarla, formular la denuncia fiscal o formalizar la investigación preparatoria y eventualmente, condenar al investigado. Pues, reiteramos, la cosa decidida, conforme al criterio de la CIDH, el TC y el propio artículo 344.1 del Código Procesal Penal solo opera cuando el fundamento del archivo es la *irrelevancia penal de los hechos investigados*.

Si ello es así, no resulta del todo correcto hablar de excepciones al principio *ne bis in idem* en los casos en que se puede reabrir la investigación fiscal. Pues, no se trata de excepción alguna, sino de supuestos en que no se ha producido la cosa decidida ni la cosa juzgada, y por ello tampoco opera el *ne bis in idem*. En tal sentido, no compartimos la forma como el Tribunal Constitucional aborda este tema de las supuestas “excepciones” en la STC N° 02493-2012-PA/TC, Fj. 6, aun cuando el contenido del pronunciamiento final es del todo correcto.

Los casos en que, pese a existir archivo fiscal de la investigación, no producen cosa juzgada estaban contenidos con toda claridad en el artículo 117° del Código Procesal Penal de 1991, promulgado por el D. Leg. N° 638, del 27 de abril de 1991, que a la letra estipulaba: “*Las resoluciones de archivamiento (...) impiden que otro fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva acción penal con una denuncia que contenga los mismos*

hechos salvo que se aporten nuevos elementos probatorios o se demuestre que la denuncia anterior no fue debidamente investigada. Lo actuado en contravención de esta norma adolece de nulidad”. Lamentablemente, el contenido claro de este artículo no fue reproducido en el nuevo Código Procesal Penal en actual vigencia, el cual señala en su artículo 335.1, concordante con el artículo 334.1, que “La disposición de archivo prevista en el primer y último numeral del artículo anterior impide que otro fiscal pueda promover u ordenar que el inferior jerárquico promueva una Investigación Preparatoria por los mismos hechos”. A la vez el artículo anterior (334.1) se refiere solo a los casos de archivo por irrelevancia penal de los hechos y en ningún momento comprende al archivo por insuficiencia probatoria sobre los hechos o sobre el autor de los mismos, con lo cual muestra una omisión censurable. Y si bien en el numeral 2 del referido artículo 335, se señala que están exceptuados del impedimento de una nueva instigación los supuestos en que se aportan nuevos elementos de convicción, esta exceptuación resulta irrelevante, puesto que estos supuestos no están comprendidos en la regla del archivo contenida en el numeral uno (1) del mismo artículo. Así las cosas, creemos que esta omisión se debe a un error del legislador antes que a una decisión voluntaria al respecto, de lo contrario no tendría sentido el numeral 2 del artículo 335.

No obstante, estando a las disposiciones del Tribunal Constitucional dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia del CPP (las mismas que al tratarse de una pluralidad de sentencias, establecen una línea jurisprudencial de contenido vinculante) podemos concluir que existen dos supuestos en que la disposición de archivo de la denuncia penal no produce cosa decidida, y por tanto no impide que se realice una nueva investigación penal o se reinicie la investigación archivada<sup>(427)</sup>. Estos dos supuestos son: *cuando luego de la disposición de archivo se presentan o descubren nuevos elementos probatorios no conocidos*

---

(427) Al respecto del TC señala: “no constituirá cosa decidida las resoluciones fiscales que no se pronuncien sobre la no ilicitud de los hechos denunciados, teniendo abierta la posibilidad de poder reaperturar la investigación si es que se presentan los siguientes supuestos: a) cuando existan nuevos elementos probatorios no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público; o, b) cuando la investigación ha sido deficientemente realizada”. STC N° 02110-2009-PHC/TC y 02527-2009-PHC/TC (acumulados). Fj. N° 22. Caso: Medina Bárcena. p.15.

por el fiscal al momento de dictar el archivo y, cuando se aprecia de manera objetiva que la primera investigación ha sido deficientemente realizada<sup>(428)</sup>.

En el primer caso el archivo responde a un déficit de actos de investigación, pues, el Fiscal no ha realizado toda la actividad investigativa necesaria para el total esclarecimiento de los hechos; esto es, la investigación no ha completado su objetivo de determinar debidamente la naturaleza de los hechos (si realmente estos constituyen delito o no) cuáles son sus circunstancias y quiénes son sus autores y partícipes. Por tanto, al momento de archivar la investigación el fiscal no contaba con los elementos necesarios para arribar a una conclusión definitiva y adecuada. Esto puede haberse debido, entre otras razones, a que el momento del archivo no le era posible al fiscal recabar determinada información o elemento de convicción porque este se desconocía o no era posible acceder a él; asimismo, porque transcurrió el plazo de la investigación establecido por la ley sin haberse acopiado la información pertinente y suficiente y no quedaba más alternativa que proceder al archivo de la investigación. Pero claro, para reiniciar la investigación o para iniciar una nueva, necesariamente se tiene que contar (o presentar) con nueva prueba o elemento de convicción que razonablemente pueda poner en cuestionamiento o tela de juicio el contenido de la disposición de archivo; esto es, debe significar un aporte no conocido para la determinación de la relevancia penal del hecho o la participación de los imputados en el mismo. Con la nueva prueba, el caso que no contaba con causa probable debe recuperar esta característica. Obviamente, debe tratarse de una prueba lícita<sup>(429)</sup>, útil y pertinente.

En el segundo caso, la investigación es irregular, defectuosa o fraudulenta y por ello, no puede considerarse válida. Es decir, no se ha seguido conforme a

---

(428) Al respecto ver especialmente la STC N° 02493-2012-PA/TC, caso Jorge Adalberto Vásquez Paulo, en la que lamentablemente el TC habla de excepciones de la aplicación del principio *ne bis in idem* en las disposiciones de archivo fiscal, cuando en realidad no se trata de ninguna excepción o exceptuación de la aplicación de dicho principio, puesto que no estamos ante un supuesto de cosa decidida, y por tanto, nos encontramos fuera de la aplicación del *ne bis in idem*.

(429) Al respecto sin embargo, puede realizarse la ponderación de intereses en conflicto, así por ejemplo se puede admitir alguna injerencia de poca significancia en los derechos fundamentales, si con ello se cumple con la satisfacción de un interés público o general, que sin la injerencia en el derecho no hubiese sido posible contar con dicha información.

los cánones y estándares establecidos para una debida investigación del delito, se han cometido omisiones o errores significativos, se ha manipulado la investigación o los elementos de convicción privándolos de su idoneidad probatoria, se ha arribado a conclusiones falaces, se han invocado hechos falsos, se ha realizado una interpretación indebida de las normas, se ha aplicado indebidamente una norma, se ha realizado un cómputo irregular de los plazos de prescripción, o en general, al emitir la resolución de archivo, se ha incurrido en irregularidades o infracciones administrativas o en conductas delictivas.

En este último caso puede tratarse de una investigación incompleta o concluida pero en la que se ha incurrido en las irregularidades anotadas. También puede tratarse de un pronunciamiento que ha concluido que el hecho no constituye delito, no es justiciable penalmente o que la acción penal se ha extinguido, pero se ha llegado a esta conclusión de modo irregular, falaz o ilegal. Lo relevante en este caso, es que para realizar una nueva investigación o reiniciar la ya archivada no se requiere de la presentación de prueba nueva o elemento probatorio nuevo alguno. Pues el fundamento para la revisión no es el déficit probatorio sino la deficiencia de la investigación o las irregularidades en la interpretación y aplicación de la ley, o también la falaz argumentación con la que se pretende sustentar la disposición. Pero claro, debe de existir elementos objetivos respecto a la deficiencia de la investigación.

Obviamente, en ambos casos no se puede sostener el carácter definitivo de estos archivos, y menos que haya operado la cosa decidida, puesto que ello implicaría violar el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva de los agraviados y un alejamiento de los postulados propios de la administración de justicia (resolución de conflictos por parte de la autoridad) en un Estado Constitucional de Derecho. Este mismo criterio opera para el *auto de no ha lugar a la apertura de instrucción*, tal como se ha visto líneas antes<sup>(430)</sup>.

Al respecto el Tribunal Constitucional en la STC N° 02493-2012-PA/TC, Fj. 6, Caso Jorge Adalberto Vásquez Paulo, refiere:

---

(430) Al respecto ver AZABACHE CARACCIOLO: Sobre los alcances del Auto que desestima la denuncia penal. *Diálogo con la jurisprudencia*. Gaceta Jurídica, año 9 N° 66, marzo del 2004, p. 45. En el mismo sentido, GARCÍA CAVERO: *Ob. Cit.* p. 9.

“...al igual que cualquier derecho y principio constitucional, el principio de *ne bis in idem* tampoco es un principio absoluto o ilimitado, pues es susceptible de ser limitado en su ejercicio, sin que ello suponga que las eventuales restricciones queden libradas a la entera discrecionalidad de la autoridad. A estos efectos, este Tribunal Constitucional ha precisado en reiterada jurisprudencia que la legitimidad de tales restricciones radica en que deben ser dispuestas con criterios objetivos de razonabilidad y proporcionalidad. En este sentido es posible señalar que el

principio de *ne bis in idem* tiene cuando menos dos restricciones que superan los niveles de razonabilidad y proporcionalidad y que actúan a modo de excepciones:

i) Cuando existan elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad. Esta restricción encuentra su justificación en la imposibilidad de conocer los medios probatorios relevantes para la adopción de la primera decisión, que de haberse conocido pudo haber generado la variación del sentido de esa decisión. De este modo, una segunda investigación, proceso o procedimiento sólo puede estar justificada si existen elementos probatorios nuevos no conocidos con anterioridad por la autoridad y que hagan posible o que revelen la necesidad de una nueva investigación de la conducta ilícita. Por tanto, la nueva investigación, proceso o procedimiento no puede estar sustentada en los mismos elementos de prueba que dieron lugar a la primera decisión y que tiene la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. De modo similar, este Tribunal Constitucional ya ha señalado que una segunda investigación o un segundo proceso sólo sería posible “si el motivo de archivamiento fiscal de una denuncia, se decidiese por déficit o falta de elementos de prueba, por cuanto la existencia de nuevos elementos probatorios, no conocidos con anterioridad por el Ministerio Público, permitiría al titular de la acción penal reabrir la investigación preliminar, siempre que los mismos revelen la necesidad de una investigación del hecho punible y el delito no haya prescrito (Exp. N.º 2725-2008-PA/TC, fundamento 19).

ii) Cuando se aprecia de manera objetiva que la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido deficientemente realizado. Esta restricción encuentra su justificación en la necesidad de que la primera decisión sea obtenida en el marco de una investigación, proceso o procedimiento jurídicamente válido. Es decir, corresponde verificar de manera objetiva si la primera investigación, proceso o procedimiento ha sido realizado observando los derechos y principio

*constitucionales, los procedimientos establecidos y las diligencias y actuaciones necesarias y relevantes para el esclarecimiento de la conducta ilícita, a fin de que la decisión definida y definitiva válidamente produzca la calidad de cosa juzgada o cosa decidida. Por tanto, una primera decisión obtenida en el marco de una investigación, proceso o procedimiento objetiva y razonablemente deficiente queda claro que no puede ser considerado como jurídicamente válido. En sentido similar, este Tribunal ha señalado que el contenido constitucionalmente protegido por este principio “no opera por el sólo hecho de que se le oponga la existencia fáctica de un primer proceso, sino que es preciso que éste sea jurídicamente válido” (Exp. N.º 4587-2004-HC/TC, fundamento 74). Del mismo modo, ha señalado que “(...) el nuevo proceso penal (...) ha sido instaurado (...) sobre la base de medios probatorios que de manera injustificada no fueron actuados en el proceso anterior (...), por lo que, la decisión emitida en el anterior proceso penal no puede ser considerada jurídicamente válida” (Exp. N.º 6071-2008-PHC/TC, fundamento 15).*

Consecuentemente, en estos dos casos, (de insuficiencia probatoria y de investigación deficiente o fraudulenta, pese a la existencia de la disposición de archivo de la investigación fiscal, no existe inconveniente para iniciar una nueva instigación o reiniciar la investigación archivada.

## VII. ACTOS COMPRENDIDOS EN LA COSA DECIDIDA O COSA JUZGADA Y DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Como ya se ha señalado, la *cosa juzgada* es la decisión debidamente motivada contenida en una sentencia o un auto, con la cual se pone fin a un proceso penal, emitida por juez competente y que tiene carácter definitivo. Esto es, no puede ser *impugnada* en el mismo proceso o contradicha en uno nuevo, así como tampoco puede ser modificada, puesto que tiene naturaleza *inmutable* y está dotada de la *coercibilidad* suficiente que garantiza su ejecución por la fuerza pública de ser necesario. Por su parte, la *cosa decidida*, específicamente, la *cosa decidida en sede fiscal*, igualmente es la disposición fiscal firme dictada por el Fiscal en la investigación preliminar de un delito, que resuelve de modo definitivo las pretensión punitiva interpuesta contra una persona a quien se le imputa la presunta comisión de un delito. En ambos casos se trata de una decisión inmutable en virtud a la cual, ante cualquier pretensión de una nueva investigación o proceso, opera de modo directo el principio general *ne bis in idem*, tanto en su vertiente procesal así como material. En estos casos, en realidad se produce una situación similar a la existente en los casos de extinción de la acción penal, y por ello, el Estado ya no puede viabilizar el ejercicio de su potestad de procesar a una persona o de imponerle una sanción penal u otra consecuencia jurídica.

Como se sabe, la extinción de la acción penal se produce por *muerte del imputado*, por *prescripción*, por *amnistía y derecho de gracia*, por *desistimiento o transacción* (en el caso de los dos últimos, en supuestos de acción penal de ejercicio privado); asimismo, cuando a través de una *sentencia dictada en la vía civil* (u otra análoga), se determina la licitud de la conducta imputada. Y claro, también se extingue la acción penal por *la autoridad de la cosa juzgada*.

Y como sabemos, la *cosa decidida en sede fiscal*, se equipara a la cosa juzgada, sobre todo, en virtud a que en ambos casos opera el principio *ne bis in idem* (procesal y material) ante cualquier pretensión de una nueva investigación o procesamiento; en tal sentido, también la cosa decidida impide el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado. Aun cuando la norma penal no prevé la extinción de la acción penal por *cosa decidida*, en virtud a la aplicación extensiva de la norma penal establecida por el Tribunal Constitucional, estamos ante una situación similar a la generada por la extinción de la acción penal por cosa juzgada.

En este orden de ideas, si ya se juzgaron determinados hechos, habiéndose producido la *cosa juzgada*, sea mediando una condena, una absolución, un sobreseimiento o mediante otras decisiones (resoluciones o disposiciones, como las desarrolladas en páginas previas), los hechos objeto del proceso o del pronunciamiento ya no podrán ser nuevamente investigados, a la vez que no tendrán efecto alguno para una investigación o procesamiento de otros delitos imputados o cometidos en el futuro, salvo para determinar la sanción en los casos de reincidencia o habitualidad. Igual sucederá para el caso de la *cosa decidida en sede fiscal* respecto a los hechos investigados y decididos de modo definitivo, que para estos efectos tiene el mismo tratamiento que la cosa juzgada. Sin embargo, en el caso del *delito de lavado de activos*, esta situación es diferente, estando a la estructura especial de este delito.

En efecto, el delito de lavado de activos se realiza a través de actos de *conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia* de activos provenientes o vinculados a una actividad criminal previa (delito previo). Y aun cuando no se requiere acreditar esta actividad criminal previa en un debido proceso, de todos modos, el objeto del delito de lavado de activos (bienes, dinero, efectos o ganancias) debe estar vinculado a dicha actividad criminal a través de una conexión objetiva que deberá ser acreditada a través de indicios mínimos, como se ha señalado en la parte pertinente de este trabajo.

En tal sentido, si por ejemplo, si bien respecto a los actos delictivos previos ya se ha producido la cosa juzgada o decidida, sin embargo, si se realizan actos de lavado con los activos provenientes de esta actividad delictiva (de estos

delitos previos), no habrá inconveniente alguno para establecer la vinculación de estos activos con los hechos que ya fueron materia de la cosa juzgada o cosa decidida, y a tal fin deberá realizarse la actividad investigativa o probatoria correspondiente; no para acreditar el delito previo (que no es elemento del tipo penal de lavado, y por ello no necesariamente tenemos que acreditarlo en la investigación de este delito) sino para determinar el vínculo o conexión de las activos materia de lavado con la actividad criminal previa que ya no se puede investigar. Ello es así, porque en el caso de cosa juzgada y, por añadidura, en casos de cosa decidida, lo que se ha producido es la extinción de la acción penal (aunque no en la cosa decidida, pero igual funciona para esta el *ne bis in idem*) y como ha quedado demostrado, la extinción de la acción penal no descontamina (legítima) a los activos de origen delictivo, y por ello, si con estos se realizan las actividades propias del delito de lavado de activos, no hay problema alguno para la configuración de este delito.

Así por ejemplo, si la extinción de la acción penal se ha extinguido por muerte del agente del delito previo, el patrimonio del occiso será comprendido en la investigación por el presunto delito de lavado de activos que pudieran haber cometido sus sucesores (herederos o legatarios) con los activos del causante. En el mismo sentido, si se extingue la acción por *cosa juzgada o cosa decidida*, si los activos materia del lavado estuviesen vinculados a los hechos materia de la cosa juzgada o decidida, igualmente deberán ser comprendidos en la investigación por lavado sobre activos vinculados a los hechos comprendidos en dicha cosa juzgada o decidida. Pero, reiteramos, estos hechos serán comprendidos solo para establecer su vinculación con los activos materia de lavado, más no para determinar la naturaleza, partícipes o demás circunstancias del hecho juzgado o imputar responsabilidad penal por estos hechos.

Sin embargo, respecto a la *cosa decidida en sede fiscal* hay que recordar que esta solo se produce cuando se haya completado la investigación, habiéndose recabado todos los elementos de convicción necesarios para el debido esclarecimiento de los hechos y, con ello, se llega a la conclusión de que estos no tienen relevancia penal, por no constituir delito, no ser justiciables penalmente o porque la acción penal se ha extinguido. Pero debe tratarse de una investigación válida, eficaz y eficiente, la misma que debe haberse concretado

respetando los derechos y garantías de los investigados y el debido proceso, y claro, también los criterios de eficacia que permitan al fiscal tener total claridad sobre los hechos, las normas aplicables y los demás elementos que le permitan dictar una disposición conforme a derecho (válida). De lo contrario, tal como se ha desarrollada anteladamente, no se producirá la cosa decidida, puesto que se estaría violando el derecho a la tutela jurisdiccional de los agraviados. En efecto, tal como señala el Tribunal Constitucional en la STC N° 6071-2008-PHC/TC, fj. 15, el inicio de un nuevo proceso es posible si es que el primero ha sido instaurado sobre la base de medios probatorios que de manera injustificada no fueron actuados en el proceso anterior, por lo que, la decisión emitida en el anterior proceso penal no puede ser considerada jurídicamente válida. Y claro, si se puede iniciar un nuevo proceso, con mayor razón se podrá iniciar una nueva investigación fiscal.

Debe precisarse no obstante, que en el caso de la *cosa juzgada*, si hubo sentencia condenatoria, por ejemplo por delito de tráfico ilícito de drogas, esta sentencia servirá para determinar la vinculación de los activos materia de lavado con la actividad criminal previa, salvo que se demuestre en el proceso por lavado de activos que estos provenían de otra actividad criminal. En cambio en el caso de la *cosa decidida en sede fiscal*, en esta solo constará que el hecho no reviste naturaleza penal, por lo que esta no podrá servir para establecer vinculación ilícita alguna del delito imputado y comprendido en la cosa decidida y los activos materia del presunto lavado. Pero reiteramos, tiene que tratarse de una verdadera cosa decidida, no de una investigación incompleta o fraudulenta que no ha agotado la investigación.

## VIII. CASUÍSTICA RECIENTE

En los últimos días, en nuestro país, se ha propalado por los medios de comunicación de modo intenso, un caso de *cosa decidida* en una investigación fiscal sobre lavado de activos, en la cual se discute si determinados hechos presuntamente delictivos, cometidos entre los años 2006 y 2009, deben o no ser comprendidos en una nueva investigación fiscal, en razón a que ya fueron materia de archivo definitivo, habiéndose generado supuestamente la *cosa decidida* mediante una disposición anterior del Fiscal Provincial, la misma que quedó firme al haber sido confirmada por el Fiscal Superior.

Al respecto, tal como se ha propalado en los medios de comunicación, el Fiscal (de la segunda investigación) habría procedido a realizar una nueva investigación al considerar que la primera investigación habría sido deficiente, puesto que si bien se tomaron las declaraciones de los imputados, quienes dieron información respecto al origen del dinero materia del presunto lavado, no se confirmó la veracidad de dicha información, no obstante, de modo irregular se arribó a la conclusión de que los hechos no configuraban delito. Sin embargo, con posterioridad aparecieron nuevos elementos de convicción que llevaban razonablemente a la presunción de que los activos involucrados tendrían origen ilícito, lo cual ameritaba que se inicie una nueva investigación o se reinicie la anteriormente archivada.

Ante la decisión del nuevo Fiscal Provincial de reabrir la investigación, por considerar que no se había producido la cosa decidida, por tratarse de una investigación deficiente, la imputada interpuso una acción de habeas corpus, en la misma que al ser declarada fundada en parte, en primera instancia, se dispuso que ya no se investigue los hechos comprendidos entre los años 2005

y 2009, por considerar que al respecto ya había operado la cosa decidida, la cual es inmutable e inimpugnable. Al ser apelada esta resolución de primera instancia, el Colegiado Superior concluyó que no existía *cosa decidida*, e inclusive negó la validez de esta institución jurídica en nuestro ordenamiento jurídico; sin embargo, declaró fundada la demanda de habeas corpus en todos sus extremos.

Así las cosas vamos a analizar las sentencias de primer y segunda instancia pero solo en los extremos vinculados directamente al contenido del presente trabajo.

Así, en la sentencia de primera instancia se concluye que respecto a los hechos comprendidos entre los años 2005 y 2009 ya se produjo la cosa decidida. Sin embargo, al haber quedado demostrado que los hechos fueron deficientemente investigados (como lo ha admitido el propio Fiscal Provincial que realizó la primera investigación) no se habría producido la cosa decidida, tal como lo ha establecido el Tribunal Constitucional; consecuentemente, no habría impedimento alguno para comprender los hechos referidos en una nueva investigación, con todas las consecuencias que ello implica. Pues, ha quedado claro que no todos los casos de disposiciones de archivo de los actuados en una investigación preliminar producen cosa decidida, sino únicamente las disposiciones dictadas luego de una investigación regular y completa y que correctamente establecen que el hecho no tiene relevancia penal, que no sería el caso de análisis. Entonces no habría razón para cuestionar la nueva investigación; y la sentencia de primera instancia, en este extremo sería incorrecta.

No obstante, si la primera investigación hubiese sido llevada a cabo dentro de los estándares de razonabilidad y eficiencia y se hubiera realizado toda la actividad investigativa correspondiente (que no es el presente caso), efectivamente estaríamos ante la cosa decidida y ya no se podría investigar nada al respecto. Sin embargo, si con posterioridad a los hechos comprendidos en la disposición que generó la cosa decidida se hubieran realizado actos configurativos del delito de lavado de activos, como los que han sido publicitados, ante la no justificación del origen de los activos concernidos, resulta válido vincular estos activos a los hechos comprendidos en la cosa decidida. Más

aún, si se tratara de conductas de carácter permanente iniciadas en el período comprendido en la cosa decidida pero que se mantienen en el tiempo hasta un período posterior al comprendido en la cosa decidida. Así por ejemplo, si en el período comprendido en la cosa decidida el imputado compró un inmueble con los activos presuntamente de origen delictivo, esta compra no podrá ser nuevamente investigada; pero si continuara en posesión de dicho inmueble, no habrá problema alguno para investigar por la posesión del inmueble, no por actos de compra (conversión y transferencia, previstos en el art. 1° de la Ley) sino por actos posesión (ocultamiento y tenencia, previstos en el art. 2° de la Ley).

De otro lado, analizando la sentencia de segunda instancia Exp. 01936-2015-HC/PJ, del 14 de agosto del 2015 (caso Nadine Heredia Alarcón), observamos que la misma resulta plagada de errores y falacias, en realidad casi todos sus argumentos resultan cuestionables, pero vamos a analizar solo los “argumentos” directamente vinculados a la cosa decidida y al delito de lavado de activos.

El Colegiado en esta sentencia, como ya se indicó, sin fundamento alguno, y contraviniendo (sin dar razones) la línea jurisprudencial vinculante del Tribunal Constitucional, niega la validez de la *cosa decidida en sede fiscal*.

De otro lado, refiriéndose al extremo que la sentencia de primera instancia rechaza por considerarlo no comprendido en la *cosa decidida* (hechos posteriores al año 2009) el Colegiado hace una disparatada afirmación, en cuanto señala que “*la sentencia no expresa, con claridad, las razones por las que se justifica la prosecución de la investigación fiscal por el periodo del 06 de marzo del 2009 en adelante*”. Con esto, una vez más, revela una ignorancia o temeridad total, pues, ¿acaso el Ministerio Público (los fiscales) requieren de la autorización o de la justificación judicial (en una sentencia) para cumplir con sus funciones constitucionales?, en este caso para investigar el delito.

Asimismo, señala que la autonomía del delito de lavado de activos establecida en el Decreto Legislativo N° 986 (al parecer quieren decir D Leg. N° 1106) es meramente “*declarativa*” no real; con lo cual contraviene la ley, la

doctrina mayoritaria y sobre todo los criterios de la Corte Suprema expresados en su jurisprudencia y acuerdos plenarios.

Igualmente, refiere el Colegiado que para iniciar una investigación fiscal, en este caso una investigación preliminar (diligencias previas al decir de CPP) por delito de lavado de activos, necesariamente se tiene que haber determinado previamente cuál es el delito que habría dado origen a los activos materia de los actos presuntamente de lavado, y como esto no se ha hecho en la investigación materia de autos, proceden a anular toda la investigación, inclusive en el extremo seguido contra otros imputados no comprendidos en la acción de habeas corpus.

Con este criterio el Colegiado contraviene la Ley en cuanto establece que el lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación no es necesario que la actividad criminal previa hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria. De donde claramente se aprecia que lo único que se tendrá que hacer es investigar el origen de los activos, pero ello se hará, precisamente en la investigación preliminar.

Este último criterio del Colegiado se conecta con el *principio de imputación necesaria o suficiente*, el mismo que tiene niveles de rigor a lo largo de la investigación o procesamiento; pues, no exige los mismos presupuestos en una investigación fiscal que en una acusación o una sentencia judicial. Pues, como lo hemos sostenido en otra parte, no existe problema alguno para observar en toda su extensión el principio de imputación necesaria cuando se tenga que *formular una acusación penal (o al momento de dictar la sentencia condenatoria)* puesto que, en esta etapa, el fiscal o el Juez (en su caso) ya ha concluido la investigación o instrucción y cuenta con todos los elementos para formular una hipótesis incriminatoria o para solicitar el sobreseimiento de la causa; no puede formular una imputación sobre hechos difusos, imprecisos o generales, sin calificarlos debidamente y sin aportar los elementos probatorios sobre la probabilidad de la corrección de dicha hipótesis acusatoria; a la vez que debe utilizar un lenguaje claro y sencillo para la narración de los hechos. Pero en el caso del inicio de la *Investigación Preparatoria o la apertura de instrucción*

conforme al antiguo Código, si bien se tiene que observar el principio de imputación necesaria, este se flexibiliza; puesto que a este nivel recién se inicia o no ha concluido la investigación (“instrucción”), y precisamente esta etapa es para reunir los elementos de convicción necesarios y suficientes para tener una idea clara de los hechos y calificarlos debidamente, a la vez que al finalizar esta etapa recién se contará con los elementos probatorios idóneos para formular una acusación penal.

Pero en la *investigación preliminar o diligencias preliminares* a cargo del Fiscal, a este nivel el fiscal no cuenta con mayor información sobre los hechos y sus circunstancias así como tampoco respecto a sus partícipes, por lo que aún no puede realizar un relato pormenorizado de los hechos, a la vez que tampoco puede realizar una adecuada calificación o tipificación de los hechos, y precisamente por ello es que realiza las indagaciones preliminares y dentro de estas puede citar a los presuntos imputados, sin que se pueda formular una imputación necesaria rigurosa. En estos casos, obviamente el rigor de la imputación necesaria se flexibiliza tanto en los extremos del hecho imputado (que aún se desconocen sus características) así como de la calificación y los elementos de convicción (que el Fiscal aún no cuenta con ellos). En efecto, la Corte Suprema estipula al respecto: *“Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal –el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional”*<sup>(431)</sup>.

Este contenido distinto de la imputación necesaria en las diversas etapas del proceso es reconocida por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116, de fecha 26 de marzo del 2012, que en sus fundamentos 7º a 11º señala: *“7º. Es evidente, por lo demás, que el nivel de precisión de los hechos –que no de su justificación indiciaria procedimental–, atento a la propia naturaleza jurídica de la DFCIP<sup>(432)</sup> y del momento procesal de ejercicio o promoción de la acción penal por el Fiscal, debe ser compatible –cumplidos todos los presupuestos procesales– con el grado de sospecha inicial simple, propia de la necesidad de abrir una instancia de persecución penal –es decir, que impulse el procedimiento de investiga-*

(431) Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116, Fj. N.º 7.

(432) DFCIP: Disposición de Formalización y Continuación de la Investigación Preparatoria.

*ción—. Tal consideración, como se sabe, ha de estar alejada de las meras presunciones, y fundada en puntos de partida objetivos y asentada en la experiencia criminalística de que, en pureza, existe un hecho de apariencia delictiva perseguible —presupuesto jurídico material— atribuible a una o varias personas con un nivel de individualización razonable y riguroso. Lo expuesto explica que una de las características del hecho investigado es su variabilidad durante el curso de la etapa de investigación preparatoria —o, mejor dicho, ‘delimitación progresiva del posible objeto procesal’—, y que el nivel de precisión del mismo —relato el hecho histórico y del aporte presuntamente delictivo de los implicados por la Fiscalía— tiene un carácter más o menos amplio o relativamente difuso. No es lo mismo un delito flagrante, que uno referido a sucesos complejos y de determinación inicial algo incierta y, por tanto, de concreción necesariamente tardía. En iguales términos, como no podía ser de otro modo, se ha pronunciado la STC N.º 4726-2008-PHC/TC, del 19 de marzo de 2009, aunque es de aclarar que el nivel de detalle del suceso fáctico está en función a su complejidad y no necesariamente a su gravedad.*

*8º. En nuestro nuevo sistema procesal penal no corresponde al órgano jurisdiccional, como en otros contados modelos procesales, un amplio control de los presupuestos jurídico-materiales en sede de investigación penal preparatoria, cuyo señorío ejerce a plenitud el Ministerio Público —distinto es el caso, por cierto, de las otras etapas o fases procesales— (verbigracia: artículo 15º.3 del Estatuto de Roma de la Corte Penal). Bastaría, en principio, la mera afirmación por el Fiscal de un suceso aparentemente típico para la configuración formalmente válida del proceso penal —el acto de imputación, si bien procesal, no es jurisdiccional—. Sólo en definidos momentos y precisos actos procesales está reservado al órgano jurisdiccional intervenir para enmendar presuntos desafueros del Fiscal a propósito de la expedición de la DFCIP. Este sería el caso, por ejemplo, de la delictuosidad del hecho atribuido y de los presupuestos procesales, en que el NCPP prevé vías específicas para su control jurisdiccional —el supuesto más notorio es el de la excepción de improcedencia de acción: artículo 6º.1, ‘b’ NCPP—.*

*9º. Es evidente, asimismo, que no puede cuestionarse en vía de tutela jurisdiccional penal el nivel de los elementos de convicción o su fuerza indiciaria para anular la DFCIP, puesto que se trata de un presupuesto procesal —bajo cargo exclusivo de la jurisdicción ordinaria (así, STC N.º 4845-2009-PHC/TC, del 7 de enero de*

2010)–, cuyo control está reservado al requerimiento fiscal que da por concluida la fase de investigación preparatoria e inicia la etapa intermedia, en cuyo caso se exige, ya no sospecha inicial simple, sino **'sospecha suficiente'** –se ha de esperar una condena con fuerte probabilidad, sospecha que a su vez alcanza a un convencimiento por el órgano jurisdiccional de la existencia de los presupuestos procesales y de la punibilidad de la conducta imputada–, plenamente controlable en este caso (vid: artículos 344°.1, 346°.1, 350°.1, 'a' y 352°.2 y 4 NCPP) (...).

10°. Ahora bien, la garantía de defensa procesal, desarrollada por el artículo IX del Título Preliminar del NCPP, incluye, aparte de los llamados 'derechos instrumentales' (derecho a la asistencia de abogado, utilización de medios de prueba pertinente, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable), los denominados 'derechos sustanciales', que son presupuestos básicos de su debido ejercicio, entre ellos la comunicación detallada de la imputación formulada contra el imputado. Su efectividad, sin duda, como correlato del conocimiento de los cargos (artículo 72°.2, 'a' NCPP), requiere inexorablemente de que los hechos objeto de **imputación en sede de investigación preparatoria** (vid: artículo 342°.1 NCPP) **tengan un mínimo nivel de detalle** que permita al imputado saber el suceso histórico que se le atribuye y la forma y circunstancias en que pudo tener lugar. Tal dato es indispensable para que pueda ejercer una defensa efectiva, la cual no puede quedar rezagada a la etapa intermedia o a la etapa principal de enjuiciamiento: (...).

**En conclusión**, los pronunciamientos judiciales respecto a la cosa decidida no resultan claros, y peor aún su observancia en los últimos pronunciamientos.



## BIBLIOGRAFÍA

- ADRIASOLA, Gabriel: “El lavado de activos en Uruguay. Los riesgos de una autonomía desmedida”, en Urquiza Olaechea y Salazar Sánchez (Coords.): *Política criminal y Dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, Idemsa, Lima, 2012.
- ADRIASOLA, Gabriel: *Concurso de Monografía Bancaria*, en Memoria del XVI Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario, Editorial Fundación UNA, Costa Rica, 1997.
- ALPACA PÉREZ, Alfredo: “Algunos argumentos a favor de la libre y leal competencia como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 21, Lima, marzo 2011.
- ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- ÁVALOS RODRÍGUEZ, Carlos: “Tutela judicial de derechos e imputación necesaria. Análisis del Acuerdo Plenario N.º 2-2012/CJ-116”, en *Gaceta Penal*, t. N.º 43, Gaceta Jurídica, Lima, 2013.
- BARRAL, Jorge E.: *Legitimación de bienes provenientes de la comisión de delitos*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003.
- BENTHAM, Jeremías: *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Valetta ediciones, Buenos Aires, 2002.
- BERNAL CAVERO, Jorge Antonio: “Las etapas del proceso de lavado de activos”, en: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 17, noviembre 2010.
- BINDER, Alberto M. *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Aranzadi, Navarra, 2002.

- BLANCO CORDERO, Isidoro: *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2012.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos*, Programa: Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales, Lima, setiembre 2002.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: *Responsabilidad Penal de los empleados de la banca por el blanqueo de capitales*, Comares, Granada, 1999.
- BOTTKER, Wilfried: "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, N.º 2, Praxis, Barcelona, 1998.
- BRAMONT ARIAS, Luis y Luis Alberto BRAMONT-ARIAS TORRES, *Código Penal Anotado*, 3.ª ed., San Marcos, Lima, 2001.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto: "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos", en *Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias*, Editorial San Marcos, Lima, 2003.
- BRAVO CUCCI, Jorge: "¿Incremento patrimonial no justificado?", en *Diálogo con la Jurisprudencia. Gaceta Jurídica*, Lima, noviembre 2006.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo: *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*, Palestra, Lima, 2003.
- CADENAS CORTINA, Cristina: *Problemas de la penalidad en los delitos de receptación y blanqueo de dinero*, Consejo del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- CAMARGO, Pedro Pablo: *La acción de extinción de dominio*, Leyer, Bogotá, 2003.
- CARO CORIA, Dino Carlos y ASMAT COELLO, Diana Marisela: "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.º 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N.º 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en *Imputación y sistema penal. Libro homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, coords. Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe, Ara, Lima, 2009.
- CARO CORIA, Dino Carlos: "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en: *Anuario de Derecho Penal y Económico y de la Empresa*, N.º 2, 2012. [Ver en línea en: <goo.gl/08W5iU>]
- CARO JOHN José Antonio: "La problemática constitucional de la combinación de leyes penales. Discutida posición en la jurisprudencia", en: *Revista de Ciencias Penales*, N.º 4, Grijley, Lima, 1994.
- CARO JOHN, José Antonio: "Consideraciones sobre el delito fuente del lavado de activos y su incidencia para la determinación del riesgo reputacional de una institución financiera", en: *Dogmática Penal Aplicada*, Ara, Lima, 2010.

- 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 y Procesal Penal*, N.º 4, Lima, octubre 2009.
- CORDERO, Franco: *Procedimiento Penal*. Temis, Bogotá, 2000.
- DEL CARPIO DELGADO, Juana: *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- DEMETIS, Dionysios S.: *Technology and Anti-Money Laundering*, Cheltenham, Northampton, 2010.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando: “La carga de la prueba”, en: *Módulo de Derecho Civil y Procesal Civil de la Academia de la Magistratura*, Lima, 1998.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel: “Blanqueo de bienes”, en: *Enciclopedia Penal Básica*, coord. Luzón Peña, Comares, Granada, 2002.
- DIEZ PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN: *Sistema del Derecho civil*, vol. III, Tecnos, Madrid, 2002.
- DIEZ RIPOLLÉS, José Luis: *El blanqueo de capitales procedente del tráfico de drogas*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- DURRIEU, Roberto: *El lavado de dinero en la Argentina*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2006.
- ERENCHUN ARTECHE: “Ganancias de origen (ilícito) delictivo y fraude fiscal”, en: *¿Libertad económica o fraudes punibles?*, Coordinado por Silva Sánchez, Marcial Pons, Madrid, 2003.
- ESPITIA GARZÓN, F.: *La extinción del Derecho de dominio*, Ediciones Jurídicas G. Ibáñez, Bogotá, 1998.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo: *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- FAIRÉN GUILLÉN, Víctor: *Doctrina general del derecho procesal*, Bosch, Barcelona, 1990.
- FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Derecho penal. Parte general*. Temis, Bogotá, 2006.
- FIGARI, Rubén E.: *Encubrimiento y lavado de dinero*, Ed. Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas Aladino y Ricardo ROJAS LEÓN: *Derecho penal. Parte especial*, t. I, Jurista Editores, Lima, 2012.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de Lavado de Activos*. Tercera edición, Instituto Pacífico, Lima, 2014.

- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino y Walter Javier DELGADO TOVAR: *La Acción de Pérdida de Dominio en el ordenamiento jurídico peruano*, 2ª Edición, Jurista Editores, Lima, 2013.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino/Hamilton CASTRO TRIGOSO/William RABANAL PALACIOS, *El código procesal penal. Comentarios descriptivos, explicativos y críticos*, Jurista Editores, Lima, 2008.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: “Autoría y participación en el delito de enriquecimiento ilícito”, en: *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 11, Idemsa, Lima, 2002.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Decomiso, incautación y secuestro*, Segunda edición, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de Enriquecimiento Ilícito*, Idemsa, Lima, 2001.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de Lavado de Activos*, Segunda edición, Jurista Editores, Lima, 2009.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Delito de Lavado de Activos*, Grijley, Lima, 2004.
- GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino: *Nuevo orden jurídico y jurisprudencia*, Segunda edición, Ideas Solución Editorial, Lima, 2015.
- GARCÍA CAVERO, Percy: “Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento”, en *Imputación y sistema penal. Libro homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, coords. Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe, Ara, Lima, 2012.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *Derecho penal económico. Parte especial*, Grijley, Lima, 2007.
- GARCÍA CAVERO, Percy: *El delito de lavado de activos*, Jurista Editores, Lima, 2013.
- GIMENO SENDRA, Vicente y otros: *Derecho procesal*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990.
- GIMENO SENDRA, Vicente/Víctor MORENO CATENA/Valentín CORTEZ DOMÍNGUEZ: *Lecciones de derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2003.
- GÓMEZ COLOMER, Juan Luís: *El proceso penal alemán. Introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985.
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar: *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de capitales y encubrimiento*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- HERNÁNDEZ QUINTERO, Hernando: *El lavado de activos*, 3ª ed., Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Medellín, 2002.

- HINOSTROZA PARIACHI, César: *El delito de lavado de activos. Delito fuente*, Grijley, Lima, 2010.
- HORVITZ LENNON, Inés y Julián LÓPEZ MASLE: *Derecho Procesal Penal chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2002.
- JAKOBS, Günther: *Derecho penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2ª ed., trad. de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- JAKOBS, Günther: “La indiferencia como dolo indirecto”, en *Dogmática y Ley Penal. Libro Homenaje a Enrique Bacigalupo*, t. I, Marcial Pons, Madrid, 2004.
- JAKOBS, Günther: *La imputación objetiva en Derecho penal*. Grijley, Lima, 2001.
- JAUCHEN, Eduardo: *La Prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe Argentina, 1992.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Traducción de Miguel Olmedo Cardenete, Madrid, 2002.
- JESCHECK, Hans-Heinrich: *Tratado de Derecho penal*, Traducción de Manzanares Samaniego, Comares, Granada, 1993.
- JIMÉNEZ BERNALES, Juan Carlos: “La problemática del delito previo en el lavado de activos”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 17, Lima, noviembre 2010.
- KLUG, Ulrich: *Lógica Jurídica*, Temis, Bogotá, 1990.
- LAMAS PUCCIO, Luis: *Tráfico de drogas y lavado de dinero*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima 1999.
- LAMAS PUCCIO, Luis: *Transacciones financieras sospechosas*. Librería y Ediciones Jurídicas, Lima, 2000.
- MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés: *El encubrimiento*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, Wilson Alejandro: *El lavado de activos en el mercado de valores*, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Bogotá, 2004.
- MAURACH, Reinhart/Karl-Heinz GOSSEL/Heinz ZIPF: *Derecho penal. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MENDOZA AYMA, Francisco Celis: *La necesidad de una imputación concreta en el desarrollo del proceso penal cognitivo*, Editorial San Bernardo, Arequipa, 2012.
- MICHELLI, Gian Antonio: *La carga de la prueba*, Temis, Bogotá, 1989.
- MIR PUIG, Santiago: “Política criminal, pena y delito”, en: *Política criminal y reforma del Derecho penal*, Bogotá, Temis, 1982.

- MIRANDA ESTRAMPES, Manuel: *La mínima actividad probatoria en el Proceso Penal*, Bosch, Barcelona, 1997.
- MIXÁN MASS, Florencio: *Categorías y actividad probatoria en el Procedimiento Penal*, Ediciones BLG, Trujillo, 1996.
- MIXÁN MASS, Florencio: *Lógica para Operadores del Derecho*, Ediciones BLG, Trujillo, 1990.
- MONTERO CRUZ, Estuardo Leonides: “Los hechos en los límites mínimos del principio de imputación necesaria”, en: *Gaceta Penal & Procesal penal*, t. 57, Marzo 2014.
- MULLER, Wouter H./Christian H.KÄLIN/John G. GOLDSWORTH: *Anti-Money Laundering: International Law and Practice*, John Wiley & Sons Inc., Hoboken, 2007.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y Mercedes GARCÍA ARÁN: *Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MUÑOZ CONDE, Francisco: Introducción al libro de ROXIN, Claus *Política criminal y sistema del Derecho penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- ORTELLS RAMOS, Manuel y otros: *Derecho Jurisdiccional*, t. II, Bosch, Barcelona, 1996.
- PALMA HERRERA José Manuel: *Los delitos de blanqueo de capitales*, Edersa, Madrid, 2000.
- PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy: *La investigación del delito de lavado de activos*, Ara, Lima, 2013.
- PERELMAN, Chaim: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, Civitas, Madrid, 1988.
- PÉREZ DEL VALLE, Carlos: *El delito de receptación: Los elementos objetivos de la infracción*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- PÉREZ LÓPEZ, Jorge A.: “Lavado de activos y aspectos sustantivos del Decreto Legislativo N.º 1106”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 35, Lima, mayo 2012.
- PÉREZ MANZANO, Mercedes: *El tipo subjetivo en los delitos de receptación y blanqueo de dinero*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- PLACENCIA RUBIÑOS, Liliana: “Determinación de la cláusula abierta del delito fuente en el delito de lavado de activos”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 44, Lima, febrero 2013.
- PLAZAS VEGA, Luis A./María C. CHIROLLA LOZADA/Julio OSPINO GUTIÉRREZ/Miryam J. LARA BARQUERO/Helia M. NIÑO MORENO: *La Ley de extinción de dominio*, 7ª ed., Carrera, Bogotá, 2004.
- POVEDA PERDOMO, Alberto: *La Ley de Extinción del Derecho de Dominio y su Jurisprudencia*, Librería Ediciones del Profesional, Bogotá, 2004.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: “Mecanismos administrativos de prevención del lavado de dinero y la responsabilidad penal de los agentes del Sistema financiero”. En *Revista Cathedra*, Palestra Editores, Lima, julio 2000.

- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Idemsa, Lima, 2013.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Idemsa, Lima, 1994.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto: *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Grijley, Lima, 2007.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo y Otros: *Comentarios al nuevo Código Penal*, Aranzadi, Pamplona, 1996.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: “Blanqueo de capitales y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de blanqueo”, en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (Dir.): *¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial*, Madrid, 2003.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *El dolo y su prueba en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1999.
- RAGUÉS I VALLÉS, Ramón: *La ignorancia deliberada en el proceso penal*, Atelier, Barcelona, 2007.
- RAMOS MÉNDEZ, Francisco: *El Proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1993.
- REÁTEGUI SÁNCHEZ, James: “El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana. A propósito del Decreto Legislativo N.º 1106 del 18 de abril del 2012 y los Acuerdos Plenarios N.º s 3.2010 y 7-2011/CJ-116”, en: *Criminalidad empresarial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
- ROXIN, Claus: “Normativismo, política criminal y empirismo en la dogmática penal”, en: *Problemas actuales de Dogmática Penal*, Ara Editores, Lima, 2004.
- ROXIN, Claus: *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto, Buenos Aires, 2000.
- ROXIN, Claus: *Política criminal y sistema del Derecho penal*, traducción de Muñoz Conde, Hammurabi, Buenos Aires, 2002.
- SALAZAR SÁNCHEZ, Nelson: “Los delitos de lavado de activos en la legislación peruana”, en: *Política criminal y dogmática penal y los delitos de Blanqueo de capitales*, Coords: José Urquiza Olaechea y Nelson Salazar Sánchez, Idemsa, Lima, 2012.
- SAN MARTÍN CASTRO, César: *Derecho Procesal Penal*, Grijley, Lima, 2003.
- SÁNCHEZ VELARDE, Pablo: *Manuel de Derecho Procesal Penal*, Idemsa, Lima, 2004.
- SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, Pablo: *El encubrimiento como delito*, Tirant lo Blanch, Valencia 1998.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María/Bernd SCHUNEMANN/Jorge DE FIGUEREIDO DÍAZ: *Fundamentos de un sistema europeo del Derecho penal*, Bosch, Barcelona 1995.

- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Estudios de Derecho penal*, Grijley, Lima, 2000.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María: *Política Criminal y Persona*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.
- SOLER, Sebastián: *Derecho Penal argentino*, t. II, Tea, Buenos Aires, 1978.
- TIEDEMANN, Klaus: *Manual de Derecho penal económico. Parte especial*, Grijley, Lima, 2012.
- TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel: “El delito de omisión de comunicación de operaciones y transacciones sospechosas”, en: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 25, Lima, julio 2011.
- TOYOHAMA ARAKAKI, Miguel: “El delito de lavado de activos. Referencias sobre el origen ilícito de los activos”, en: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 17, Lima, noviembre 2010.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando: *Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 1995.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina: *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997.
- VILERA, Juan y ESTANGA, Iván: *El Lavado de dinero en los países andinos*, Parlamento Andino, Bogotá, 1994.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier: *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.
- ZARAGOZA AGUADO, Javier: *El comiso de bienes en los delitos de tráfico ilícito de estupefacientes y blanqueo de dinero*, Programa: Combate al lavado de dinero desde los sistemas judiciales, Lima, setiembre 2002.