LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (LEY N.º 30077)

Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal



INSTITUTO PACÍFICO

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ
(Directora)

FIDEL MENDOZA LLAMACPONCCA
(Coordinador)

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (LEY N.º 30077)

Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal

Prólogo
JOSÉ HURTADO POZO

INSTITUTO PACÍFICO

INSTITUTO
PACÍFICO

LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO (LEY N.° 30077)
Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal

Directora:
© Laura Zúñiga Rodríguez, 2016

Coordinador:
© Fidel Mendoza Llamacponcca, 2016

Primera edición - Agosto 2016

Copyright 2016: Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:
Luis Ruiz Martínez
Diego Camasca Borja
José Carrascal Quispe
Georgina Condori Choque
Ricardo de la Peña Malpartida

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C. - 2016
Jr. Castrovirreyna N.° 224 - Breña
Central: 332-5766
E-mail: preprensa@aempresarial.com

Tiraje: 7000 ejemplares

Registro de Proyecto Editorial : 31501051600826

ISBN : 978-612-4328-31-2

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.°: 2016-10134

Impresión a cargo de:
Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224 - Breña
Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

PRÓLOGO

Una de las propuestas que más temo, entre otras, es la de presentar o prologar un libro. Si es que solo fuera cuestión de alabar su sistemática y contenido, quizás sería más llevadero aceptarla. Pero, si se trata, como lo pensamos, de calar en su contenido y sus alcances, dejando de lado la conjugación del verbo alabar, resulta más peliagudo asumirla. Entre los factores que impulsan a vencer esta reticencia están, por un lado, el interés en el tema de la publicación a presentar y cuya lectura constituirá seguro un gran enriquecimiento intelectual y, por otro, la amistad y el reconocimiento a quien nos hace la propuesta. Esta vez, se trata de Laura Zúñiga y Fidel Mendoza, a quienes agradezco, desde ahora y sinceramente, por confiarme esta tarea, creyendo que pasaré la prueba de manera honorable.

Leyendo con bastante atención los interesantes trabajos reunidos en esta publicación, todo lector, como el suscrito, quedará gratamente sorprendido por la seriedad y agudeza con las que cada autor presenta y analiza el tema de su contribución. Tomará igualmente consciencia de los progresos realizados en el desarrollo dogmático de los estudios en materia de criminalidad organizada, así como de las diversas respuestas de política criminal planteadas para enfrentar esta forma de criminalidad grave y transnacional. Así, espero ponerlo en evidencia en los breves comentarios que de cada una de las colaboraciones presentaré posteriormente.

Por ahora, me permito destacar un aspecto que resulta del contenido mismo de los trabajos mencionados. Mejor dicho, una cuestión que surge de la lectura de obras dogmáticas similares y es la de determinar qué circunstancias sociales y políticas han condicionado el desarrollo de tan complejo aparato conceptual, útil tanto para explicar como para justificar la reacción penal. No pensamos en la indagación y presentación históricas de la evolución de las ideas o categorías penales, en el caso que nos ocupa, por ejemplo, de la noción de crimen o criminalidad organizada. Sino más bien en el contexto de relaciones de poder y de intereses (individuales y colectivos) que han conducido a la constitución y justificación del sistema de

control social, tendiente a disciplinar a las personas para que la vida comunitaria se desenvuelva ordenada y eficazmente[1].

Para analizar esta cuestión es, sin duda, indispensable que especialistas en ciencias sociales (sociólogos, antropólogos, etnólogos, historiadores) realicen estudios sobre el hecho infractor del orden social, la reacción social y estatal ante la infracción y el autor de la misma, el funcionamiento del sistema de control formal e informal. Uno de los obstáculos más importantes, al menos en nuestro medio, es el deficiente conocimiento del derecho penal por parte de los científicos sociales, equivalente a la insuficiente formación en ciencias sociales de los juristas que se han atrevido a abordar este aspecto no jurídico.

Esto no quiere decir que desconozcamos los valiosos trabajos realizados desde hace tiempo y con mucha seriedad sobre el fenómeno globalmente considerado o solo en algunos de sus aspectos esenciales. Estudios y reflexiones que deben ser necesariamente consultadas por los juristas para realizar y comprender mejor sus análisis sobre el discurso teórico sobre la delincuencia y la reacción social, en cuyo planteamiento e implementación participan activamente.

Si se adopta una noción bastante extensa de delincuencia y, en particular, de criminalidad organizada, se puede afirmar que es un hecho social presente en las diversas etapas de la vida social, claro está con características peculiares en cada una de ellas. Sobre todo si se admite que, como lo dice Aguirre respecto de nuestra realidad que después "de todo durante la mayor parte de nuestra historia el único recurso al alcance de las clases oprimidas para intentar participar de mejor manera en el reparto de los excedentes sociales ha sido la transgresión de la ley y la comisión de delitos"[2].

Así, en la colonia, se afirma[3] que la reacción de la población sojuzgada se presentó de diversas maneras: los ataques individuales contra el patrimonio, el homicidio en sentido social, la sublevación armada. Entre los hechos que se han destacado de forma especial figuran el bandolerismo y el abigeato. Respecto al primero, por su carácter corporativo y la índole personal de las relaciones sociales en la colonia, se ha afirmado su sentido de fidelidad y honor. Factores de cohesión que consolidaron las relaciones recíprocas del jefe bandolero con su grupo, lo que "permitió la existencia de grupos o bandas ocasionales y reiterativas que se unían

1 FOUCAULT, Michel, "Revenir à l'histoire", en *Dits et écrits*, Paris: Quarto Gallimard, 1994, pp. 1136-1149.

2 AGUIRRE, Carlos, "Cimarronaje, bandolerismo y desintegración esclavista. Lima, 1821-1854", en AGUIRRE, Carlos y WALKER, Charles (dirs.), *Bandoleros, abigeos y montoneros. Criminalidad y violencia en el Perú, siglos XVIII-XX*, Lima: Instituto de Apoyo Agrario, 1990, p. 143.

3 VIVANCO LARA, Carmen, "Bandolerismo colonial peruano: 1760 -1810. Caracterización de una respuesta popular y causas económicas", *ob. cit.*, p. 28.

para actuar por temporadas y luego se disgregaban"[4]. En la perspectiva del sistema social, el bandolerismo llegó a ser funcional al sistema colonial, en la medida en que, por un lado, no atacaban "ni a los centros de poder, ni a los mecanismos de extracción de excedentes" y, por otro, no fue erradicado ni "llega a unirse con ningún movimiento de masas"[5].

Debido quizás a que la independencia de España no comportó un cambio significativo de las estructuras económicas y sociales coloniales, el fenómeno del bandolerismo persistió y hasta se desarrolló aún más en las ciudades. Durante las guerras de emancipación y en los primeros años republicanos, caracterizados por la notable debilidad del Estado, se dio con cierta claridad la vinculación de los grupos bandoleros, transformados en ciertas ocasiones en montoneros[6], con los movimientos políticos[7]. Al respecto, se destaca, por ejemplo, "una alianza entre los grupos liberales y los bandoleros[...] (basada) no solo en intereses económicos sino también en coincidencias ideológicas". Pero asimismo se destaca "la inhabilidad de los liberales para encabezar un gran movimiento y dominar el estado nacional, entre ellos la distancia entre los dirigentes y su posible base en las clases populares y las divisiones dentro de su movimiento". Por último, se subraya que con "el apoyo de los bandoleros y otros grupos populares, (los liberales) lograron impedir la hegemonía de los conservadores"[8].

Junto a los casos de violencia delictuosa propia del bandolerismo, se presentaban sucesos ilícitos no menos graves por ser socialmente perjudiciales. Los mismos que pueden ser comparados con los casos de corrupción, lavado de efectivos, defraudación fiscal. Un ejemplo es la manera en que el nuevo Estado republicano tuvo que enfrentar la cuestión de la deuda interna generada por las guerras de la emancipación. Se recurrió a los empréstitos foráneos (en particular, ingleses) y a la imposición de impuestos a algunos sectores de la población y a la confiscación de bienes. Para cumplir con las obligaciones asumidas, utilizó los beneficios generados por la explotación de las riquezas naturales del país. Para lo cual instauró un proceso dirigido a la constitución de capitales nacionales con la finalidad de promover la agricultura, el comercio y la industria. Por la manera como se llevó a cabo, en particular, la ausencia de un control mínimo indispensable, el reconocimiento de las acreencias y de sus montos implicaron la defraudación del Estado, en la que participaron los beneficiados y los órganos estatales mismos. Resulta imposible imaginar que este enorme caso de corrupción haya sido solo la realización casual y conjunta de comportamientos individuales, en realidad es de suponer que se instauró

4 *Ibid.*, p. 34.

5 Flores Galindo, Alberto, "Bandidos de la costa", *ob. cit.*, 1990, p. 66.

6 Walker, Charles, "Montoneros, bandoleros, malhechores: criminalidad y política en las primeras décadas republicanas", *ob. cit.*, 1990, p. 120.

7 *Ibid.*, p. 121.

8 *Ibid.*, p. 108.

un sistema de colaboración debidamente estructurado que manipuló las relaciones de poder político y económico a favor de los sectores privilegiados perjudicando a los miembros de la comunidad nacional y a los intereses públicos de esta misma.

En los años setenta, la expansión del cultivo de la planta de coca de la sierra a la selva alta dio lugar a la conexión de los carteles colombianos con los traficantes peruanos[9]. Lo cual explica que la progresión intensa, sostenida e irresistible del tráfico de drogas aparezca como obra de una red de organizaciones criminales nacionales e internacionales. Desde el inicio artesanal de la producción de la materia prima (hojas de coca), pasando por la etapa intermedia de productor de la pasta básica de cocaína, hasta la actual de refinamiento de la cocaína lista para la comercialización y exportación, se percibe el poder adquirido por este sistema empresarial de traficantes y, en consecuencia, su enorme influencia política, financiera y económica. La misma que le permite corromper, es decir, infiltrar y manipular los engranajes del aparato estatal y del sistema social en general en todos sus niveles. La conservación, reinversión y simulación de los ingentes beneficios obtenidos, mediante el lavado de efectivos, distorsiona de manera importante el funcionamiento de la economía, al extremo de condicionar fuertemente la política económica del Estado.

Como lo señalamos en uno de nuestros trabajos, esta crítica situación se manifestó de manera clara cuando, durante la guerra entre el gobierno colombiano y las organizaciones de traficantes, fue asesinado el ministro de Justicia de dicho Estado. Suceso que condujo al Gobierno a intensificar su acción militar y para lo cual cerró la frontera con el Perú y acentuó el bloqueo de las pistas de aterrizaje clandestinas. Hechos que impidieron que continuaran entrando al mercado peruano los dólares fruto del tráfico de drogas, ocasionando la devaluación de la moneda peruana. Ante la alarma de la población ocasionada por esta crisis económica, el presidente del Perú de aquel entonces declaró que la crisis monetaria cesaría cuando volvieran a ingresar al país dólares de Colombia. De esta manera y por medio de su más alto representante, el mismo Estado admitía el lavado del dinero sucio mediante el tráfico de divisas como un factor sustancial para la estabilidad de la economía nacional.

Entre los penalistas, esta compleja realidad delictuosa ha originado diversas propuestas de regulación legal y de explicaciones teóricas. Las dificultades y discusiones comienzan con cuestiones de lenguaje, aunque muchas veces consisten en meros problemas de etiquetaje. Así, por ejemplo, se emplean términos como banda criminal, asociación delictuosa, agrupación delictuosa, criminalidad organizada. Confusión terminológica que crea problemas en la tipificación del comportamiento punible, así como en la determinación de algunas circunstancias agravantes (actuar en banda, el número de participantes sea de más de dos o tres, obrar en grupo, etc.). Esto es debido

9 SOBERÓN GARRIDO, Ricardo, "Hacia una nueva perspectiva en la temática del tráfico ilícito de estupefacientes: el caso peruano", en TOKATLIAN, Juan (comp.), *La guerra contra las drogas en el mundo andino: hacia un cambio de paradigma*, Buenos Aires: Libros del Zorzal, 2009, p. 188.

quizás a que la cuestión está estrechamente relacionada con la determinación de los alcances de la responsabilidad en caso de pluralidad de participantes. Los criterios tradicionales de la participación horizontal (complicidad, autoría mediata, instigación, coautoría) resultan insatisfactorios para responsabilizar a intervinientes que no reúnen las características que se atribuyen a esas formas de participación. De modo que se siente la necesidad, por razones de política criminal, de modificarlas o renovarlas, por ejemplo la de autoría mediata ampliada o la de actuar en lugar de otro, hasta la de introducir la responsabilidad de las personas jurídicas o empresas.

En cuanto al hecho mismo de la organización criminal, los autores son generalmente contestes en considerar que deba ser comprendida como un conjunto de individuos vinculados entre sí de manera estable y estructurada, que actúan con relativa autonomía para asegurarse un enriquecimiento máximo, en especial, mediante la explotación sistemática y coordinada de ocasiones calificadas como delictuosas por el sistema de control social. Las discrepancias surgen al precisar en qué consisten los diversos factores que la caracterizan, por ejemplo, el número de participantes, la frecuencia de sus acciones delictuosas, la duración de su existencia, la flexibilidad o rigidez de sus relaciones, procedencia de la mayoría de agentes, comprendido el estatus de sus miembros.

Un amplio acuerdo existe también respecto de la evolución de la criminalidad organizada. Se estima que se ha desarrollado de manera considerable tanto cuantitativamente (aumento de delitos violentos, de negocios fraudulentos y de corrupción, tráfico de drogas, lavado de dinero, etc.), como cualitativamente (internacionalización de redes, profesionalización y racionalización). Terreno favorable para este desarrollo ha sido la mundialización de intercambios comerciales y financieros, la movilidad intensa de personas y bienes, el perfeccionamiento de las comunicaciones, el abandono de las fronteras nacionales. Además, los cambios sociales y políticos son rápida y eficazmente explotados por el crimen organizado para profundizar y extender sus actividades. Por ejemplo, las crisis políticas son aprovechadas para infiltrar el aparato estatal mediante la corrupción. En los países subdesarrollados es notable, por ejemplo, la influencia que logra tener el crimen organizado en los procesos electorales.

Un hecho interesante que es relevado con frecuencia es que las organizaciones criminales explotan los efectos inesperados que tiene la dación de leyes de diversos tipos. Por ejemplo, las leyes relativas a la comercialización y tráfico de drogas o las que aumentan los impuestos. El carácter represivo de las primeras conduce a las mafias a desplazarse para mejor traficar y las segundas dan lugar a la ampliación e intensificación del contrabando o de la defraudación fiscal utilizando empresas *offshore* en los paraísos fiscales. En esta misma perspectiva, se considera que los avances técnicos, por ejemplo en el dominio de la informática, ofrecen tanto medios modernos como ámbitos nuevos para el perfeccionamiento y extensión de las organizaciones delictuosas.

Dejando de lado estas ligeras y mal hilvanadas reflexiones, pasamos a presentar cada uno de los trabajos que forman parte de esta publicación y que por su riqueza de datos y profundidad de sus reflexiones hacen que esta tenga un alto nivel académico.

Las contribuciones han sido agrupadas en tres secciones. En la primera, se reúnen las relativas a los temas de la parte general, regulados en la Ley N.º 30077: la determinación del injusto de organización y del concepto de organización criminal. En la segunda, dedicada a la parte especial, se han considerado los análisis relativos al tratamiento de los delitos que, por haber sido cometidos por organizaciones criminales, están sometidos a las reglas procesales, sancionatorias y de ejecución penal previstas en dicha ley. En la tercera, se presentan los estudios relativos a las instituciones procesales que han sido reformadas.

Laura Zúñiga Rodríguez analiza el injusto de organización y el concepto de organización criminal, según la Ley N.º 30077. Destaca diversos problemas interpretativos debidos a que, en apariencia, la regulación comprende aspectos procesales y no sustantivos. Examina la relación entre la asociación ilícita y el concepto de organización criminal, así como la compatibilidad de este último con las disposiciones de la Convención de Palermo del 2000. Según la autora, los tipos legales de los delitos de organización suponen el desvalor de la conducta organizada, es decir, la existencia de una estructura preparada para delinquir, que implica una especial peligrosidad o riesgo para bienes jurídicos (determinados e indeterminados). De donde deduce que el tratamiento de dichos tipos legales constituye una cuestión de la parte general, por no tratarse de ataque a bienes jurídicos en particular, sino a una especial forma de delinquir. Concluye que aun cuando el legislador indique explícitamente la finalidad procesal de la ley (art. 1), esto solo es en apariencia, en la medida en que esta contiene elementos sustantivos como el concepto de organización criminal (art. 2). El cual debe ser tomado en cuenta al interpretar el elemento normativo "organización", previsto en el art. 317 del CP, y la circunstancia agravante de cometer el delito como integrante de una organización criminal.

Eduardo Oré Sosa, en la misma línea, estudia el contexto legislativo en el que se dictó y puso en vigor la Ley N.º 30077. Después de precisar la terminología empleada en el CP para indicar un mismo fenómeno criminológico ("agrupación criminal", "organización delictiva o banda", "organización ilícita" y "asociación delictiva"), Oré analiza el concepto de organización criminal. Si bien estima que este supone la existencia de un grupo de personas, considera que no debe confundírsele con las nociones de coautoría o pluralidad de agentes, ya que se fundamenta en el carácter organizativo de su estructura, que debe tender hacia su permanencia. Concluye que la agravante de "organización criminal" empleada en el CP comprende otras formas de criminalidad de grupo caracterizadas por una especie de organización intermedia. Pero,considera que los grupos terroristas no están comprendidos en el concepto estricto de organización criminal.

El primer trabajo de la segunda parte del libro, dedicada a la parte especial, es el de **Felipe Villavicencio Terreros**. Trata de las relaciones de la criminalidad orga-

nizada con el homicidio calificado. Considera que este delito está comprendido en la Ley N.º 30077. Con este fin sostiene que una de las primeras nociones de crimen organizado fue establecida en la *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* de 1970 (denominada Ley RICO) y considera que, a pesar de no tratarse de una fuente de derecho internacional o convencional, ha influido, sin embargo, notablemente en los convenios internacionales vinculados a la lucha contra la corrupción, el crimen organizado y el tráfico ilícito de drogas. Luego de analizar el concepto y características de la organización criminal, en la perspectiva de la Ley N.º 30077, explica las diferentes modalidades constitutivas del delito de homicidio calificado.

Fernando Núñez Pérez dedica su contribución al análisis dogmático y político criminal del D. Leg. N.º 1181, del 27 de julio del 2015, por el que se incorporó en el CP los delitos de sicariato (art. 108-C) y de conspiración, solicitud, ofrecimiento e intermediación del delito de sicariato (art. 108-D). El autor denuncia que la dación de ese decreto se debe al populismo legislativo, consistente en justificarla en un pretendido fortalecimiento de la seguridad ciudadana y de lucha eficaz contra el crimen organizado. En su opinión, no añade en lo fundamental nada que no se desprenda del asesinato por lucro. Sin embargo, sostiene que pueden presentarse situaciones excepcionales a las que, por el principio de especialidad, se les aplicará la disposición sobre el delito de sicariato en lugar de la que reprime el asesinato. Se da como ejemplo, el caso en que la muerte sea consecuencia de un acto anterior que lo motiva: una orden, un encargo o un acuerdo con un tercero. Por el contrario, si el acto homicida se efectuare por mero aprovechamiento económico, sin orden, encargo o acuerdo, constituiría un asesinato por lucro. Cierra su análisis con la conclusión de que el nuevo art. 108-D es expresión de la orientación del derecho penal del enemigo, debido a que se adelantan las barreras de punición al calificar de delito simples actos preparatorios.

Luis Reyna Alfaro estudia, desde una perspectiva criminológica y dogmática, los delitos informáticos, considerando la posibilidad de que sean sometidos a la Ley N.º 30077. Con este fin presenta de manera resumida la discusión criminológica referente a la diferencia entre delitos informáticos y delitos computacionales. Considera que la Ley N.º 30096 –Ley de delitos informáticos– reconoce diversos matices del *cybercrime* que fundamentan la prevención y la sanción de conductas que, por un lado, afectan sistemas y datos informáticos (delitos informáticos propiamente dichos) y, por otro, vulneran otros intereses cuando son cometidas mediante tecnologías de la información o de la comunicación (delitos computacionales). Después de analizar los tipos legales de intrusismo y sabotaje informático, examina las relaciones entre crimen organizado y criminalidad informática, que se manifiestan, particularmente, en los delitos de blanqueo de efectivos, pornografía infantil y fraude patrimonial informático.

Carlos Caro Coria estudia la criminalidad organizada en materia ambiental. Comienza señalando que el Estado peruano reconoce que la minería ilegal genera y utiliza fondos mayores que los del narcotráfico. Luego, revela

que el recurso al derecho administrativo sancionatorio ha sido insuficiente en la lucha contra sus efectos medioambientales perjudiciales. Esta deficiencia, en su opinión, ha tratado de ser superada mediante el D. Leg. N.º 1102, por el cual se incorporaron los delitos de minería ilegal en el CP. Decreto que a su juicio contiene los lineamientos de la actual política criminal del Estado respecto a la lucha contra la criminalidad organizada en materia ambiental. Estima que, a pesar que dicho decreto legislativo fue emitido con anterioridad a la Ley N.º 30077, el legislador limitó incoherentemente su aplicación a los arts. 310-A, 310-B y 310-C, sin considerar que podían también ser comprendidos tanto los delitos reprimidos en los arts. 304 al 307 –entre los que se encuentra el delito de minería ilegal– como los previstos en los arts. 308 al 313. Sobretodo, si se prevía en el art. 314-D, inc. 4, el beneficio premial de colaborar en la desarticulación de organizaciones criminales vinculadas a la minería ilegal, reconociéndose su estrecha conexión. Culmina su análisis explicando el tipo base y las modalidades agravadas del delito de minería ilegal, así como los delitos conexos.

José Ugaz Sánchez-Moreno y **Esther Hava García** analizan los caracteres principales, los condicionantes y las nuevas estrategias de lucha contra la nueva categoría de "Gran corrupción", formulada por Transparencia Internacional. Reconocen que el factor sistémico de esta forma de corrupción puede presentarse de forma jerarquizada, lo que permite aproximarla a la noción de crimen organizado. Consideran que la Gran corrupción consiste en actos cometidos en el más alto nivel gubernamental, comprendiendo "la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común". Según ellos, esta forma de corrupción se fundamenta en factores económicos, políticos, sistémicos y sociales, lo que le da cierta cobertura de impunidad. Para superar las dificultades debidas a las divergencias existentes entre las tradiciones jurídicas del *common law* y *civil law*, preconizan que los Estados lleguen a un sólido consenso. Parecidas dificultades se presentan, en Italia, con la elaboración de la noción de "Mafia capital". De modo que los autores deben reconocer que la tipificación autónoma de la Gran corrupción, la delimitación de sus conductas típicas, el círculo de sus posibles intervinientes y la determinación del elemento económico representan un gran reto. Finalizan su contribución presentando una propuesta de tipificación y sugiriendo que el juzgamiento sea competencia de la Corte Penal Internacional.

Ingrid Díaz Castillo se interesa en el vínculo entre la criminalidad organizada y los delitos cometidos en marco de las contrataciones públicas. La autora estima que los diversos ámbitos en los que el Estado, para cubrir sus intereses, convoca a procedimientos de contratación constituye el contexto en el que se vinculan de manera ilegal los funcionarios públicos con los particulares, interesados en el direccionamiento de dicho procedimiento tanto en la etapa preparatoria del contrato, la selección formal, como en su ejecución. Esto, a su parecer, distorsiona el papel prestacional de la Administración pública afectándose tanto su correcto funcionamiento como a la propia ciudadanía, en tanto sea esta beneficiaria de los servicios

Alfredo Alpaca Pérez se ocupa de los aspectos relativos a los delitos tributarios. Sostiene como poco razonable que el legislador, al dictar la Ley N.º 30077, no haya incluido expresamente a los delitos tributarios dentro de sus alcances, a pesar de ser innegable que son cometidos con frecuencia por organizaciones criminales. Considera sin embargo su aplicación puede deducirse de la cláusula extensiva, prevista en el último párrafo de su art. 3, que prevé los tipos agravados por la comisión del delito mediante organizaciones criminales. Por esto, a su juicio, sería aplicable tanto respecto al art. 272 *in fine*, lit. c, del CP como al art. 5-D, inc. 3, de la Ley Penal Tributaria, que recogen tal agravación, aunque no así a los demás delitos tributarios. Por último, estudia el bien jurídico protegido en el lavado de activos y su relación concursal con los delitos tributarios.

La tercera sección, consagrada a las cuestiones procesales de la Ley contra el Crimen Organizado, se inicia con la contribución de **Pablo Sánchez Velarde**, quien, luego de precisar las características y efectos del crimen organizado, analiza los institutos procesales regulados en la Ley N.º 300777, en concordancia con el Nuevo Código Procesal Penal. Mediante dicha ley se puso en vigor en todo el país dicho código respecto a las investigaciones por delitos cometidos por el crimen organizado. El autor analiza las técnicas especiales de investigación tales como la interceptación postal, intervención de las comunicaciones, circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, agente encubierto y especial. Con respecto a las medidas limitativas de derechos, trata del levantamiento del secreto bancario y de la reserva tributaria y bursátil. Sobre las medidas ejecutables sobre los bienes de origen ilícito, explica las figuras de la incautación y el decomiso. Termina su analisis precisando que la Fiscalía de la Nación ha creado cuatro subsistemas dirigidos a la lucha contra el crimen organizado: las Fiscalías especializadas en delitos de corrupción de Funcionarios, las Fiscalías especializadas en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio, las Fiscalías especializadas en crimen organizado y, por último, las Fiscalías especializadas en Tráfico ilícito de drogas.

César San Martín Castro, después de analizar algunos aspectos sustantivos de la Ley N.º 30077, como el concepto de criminalidad organizada y los delitos que serán sometidos al proceso penal contra el crimen organizado, estudia las instituciones procesales modificadas en la ley mencionada. De acuerdo con su parecer, en esta se instaura un proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado, implicando cambios notables en el proceso común. Explica los actos especiales de investigación tales como el empleo del agente encubierto y especial, la circulación y entrega vigilada, así como los envíos postales. Además, respecto a los problemas probatorios de la ley, presta especial atención a los efectos probatorios y al análisis de licitud probatoria en relación con la infiltración del agente encubierto y las operaciones encubiertas. En el igual sentido, examina la preconstitución probatoria durante la fase de investigación, la identificación y recogida del cuerpo del delito, los efectos reflejos de la prueba ilícita aspectos todos derivados del estudio

de la circulación y entrega vigilada. Por último, se ocupa de la prueba provocada y la prueba trasladada en el ámbito del crimen organizado.

Finalmente, **Roberto Cáceres Julca** trata del proceso de pérdida de dominio, mediante el análisis del derogado DLeg N.º 992, del DLeg N.º 1104, que prevé la actual normativa en la materia, y las modificaciones efectuadas sobre esta última por la Ley N.º 30077. Considera el autor que el procedimiento de pérdida de dominio o de extinción de la propiedad o posesión, constituye un mecanismo procesal cuya consecuencia es la pérdida por parte del titular –interviniente en el delito o terceros que no acrediten su adquisición de buena fe– a favor del Estado del derecho a la propiedad o la posesión, resuelta través de una resolución judicial firme. Sostiene que su finalidad, a diferencia de la pena, no es preventiva o resocializadora sino sancionatoria, dado que se produce la pérdida de todo derecho patrimonial ejercido sobre los bienes declarados en pérdida de dominio. Entre las peculiaridades de este procedimiento, el autor resalta el carácter jurisdiccional de la decisión privativa o extintiva del dominio, su persecución autónoma, pública y prescriptible –a los veinte años–, finalmente el reconocimiento de la firmeza del título del tercero oneroso adquiriente de buena fe. Concluye precisando los sujetos legitimados para incoarla, analizando los supuestos que habilitan la demanda de pérdida de dominio, su inadmisibilidad e improcedencia.

El lector que ha llegado hasta estas líneas no tiene seguramente la mala costumbre que tenemos de leer muy raramente los prólogos de los libros que consultamos. Sobre todo, en casos como el de esta publicación, cuando consideramos poseer suficientes referencias sobre el valor de su contenido, aunque sea por lo llamativo de los títulos de las contribuciones o sobre todo por la reputación de sus autores. Si no es este su caso, esperamos que haya encontrado algo de útil en las páginas precedentes. En todo caso, estamos seguros que consultará con gran provecho las numerosas páginas de esta obra.

JOSÉ HURTADO POZO

Fribourg / Lima, mayo de 2016

PRESENTACIÓN

Nada hacía presagiar cuando los Incas cultivaban la sagrada hoja de coca que se convertiría en una maldición para millones de seres humanos a partir de finales del siglo XX. Una hoja con poder energizante para los pobladores andinos, resultó el insumo principal de una de las drogas más potentes del mundo, la cocaína, que se empieza a comercializar en grandes cantidades desde los años noventa, con una capacidad de corrupción de todas las instituciones sociales, económicas y políticas, nunca antes vista.

La criminalidad organizada, asociada al tráfico de sustancias estupefacientes, pero también a muchos tráficos ilícitos, se presenta como uno de los retos más importantes para el derecho penal, en la medida que esta rama del derecho se ha diseñado bajo el paradigma de la responsabilidad individual, mientras que en estos casos se trata de organizaciones criminales, redes internacionales, conexiones, sinergias entre diferentes formas de criminalidad colectiva e individual, todo un mundo que resulta altamente difícil de disciplinar. El fenómeno de la globalización protagonizada a partir de las dos últimas décadas del siglo XX, caracterizado por la interconexión mundial superando el tiempo y el lugar aprovechando las tecnologías de la información, ha dado mayor impulso a la criminalidad organizada, ofreciéndole facilidades para el comercio ilícito y, especialmente, para reciclar sus beneficios ilícitamente obtenidos y continuar con el círculo vicioso de las actividades criminales. Los paraísos fiscales, las empresas *offshore*, el secreto bancario, la liberalización del mercado financiero, las nuevas monedas virtuales, etc., son todas posibilidades que se ofrecen al crimen global para incrementar sus ganancias. Las diversas formas de criminalidad que amenazan las instituciones democráticas y los derechos humanos, como son la criminalidad organizada, el terrorismo internacional, la corrupción pública y privada, convergen en una economía criminal. La criminalidad transnacional de los tráficos ilícitos cuenta, entonces, con las ventajas de los avances de la posmodernidad, mientras que las leyes que le hacen frente

están encerradas en barreras nacionales que limitan una intervención común ante fenómenos que superan las fronteras.

En este tablero mundial de la criminalidad organizada el Perú ocupa un lugar estratégico, lamentablemente. El Perú sigue siendo, conjuntamente con Colombia y Bolivia los principales productores de hoja de coca, elemento básico para la elaboración de la cocaína que se vende en todo el mundo[1]. Se dice que es el clima, la tierra, el cultivo ancestral de la hoja de coca en dichos países lo que hace prácticamente monopólico el cultivo de la misma, lo cual ha generado no pocos problemas en las sociedades colombiana, boliviana y peruana. En efecto, corrupción, proliferación de una economía informal, distorsiones en los tipos de cambio, aumento del consumo de drogas, violencia, incluso narco-terrorismo, inseguridad ciudadana, por citar los efectos más evidentes. La política auspiciada desde Naciones Unidas desde 1998 de desarrollar cultivos alternativos a la coca sí ha producido efectos en la disminución del número de hectáreas dedicadas al mismo[2], lo cual ha de valorarse positivamente. No obstante, la llamada "Guerra contra la Droga" también patrocinada desde Estados Unidos que propician políticas criminales punitivistas con penas muy duras, limitaciones a los beneficios penitenciarios, infringiendo en muchos casos el principio de proporcionalidad en la medida que se castiga con mayor frecuencia a los pequeños traficantes, sino a los propios consumidores, quedando en muchos casos fuera del alcance de la selectividad penal los grandes capos de las mafias de la droga, tampoco se ha mostrado muy eficaz. Incluso, para algunos especialistas, contraproducente pues parece alimentar más el fuego del narcotráfico al aumentar las ganancias de las mafias internacionales. Se dice que la guerra contra las drogas, muchas veces ha tenido más costes que las drogas mismas, por lo que se ha abierto un debate mundial importante sobre la despenalización del tráfico de drogas, aunque de una complejidad sin precedentes[3].

---

1 Cfr. datos del Naciones Unidas (2015), *Informe mundial sobre las drogas*, en Google, p. 9. Cito por orden de importancia en hectáreas de cultivo de hoja de coca. En 2013: 120,000 Colombia, 70,000 Bolivia y 50,000 Perú.

2 *Ibidem*, si se tiene en cuenta que 2007 es el año en el que se aprecian las cifras más altas de hectáreas de cultivo: 180,000 Colombia, 130,000 Bolivia y 100,000 Perú.

3 Según informa El País, 1 de Octubre de 2013, http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/10/01/actualidad/1380631938_018151.html, "Si la finalidad de los esfuerzos de las autoridades de EE UU, Europa o Australia –los principales mercados mundiales- frente al tráfico de drogas consiste en dificultar el acceso a las sustancias estupefacientes, el resultado es un claro fracaso. Con ligeras excepciones y, a pesar de los esfuerzos destinados a combatir la oferta, el precio (ajustado a la inflación) de la heroína, cocaína y cannabis se ha reducido sensiblemente entre los años 1990 y 2010 mientras la pureza de estas sustancias ha sido cada vez mayor, según un estudio que publica la revista *British Medical Journal* en su versión electrónica de acceso abierto. Los autores del trabajo concluyen en que las políticas mundiales de control de este tráfico a través de la represión legal están fallando ya que, además y paralelamente, las incautaciones de alijos, tanto en los países de origen como en el de destino, no han dejado de aumentar".

Lo cierto es que mientras exista esta lacra social el derecho penal tiene que hacerle frente, de forma legítima, proporcional, disuasoria. Está claro que no se puede caer en el minimalismo indulgente, pues las mafias internacionales encontrarían un lugar para desarrollar sus actividades criminales, de acuerdo al *fórum shopping*. Pero tampoco es posible plantear una política criminal del enemigo en el que se propician leyes punitivistas de castigos severos generalizados (como ha sido, en muchos casos, con tipos unitario de autor, penalización de todas las actividades por igual), puesto que se trata de un fenómeno social complejo en el que conviven muchos comportamientos de distinta índole. Dentro de una política criminal racional de un Estado de Derecho la Ley contra el crimen organizado es una herramienta fundamental para combatir un fenómeno criminal tan proteico, como corruptor de las instituciones sociales.

Por eso me complazco en presentar esta obra al público peruano, que compone un tratamiento sistemático de la Ley Contra el Crimen Organizado, N.º 30077, de 20 de agosto del 2013. Sin duda los operadores jurídicos, jueces y fiscales tendrán a la mano una obra que se detiene en los diversos aspectos, más relevantes, de la ley peruana que hace frente a este problema social que está en la raíz de muchas de las formas de inseguridad ciudadana que últimamente azotan a la sociedad peruana. Los diversos estudios están protagonizados por especialistas peruanos en la materia, gran-conocedores de las diversas caras de este poliedro que constituye el crimen organizado.

Se ha intentado contar con la participación de todos los profesores peruanos que hayan trabajado algunos de los temas referentes a la macro problemática de la criminalidad organizada. Con ello se pretendía dar realce a la doctrina peruana, es decir, al reconocimiento de una gran masa crítica de expertos en derecho penal, con maestrías o doctorados, profesores de universidades o abogados especialistas, que han elaborado estudios sobre los diversos temas y que, por afinidad social, podrían comprender la ley no sólo desde el punto de vista teórico, sino también por su vinculación a la realidad peruana. No es pues, un estudio encargado a analistas extranjeros, sino elaboración propia de impronta nacional. Los autores, por tanto, no requieren presentación particular más allá de sus propias obras y de lo señalado en el excelente prólogo del profesor José Hurtado Pozo, quien nos introduce en la obra. A todos mi agradecimiento por la confianza depositada en el proyecto y por formar parte de una obra colectiva inusitada sobre un tema que reclama la urgente atención de la política criminal peruana.

Por último, con estas líneas quisiera agradecer el trabajo del coordinador Fidel Nicolás Mendoza Llamacponcca, máster de Derecho Penal por la Universidad de Salamanca y candidato a doctor, quien ha realizado la difícil tarea de homogenizar

---

Indudablemente este es un dato empírico que una Política Criminal contra la droga no puede desconocer.

todos los textos en un formato común, para que la obra adquiera coherencia. Con Fidel Mendoza hemos realizado un trabajo en equipo, guiados por dos premisas: intentar elaborar un estudio sistemático de todos los aspectos más relevantes de la Ley Contra el Crimen Organizado peruana y convocar a la mayor parte de especialistas nacionales sobre el tema.

En Salamanca, agosto de 2016.

Fdo. **Laura Zúñiga Rodríguez**
Profesora Titular y Catedrática acreditada de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

ÍNDICE GENERAL

Prólogo 5

Presentación 17

PARTE I

ASPECTOS RELATIVOS A LA PARTE GENERAL

LAURA ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: El concepto de organización criminal de la Ley N.º 30077 sobre crimen organizado y el delito de asociación ilícita del art. 317 CP: Una difícil relación 33

I. Planteamiento 35

II. La criminalidad organizada en el Perú 38

III. La Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional 42

1. El significado de la Convención de Palermo 42

2. El viaje de un concepto criminológico a las tipificaciones jurídicas. 45

IV. Los delitos de organización: De los delitos de asociación para delinquir a la participación en organización criminal 49

V. Análisis de los arts. 2 y 3 de la Ley N.º 30077 y su relación con el art. 317 CP 56

1. ¿Se trata en el art. 2.1 de una definición de organización criminal que solo tiene efectos procesales? El predominio de los aspectos procesales 57

2. ¿Qué relación existe entre el concepto de organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.º 30077 y el del art. 317 del CP? 60

VI. Conclusiones 73
VII. Bibliografía 75

Eduardo Oré Sosa: La organización criminal. A propósito de la ley N.° 30077, Ley contra el crimen organizado 79
I. Introducción 81
II. El problema conceptual 83
III. El problema terminológico 89
IV. Tratamiento dogmático 91
V. Conclusiones 98
VI. Bibliografía 100

PARTE II

ASPECTOS RELATIVOS A LA PARTE ESPECIAL

Felipe Villavicencio Terreros: Criminalidad organizada y el delito de asesinato 105
I. Criminalidad organizada 107
1. Los instrumentos internacionales sobre la criminalidad organizada 107
2. Concepto de criminalidad organizada 112
3. El tratamiento de la criminalidad organizada en la legislación penal peruana 115
II. El delito de asesinato 117
1. Consideraciones generales 117
2. Imputación objetiva al homicidio calificado 119
3. Imputación subjetiva 122
4. Homicidios calificados de tendencia interna trascendente 123
5. Homicidios calificados de tendencia intensificada 126
6. Homicidios calificados por la especial motivación 130
III. Bibliografía 134

Fernando Vicente Núñez Pérez: La teoría del delito aplicada al tipo penal de sicariato como expresión del derecho penal del enemigo 141
I. La incorporación expresa y autónoma del tipo penal de sicariato en el código penal peruano 143

II. El aparente y supuesto conflicto normativo entre el tipo penal de sicariato con el todavía vigente tipo penal de asesinato por lucro.... 146
III. La estructura típica del delito de sicariato..... 152
1. La estructura de la tipicidad objetiva del delito de sicariato ... 152
2. La estructura de la tipicidad subjetiva del delito de sicariato .. 159
3. La problemática de la responsabilidad restringida en el tipo penal de sicariato 161
4. El tipo penal de sicariato con agravantes..... 163
IV. La problemática de la criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico vida humana independiente por medio de los tipos penales de conspiración, ofrecimiento y solicitud al sicariato . 167
1. Una nueva manifestación legislativa del derecho penal del enemigo 167
2. La estructura típica del tipo penal de conspiración al sicariato 176
V. Conclusiones interpretativas 189
VI. Bibliografía..... 192

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO: Criminalidad informática, crimen organizado e internacionalización del delito..... 197
I. Introducción..... 200
II. Los riesgos de la informática y su relación con el crimen organizado.... 201
III. Precisión conceptual previa: distinción entre los delitos informáticos propiamente dichos y los delitos computacionales..... 208
IV. La regulación de los delitos informáticos en el Perú..... 212
1. Antecedentes legislativos 212
2. La legislación vigente (Ley N.º 30096)..... 213
3. Elementos trascendentes de la nueva regulación peruana de los delitos informáticos..... 215
V. Crimen organizado y criminalidad informática..... 218
1. Planos en los que se articula la relación entre crimen organizado y delito informático..... 218
2. Rasgos de conexión entre el crimen organizado y la criminalidad informática..... 219
VI. A modo de conclusión: Los retos de la justicia penal ante la criminalidad informática..... 226
VII. Bibliografía..... 228

Dino Carlos Caro Coria: Criminalidad organizada en materia ambiental: A propósito del delito de minería ilegal 237
I. Introducción 239
II. Criminalidad organizada y delitos ambientales 240
III. Medidas legislativas adoptadas para combatir la criminalidad en materia ambiental 244
IV. El tipo base del delito de minería ilegal 250
1. Minería informal, minería ilegal y delito de minería ilegal 250
2. Consecuencias nocivas de la actividad minera ilegal: consecuencias sobre el ambiente, sobre la economía nacional y cifras de la minería ilegal 255
3. Sobre el fundamento para la represión penal del delito de minería ilegal 258
4. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido 259
5. Tipo objetivo 261
6. Tipo subjetivo 264
V. Modalidades agravadas del delito de minería ilegal 264
1. En zonas no permitidas para el desarrollo de la actividad minera .. 265
2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas 266
3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares ... 268
4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas 268
5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano 269
6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público 269
7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable 270
VI. Conclusiones 270
VII. Bibliografía 271

José Ugaz Sánchez-Moreno y Esther Hava García: Cómo definir la gran corrupción 275
I. Introducción 277
II. La lucha contra la Gran Corrupción 279

III. Elementos caracterizadores de la Gran Corrupción 280
1. El factor económico 283
2. El factor político 283
3. El factor sistémico 284
4. El factor social 285
5. El factor impunidad 285
6. Traducción jurídica 286
IV. Retos de la tipificación autónoma 287
1. La delimitación de las conductas típicas 287
2. La difícil concreción de algunos elementos de la Gran Corrupción 288
V. Propuesta inicial de definición 294
VI. Bibliografía 297

INGRID DÍAZ CASTILLO: Criminalidad organizada y corrupción en la contratación pública: análisis del injusto típico de los delitos de colusión y negociación incompatible como base para la aplicación de la Ley N.º 30077 299
I. Introducción 301
II. Crimen organizado y contrataciones públicas: su combate a través de los delitos de colusión y negociación incompatible 302
III. Cuestiones preliminares: el bien jurídico protegido en los delitos de colusión y negociación incompatible y su legitimidad como tipos de peligro abstracto 304
IV. El injusto típico del delito de colusión 309
1. Contenido y alcances de la concertación 310
2. La defraudación 312
3. La configuración del delito de colusión 314
V. El injusto típico del delito de negociación incompatible 316
1. El interés indebido como núcleo de la conducta 316
2. La forma del interés: directa, indirecta o por acto simulado 319
3. La configuración del delito de negociación incompatible 320
VI. Conclusiones 325
VII. Bibliografía 327

GUILLERMO ALEJANDRO ASTUDILLO MEZA: Criminalidad organizada y corrupción *compliance* como mecanismo de lucha contra la corrupción: especial referencia a la autorregulación de las empresas 331
I. Introducción 333
II. Autorregulación y autorregulación regulada 337
III. Autorregulación de la empresa a través de los programas de cumplimiento 340
IV. Autorregulación de la empresa y contratación pública 347
V. A manera de conclusión 350
VI. Bibliografía 351

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA: Criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú 355
I. Introducción 357
II. Perú, un país de economía emergente 365
III. Sobre la economía informal en el Perú emergente 367
IV. Presencia de la criminalidad organizada en el Perú 369
V. Criminalidad organizada y lavado de activos ¿Una alianza táctica? . 371
VI. Criminalidad organizada y lavado de activos en la economía emergente peruana 374
VII. Control de la criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú de economía emergente, informal e ilegal 381
VIII. Algunas conclusiones 384
IX. Bibliografía 385

PERCY GARCÍA CAVERO: El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada 389
I. Introducción 391
II. La criminalidad organizada 392
1. La realidad criminológica 392
2. Las decisiones político-criminales 395
III. El lavado de activos 398
1. La realidad criminológica 398
2. Las decisiones político-criminales de represión del lavado de activos 406
IV. Bibliografía 413

JUANA DEL CARPIO DELGADO: Análisis comparativo del delito de lavado de activos en las legislaciones penales peruana y española 417
I. Presentación 419
II. Objeto material del lavado de activos 421
1. Los bienes como objeto material 421
2. Origen de los bienes: la previa comisión de un delito 427
3. Clases de delitos previos: de un sistema restringido a un sistema abierto 430
4. La autonomía del lavado de activos y su nexo con el delito previo 441
5. Características del delito previo 454
III. El sujeto activo: modelo alternativo o acumulativo 457
IV. Conducta típica 462
1. Antecedentes: el lavado como una modalidad de receptación . 462
2. El lavado de activos como un delito de resultado: D. Leg. N.° 986 del 2007 464
3. La conducta típica en la normativa vigente 464
V. Tipo subjetivo 476
1. El conocimiento del origen delictivo de los bienes como elemento del dolo 476
2. Elementos subjetivos del tipo de injusto 479
VI. Bibliografía 482
VII. Jurisprudencia 488

FIDEL NICOLÁS MENDOZA LLAMACPONCCA: Tratamiento del objeto material y el delito previo en el lavado de activos 491
I. Introducción 493
II. Antecedentes normativos 494
1. Documentos internacionales 494
2. Legislación nacional 497
III. Activos susceptibles de ser objeto material 500
1. Dinero 505
2. Bienes 507
3. Efectos 508
4. Ganancias 509
5. Títulos valores 510

IV. El delito fuente 510
1. Naturaleza jurídica 511
2. Autonomía del lavado de activos 524
3. La prueba del delito fuente 536
4. Determinación legal del delito fuente 548
5. Grado de realización y relación de integración 556
6. Supuestos problemáticos de delito fuente 559
V. Circunstancias modificativas de la responsabilidad vinculadas al delito fuente y al objeto material 564
1. Circunstancias relativas al delito previo 564
2. Circunstancias relativas al valor del objeto 565
VI. Conclusiones 565
VII. Bibliografía 568
VIII. Jurisprudencia 576

Alfredo Alpaca Pérez: Delincuencia organizada, delitos tributarios y delito de lavado de activos 579
I. Introducción 581
II. Sobre el concepto de "organización criminal" y algunos aspectos relevantes de la Ley N.° 30077 584
III. Delitos tributarios en el marco de la Ley N.° 30077 593
IV. Delitos tributarios y lavado de activos 602
V. Apreciaciones previas sobre el delito de lavado de activos (Decreto Legislativo N.° 1106) 604
1. Algunos problemas sustantivos originados por la amplitud en la descripción de las modalidades del delito de lavado de activos (artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.° 1106) ... 604
2. Breve excurso: el bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos según el Acuerdo Plenario N.° 03-2010 y el AP N.° 07-2011 608
3. "Delitos tributarios" como delitos precedentes del delito de lavado de activos (artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106) 618
VI. Defraudación tributaria como delito fuente del delito de lavado de activos 621
1. Argumentos a favor de entender a la defraudación tributaria como delito previo al delito de lavado de activos 622

2. Argumentos en contra de entender a la defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos 628
3. Valoración final: admisibilidad limitada de los delitos tributarios como delitos previos del delito de lavado de activos 631
VII. Regularización tributaria y delito de lavado de activos 632
VIII. Bibliografía 636

PARTE III

ASPECTOS PROCESALES

Pablo Sánchez Velarde: Criminalidad organizada y proceso penal 643
I. Introducción 645
II. Definición y características de la criminalidad organizada 646
III. Efectos del crimen organizado 647
IV. La Convención de Palermo y la delincuencia organizada transnacional .. 647
V. Delincuencia organizada y corrupción en el Perú 648
VI. Ley Contra el Crimen Organizado N.° 30077 650
VII. El proceso penal como instrumento contra el crimen organizado ... 650
1. Técnicas especiales de investigación 650
2. Medidas limitativas de derechos 652
VIII. Organización de la Fiscalía de la Nación–Ministerio Público, en la lucha contra la criminalidad organizada 653
IX. Consideraciones finales 654
X. Bibliografía 654

César San Martín Castro: El proceso penal contra el crimen organizado 657
I. Aspectos generales 659
1. Introducción 659
2. Concepto 660
3. Principales características sustantivas 661
4. Delitos comprendidos 662
II. Aspectos procesales 663
1. Ámbito de aplicación 663
2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado 664

III. Actos especiales de investigación 671
1. Fundamento 671
2. Agente encubierto y especial 672
3. Circulación y entrega vigilada 677
IV. Problemas probatorios 679
1. Del agente encubierto 679
2. De las operaciones encubiertas 681
3. De la circulación y entrega vigilada 683
4. De la prueba provocada y prueba trasladada 684
V. Técnicas especiales de investigación 688
1. Aspectos generales 688
2. Aspectos diferenciales 689
VI. Bibliografía 689

Roberto Cáceres Julca: El proceso de pérdida de dominio en el marco de la Ley Contra el Crimen Organizado 691
I. Consideraciones generales sobre la Ley N.° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado 693
II. El proceso de pérdida de dominio en el marco de la Ley Contra el Crimen Organizado 694
1. Características del proceso de pérdida de dominio 699
III. Supuestos para demandar pérdida de dominio 709
1. Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal 709
2. Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito 710
3. Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción 712
4. Cuando, al concluir el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad 713
IV. Inadmisibilidad e improcedencia de la demanda de pérdida de dominio 714
1. Supuestos de inadmisibilidad de la demanda de pérdida de dominio 714
2. Supuestos de improcedencia de la demanda de pérdida de dominio 716

PARTE I

ASPECTOS RELATIVOS A LA PARTE GENERAL

EL CONCEPTO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL DE LA LEY N.º 30077 SOBRE CRIMEN ORGANIZADO Y EL DELITO DE ASOCIACIÓN ILÍCITA DEL ART. 317 CP: UNA DIFÍCIL RELACIÓN

Laura Zúñiga Rodríguez

Catedrática en Derecho Penal
Universidad de Salamanca
Directora del Observatorio de Criminalidad Organizada Transnacional

SUMARIO: I. Planteamiento. II. La criminalidad organizada en el Perú. III. La Convención de Naciones contra la Criminalidad Organizada Transnacional. 1. El significado de la Convención de Palermo. 2. El viaje de un concepto criminológico a las tipificaciones jurídicas. IV. Los delitos de organización: de los delitos de asociación para delinquir al delito de participación en organización criminal. V. Análisis de los arts. 2 y 3 de la Ley N.º 30077 y su relación con el art. 317 CP 1. ¿Se trata el art. 2.1 de una definición de organización criminal que solo tiene efectos procesales? El predominio de los aspectos procesales. 2. ¿Qué relación existe entre el concepto de organización criminal del art. 2.1 Ley N.º 30077 y el del art. 317 CP? 2.1. La diferencia del número de personas. 2.2. La diferencia de delitos del programa criminal. 2.3. Grados de integración y colaboración punibles distintos. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. PLANTEAMIENTO

El presente trabajo pretende realizar un análisis de uno de los aspectos sustantivos más cruciales en la lucha contra la criminalidad organizada, el cual es comprender los tipos de organización criminal tipificados en las leyes penales. En el Perú, el Código Penal contempla en su art. 317 el delito de asociación ilícita (también llamado asociación para delinquir), dentro del Título XIV "Delitos contra la tranquilidad pública", Capítulo I, "Delitos contra la paz pública", con raigambre histórica importante pues data de los primeros códigos nacionales. Por otro lado, la Ley N.º 30077 del 20 de agosto del 2013 contra el crimen organizado incorpora en el art. 2.1 una definición de organización criminal y su ámbito de aplicación (art. 3: delitos comprendidos), que según el *desiderátum* del legislador tendría la finalidad de "fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organización criminal" (art. 1), es decir, tendría solo alcance procedimental, a efectos investigativos, procesales y de determinación de los beneficios penitenciarios. Pero

como seguidamente se verá, dicha incorporación de una definición auténtica de organización criminal, tal y como está configurada en la Ley N.º 30077, plantea una serie de problemas interpretativos que intentaré dilucidar.

Me refiero a las siguientes interrogantes que se presentan con esta doble regulación de la organización criminal.

1. ¿Tiene la regulación del art. 2.1 Ley N.º 30077 solo consecuencias procesales y carece de efectos sustantivos?
2. ¿Qué relaciones se plantean entre el delito de asociación ilícita del art. 317 del CP y el concepto de organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.º 30077?
3. ¿Es idónea la regulación de asociación ilícita del art. 317 del CP para hacer frente a la criminalidad organizada?
4. ¿Respeta la regulación peruana (arts. 317 del CP y art. 2.1 de la Ley N.º 30077) los parámetros impuestos por la Convención de Palermo?

En suma, se analizará críticamente la tipificación penal en relación con el concepto de organización criminal plasmado en la nueva regulación contra el crimen organizado, señalando las dificultades interpretativas y los déficits encontrados. Todo según el mandato internacional de la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000 (más conocida como Convención de Palermo) y de la realidad criminológica que presenta este fenómeno criminal complejo.

El estudio no puede dejar de tener en cuenta otra fuente del derecho, como lo es la jurisprudencia. Lamentablemente, el acceso y la cantidad de casos jurisprudenciales considerados como propios de la criminalidad organizada en el Perú son escasos, por lo que se tendrán en cuenta aspectos relevantes de la jurisprudencia española, que es muy abundante y está desarrollada en los últimos tiempos, principalmente en el ámbito de los delitos de narcotráfico. Al fin y al cabo, lo que se puede considerar organización *estable* o no son construcciones jurídico-sociales que bien pueden valer para diferentes realidades o, al menos, pueden ayudar a comprender sus alcances. Más aún, el carácter transnacional de las organizaciones criminales modernas obliga a un tratamiento del derecho comparado. Estas se mueven de un país a otro en busca de situaciones jurídicas favorables en las que tengan más posibilidades de impunidad (*fórum shopping*), gracias a las legislaciones más benignas, operadores jurídicos poco formados o presas fáciles de la corrupción. Las necesidades de armonización, de cooperación policial y judicial son imperiosas y, por tanto, requieren de un enfoque más amplio al de la propia legislación nacional.

No es posible olvidar las palabras del entonces secretario general de NN.UU. Kofi ANNAN, quien en el prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional de 2000, advierte que, conforme con la Declaración del Milenio, "los hombres y las mujeres tienen derecho a vivir su vida y a criar a sus hijos con dignidad y libres del hambre y del temor a la violencia, la opresión o la injusticia", se proclama la liberación del temor y de la miseria como los valores esenciales del siglo XXI. Más adelante, en el año 2005, el mismo Kofi ANNAN, en su informe *Un concepto más amplio de libertad: Desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos*[1], mostraba que terminada la Guerra Fría y cuando parecía haberse iniciado una era de paz, las preocupaciones en torno a la seguridad vuelven a dominar la agenda internacional, esta vez de la mano de grupos criminales diversos que se interconectan fácilmente y aumentan su potencia criminal. En el punto 78 sostiene: "Entre las amenazas a la paz y la seguridad en el siglo XXI se cuentan no solo la guerra y los conflictos internacionales, sino los disturbios civiles, la delincuencia organizada, el terrorismo y las armas de destrucción en masa [...] Todas ellas pueden socavar a los Estados como unidades básicas del sistema internacional".

En este mundo globalizado, al albor de la desregulación económica y del desarrollo de los medios de comunicación, el crimen global, esa gran maraña de redes criminales que se entreteje principalmente en la economía criminal, donde se producen los tráficos ilícitos de bienes y servicios de un país a otro, ha crecido de manera exponencial, interconectándose las organizaciones criminales de distinto signo, al colaborar profesionales con ellas, tercerizando algunos servicios, comprometiendo los Gobiernos de algunas naciones, en un mundo con claro-oscuros difíciles de discernir.

Se estima que el crimen organizado transnacional genera 870 mil millones de dólares al año, más de 6 veces el presupuesto de la asistencia oficial para el desarrollo y equivalente al siete por ciento de las exportaciones mundiales de mercancías[2]. Las descomunales ganancias de las organizaciones criminales internacionales generan unos desequilibrios en la economía mundial, pues pueden

1 NACIONES UNIDAS, *Informe: Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas. Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio.* A/59/2005, de 21 de marzo del 2005, correspondiente al Quincuagésimo noveno periodo de sesiones, Temas 45 y 55 del programa.

2 OFICINA DE NACIONES UNIDAS CONTRA LAS DROGAS Y EL CRIMEN, "Delincuencia organizada transnacional: la economía ilegal mundializada España", 2009. Recuperado de <http://bit.ly/20V8Mxl>.

ser incluso generadoras de crisis económicas que afectan a la estabilidad de todo el planeta.

El camino que se va a trazar para responder a las cuestiones planteadas es el siguiente. Primero, se hará un análisis de la situación de la criminalidad organizada en el Perú para comprender sus aspectos criminológicos más relevantes. Después, se estudiará el alcance de la normativa de la Convención de Palermo y su significado para las legislaciones nacionales. Seguidamente, se analizará el paso de las legislaciones penales de los distintos países desde el delito de asociación ilícita a los tipos de organización criminal. Para finalmente entrar en el análisis de la normativa peruana, concretamente de los arts. 2 y 3 de la Ley N.º 30077, profundizando en su relación con el art. 317 del CP. Todo ello nos permitirá verificar si la regulación peruana es finalmente idónea para hacer frente a la criminalidad organizada.

II. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ

Por supuesto que la realidad criminológica de cada país posee sus propias peculiaridades, lo cual dificulta los requeridos acuerdos en materia de criminalidad organizada transnacional, pero ello no puede impedir la visión compleja del carácter internacional de las organizaciones criminales más poderosas, muchas de ellas capaces de poner en juego la seguridad de los propios Estados democráticos. Y, sin duda, el Perú juega un papel fundamental en el tablero del narcotráfico internacional.

El Perú sigue siendo, conjuntamente con Colombia y Bolivia los principales productores de hoja de coca, elemento básico para la elaboración de la cocaína que se vende en todo el mundo[3]. Se dice que es el clima, la tierra, el cultivo ancestral de la hoja de coca en dichos países lo que hace prácticamente monopólico el cultivo de la misma, lo cual ha generado no pocos problemas en las sociedades colombianas, bolivianas y peruanas. En efecto, corrupción, proliferación de una economía informal, distorsiones en los tipos de cambio, aumento del consumo de drogas, violencia, incluso narcoterrorismo, por citar los efectos más evidentes. Pero además de los daños a las personas encarceladas, a los consumidores de drogas, puede observarse últimamente el daño que está generando al medio ambiente el cultivo de hoja de coca. La política auspiciada por las Naciones Unidas desde 1998 de desarrollar cultivos alternativos a la coca

3 Loc. cit. NACIONES UNIDAS, *Informe mundial sobre las drogas*, 2015, en Google, p. 9. Cito por orden de importancia en hectáreas de cultivo de hoja de coca. En 2013: 120,000 Colombia, 70,000 Bolivia y 50,000 Perú.

sí ha producido efectos en la disminución del número de hectáreas dedicadas al mismo[4], lo cual ha de valorarse positivamente. No obstante se mantienen políticas criminales punitivistas que propician penas muy duras, infringiendo en muchos casos el principio de proporcionalidad en la medida que se castiga con mayor frecuencia no solo a los pequeños traficantes, sino a los propios consumidores, quedando en muchos casos fuera del alcance de la selectividad penal los grandes capos de las mafias de la droga.

Un primer problema con que nos enfrentamos es cómo cuantificar la incidencia del crimen organizado en un país, si incluso no es fácil medir los niveles de persecución del delito emblemático de tráfico de drogas. Como sostiene PELAEZ PIÑEIRO[5]: "es imposible saber cuántos delitos de tráfico de drogas se comete porque simplemente no se denuncian y tampoco se detectan. Para contabilizar la incidencia del tráfico de drogas, se emplean otros datos, como por ejemplo el número de personas detenidas a las que se le imputa el delito de tráfico, y eso siempre ocurre *a posteriori*, una vez detenido el delincuente". Tampoco los países suelen contabilizar las tasas de delitos cometidos por organizaciones criminales, sino simplemente las estadísticas suelen realizarse por los delitos emblemáticos de tráfico de drogas, trata de personas, blanqueo de capitales, etc.

Un buen índice —aunque no suficiente, por supuesto— para valorar la incidencia del crimen organizado en un país suelen ser las tasas de encarcelados por tráfico de drogas. Según un estudio realizado por SOBERÓN, en el Perú, en promedio, en los últimos años, entre el 20 y el 24 por ciento de la población penitenciaria está en la cárcel por delitos de drogas. Solo la tercera parte de esta población, aproximadamente, tiene su situación jurídica definida, y la mayoría son presos preventivos[6]. Este dato nos da un reflejo insuficiente de la incidencia de la criminalidad organizada en el Perú, porque como se ha dicho, los que suelen ser encarcelados son los pequeños traficantes y quedan fuera de estos índices los grandes capos de las organizaciones criminales[7].

---

4 *Ibid.*, Si se tiene en cuenta que 2007 es el año en el que se aprecian las cifras más altas de hectáreas de cultivo: 180,000 Colombia, 130,000 Bolivia y 100,000 Perú.

5 PELAEZ PIÑEIRO, Luis, *Estrategias de respuesta de la Guardia Civil en materia de delincuencia grave y organizada*, Trabajo de fin de máster, Cantabria: Universidad Internacional Menéndez Pelayo, 2014, p. 47.

6 Cfr. SOBERÓN GARRIDO, Ricardo, "Legislación en materia de drogas y situación carcelaria en el Perú". Lima: 2010, p. 81. Recuperado de <http://bit.ly/1NmmLd6>.

7 Esta es una constante, lamentablemente, en América Latina. Gracias al discurso de "guerra contra las drogas" proyectado desde Estados Unidos desde los años ochenta, se han promulgado leyes represivas que no respetan el principio de proporcionalidad, incidiendo en los eslabones más bajos de las organizaciones criminales. Esta política criminal en sintonía con la tolerancia cero de la criminalidad callejera supone la repre-

Efectivamente, uno de los principales problemas que poseemos los que nos acercamos al estudio de este fenómeno es la escasez de datos, de cifras o estadísticas capaces de medir su real actuación[8]. Adentrándonos en factores, resulta importante la distinción de las actividades delictivas que realizan las organizaciones criminales, pues como se ha afirmado anteriormente, la criminalidad organizada constituye un mundo.

Los especialistas suelen distinguir las *actividades principales* o básicas del grupo, que son aquellos mercados ilegales a través de los cuales el grupo obtiene el principal beneficio económico (la finalidad del programa criminal) de las *actividades instrumentales* que son, por el contrario, actividades necesarias para el desarrollo, mantenimiento y supervivencia de la organización y su negocio. Igualmente, dentro de las actividades principales, nos encontramos tres tipos de actividades relacionadas con el crimen organizado: a) la provisión de servicios ilícitos; b) la provisión de bienes ilegales y c) la infiltración de empresas legales. Pero tal distinción que es importante para calibrar la magnitud de las actividades finales principales del grupo y, por tanto, medir su peligrosidad, también puede abocar a minusvalorar las actividades instrumentales que, en algunos casos, son de una capacidad criminógena relevante, como puede ser el uso de la violencia o el blanqueo de dinero. De todos modos, se percibe en la realidad última con frecuencia que existen organizaciones que se dedican a actividades instrumentales para otros grupos criminales: a la falsificación de documentación, a la extorsión o al blanqueo de capitales cuyos servicios son contratados por organizaciones externas. Como es lógico, en estos casos, las actividades instrumentales pasan a ser principales[9].

Otro de los delitos asociados a la criminalidad organizada que se cometen en el Perú es la trata de seres humanos. La explotación sexual por parte de redes

---

sión dura frente al microtráfico, olvidando la gran criminalidad del narcotráfico que, en muchos casos está emparentada con la corrupción política. Se trata de propuestas de "duros contra los débiles y débiles contra los duros" que, finalmente es expresión de la gran política criminal punitivista, simbólica, excesiva que domina nuestro tiempo con un marcado acento en el mantenimiento del *status quo* y del encarcelamiento de los sectores marginados de la sociedad. *Vid.* PALADINES RODRÍGUEZ, Jorge Vicente, "Duros contra los débiles y débiles contra los duros", Quito: 2015, p.13. Recuperado de <http://bit.ly/26gNiiv>.

8 Sobre las dificultades de una medición científica en la criminalidad organizada Cfr. GIMÉNEZ-SALINAS, Andrea; Luis DE LA CORTE IBAÑEZ ; Laura REQUENA ESPADA y Manuel DE JUAN ESPINOSA, "La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión Imposible?", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, Madrid: 2009. Recuperado de <http://bit.ly/1TlaOUx>.

9 *Ibid.*, p. 17.

criminales en las que se somete a personas, principalmente mujeres y menores, a una condición de esclavitud, es un fenómeno denunciado hace tiempo como un "delito invisible", porque ni la ciudadanía, ni las autoridades toman carta en el asunto y el "negocio" resulta muy rentable por las altas ganancias y la impunidad[10]. Se trata de un fenómeno criminal de carácter nacional y transnacional, porque hay trata interna y transfronteriza. Las recomendaciones de prevención y análisis del fenómeno insisten en el enfoque de género, porque la gran mayoría de víctimas son mujeres, pero lo triste es que las victimarias también lo son[11].

En este mundo globalizado donde todo se "vende" y todo se "compra", la situación de vulnerabilidad por razón de pobreza de algunos peruanos, especialmente de mujeres y niños, es un buen caldo de cultivo para ser víctimas de tratantes de personas nacionales y transnacionales. Por eso, es un gran "negocio" que mueve millones de dólares. Se calcula que a nivel mundial, según la OIT, existen unas 20,450,000 personas víctimas de la trata, delito que genera ingresos anuales de alrededor de 12 mil millones de dólares, de los cuales entre 5 y 7 provienen de actividades vinculadas a la explotación sexual, considerando solo los beneficios producidos por la venta inicial de las mujeres[12].

Como se ha dicho anteriormente, se trata de un fenómeno con poca visibilidad y por tanto que despierta poca sensibilidad. Este es uno de los grandes problemas para su prevención y persecución, pues estamos ante delitos que discurren sin que se perciban, porque como pone de relieve el Informe de Naciones Unidas de 2012, "no existe un registro convalidado y sistematizado en el horizonte nacional que incorpore el número exacto de casos a nivel policial, fiscal y judicial, que abarque todas las modalidades y fines de este delito. Menos aún se cuenta con un ente externo que monitoree la información a nivel central"[13]. Por tanto, los índices de eficacia en cuanto al castigo resultan bastante bajos, pese a que la tipificación del delito es adecuada y responde al Protocolo de Palermo. Sin embargo, como también pone de manifiesto el mismo informe, "a la fecha existe confusión en la terminología de los conceptos y normas legales respectivas entre los responsables de su aplicación, lo que dificulta las acciones necesarias. Más aún, se reafirma tal conclusión al notar que más del 50 % de

10 *Vid. EL COMERCIO*, "La trata de personas en el Perú. Un delito invisible", en *El* Comercio. Lima: 23 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1TlaOUx>.

11 Cfr. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Estudio sobre el estado de la trata de personas en el Perú*, Lima: 2012, p. 165. Recuperado de <http://bit.ly/1pivO3s>.

12 Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, *Estudio sobre el estado de la trata de personas en el Perú*, ob. cit., p. 11.

13 *Ibid.*, p. 17.

los entrevistados considera regular la eficacia y eficiencia del Marco Legal de la trata de personas que actualmente está vigente a nivel nacional" [14].

III. LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA TRANSNACIONAL

La capacidad de los Estados para hacer frente a los diversos tráficos ilícitos de bienes, personas y servicios, en los que la oferta y la demanda se producen de un país a otro, con los instrumentos nacionales diseñados a partir de principios decimonónicos construidos bajo el prisma del Estado nacional y su consiguiente monopolio de la ley penal, deviene obsoleta, trasnochada y fuertemente menguada, porque en realidad se trata de otro paradigma, otra fenomenología de actuación de las organizaciones criminales actuales que, en muchos casos, difícilmente encaja en las nociones tradicionales.

El nuevo siglo se inauguró con un acuerdo importante sobre la materia que nos ocupa. Sin duda la conocida como Convención de Palermo de 2000 y denominada formalmente "Convención contra la Criminalidad organizada transnacional", constituye un hito histórico de consenso sobre esta moderna criminalidad que se hace cada vez más patente en la era de la globalización. El acuerdo multilateral que supone establecer definiciones comunes para los Estados nacionales sobre conceptos cuya realidad criminológica es compleja, proteica, plagada de especificidades, solo puede saludarse bajo el prisma de la necesidad de la cooperación internacional y la armonización de las legislaciones, frente a la grave amenaza que las diversas formas de criminalidad organizada transnacional representan para la seguridad, la paz y el desarrollo democrático de los Estados.

1. El significado de la Convención de Palermo

Por eso, alcanzar acuerdos en esta materia, que tengan en cuenta realidades y legislaciones muy diferentes, y concilien las tradiciones jurídicas del *common law* y el sistema eurocontinental, no puede ser más que encomiable. El camino para llegar a la Convención de Palermo fue un proceso largo y difícil que conviene no olvidar, pues explican muchas de las cuestiones a debate. Entre otras, la influencia de la noción de *conspiracy* de los anglosajones, impropia de nuestra tradición jurídico-penal que fundamenta el delito en al menos el comienzo de la tentativa, es decir, en la lesividad de la conducta.

14 *Ibid.*, p. 16.

La primera vez que Naciones Unidas se ocupa de este fenómeno y, por tanto, reconoce su existencia y su dañosidad social es en 1975, en el seno de la *V Convención de Naciones Unidas para la Prevención del Crimen*, en la cual se examinó "Cambios de las formas y dimensión de la delincuencia transnacional y nacional". En esa misma Convención se reconoció la importancia de la criminalidad como empresa *(crime as business)*, señalando los diversos niveles de la misma: criminalidad organizada, criminalidad de empresa (*white-collor crime*) y corrupción. La criminalidad como empresa fue reconocida como un problema más serio para la sociedad y las economías nacionales que la delincuencia tradicional, especialmente para los países en vías de desarrollo[15]. Sin duda, aquí se puede ver la impronta de la ley R.I.C.O.[16] que es la primera regulación a nivel mundial que da nombre y carta de naturaleza al crimen organizado.

Seguidamente, diversas convenciones de la NN.UU. se ocuparon del tema, ya sea en relación con el terrorismo, la corrupción o la delincuencia transnacional. Pero ha sido en 1994 cuando la NN.UU. logra el mayor consenso internacional al respecto, al reunir a representantes de 142 Estados en Nápoles (Italia), los días 21-23 de noviembre, para aprobar la Declaración Política y *Plan de Acción Global contra la Criminalidad Organizada Transnacional*, que fue más tarde aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas (Resolución 49/159 de 23 de diciembre de 1994). Lo especialmente interesante de esta Convención es el interés por establecer *definiciones comunes* de aspectos clave: grupo criminal organizado, delito grave, delitos transnacionales, etc., en un mundo, como se ha dicho, plagado de diferencias.

La importancia de un instrumento internacional propiciado por Naciones Unidas, como la Convención de Palermo, queda patente por constituir una base mínima común, para agilizar la cooperación internacional. De ahí también la relevancia de que los Estados nacionales traspongan en sus legislaciones penales

15 Cfr. Cherif Bassiouni, Mahmoud y Eduardo Vetere, *Organized Crime. A Compilation of U. N. Documents 1975-1998*, New York: enero de 1998, ONU, p. xvii y véase un extracto del documento en el mismo, pp. 812-815.

16 La señal de inicio de la noción internacional de criminalidad organizada la marca la ley estadounidense *Organized Crime Control Act* de 1970, comprendida en la más notoria *Rackleteer Influenced and Corrupt Organizations* (Ley sobre las organizaciones corruptas y extorsionadoras, mundialmente conocida como ley R.I.C.O.), que propone una visión relativamente más genérica del fenómeno en examen, poniendo de relieve el carácter organizativo y corruptivo del mismo, y renunciando a construir una definición más articulada y descriptiva de la complejidad del fenómeno que lo comprende. La ley R.I.C.O tipifica el delito de participación en los asuntos de una empresa con ayuda de métodos extorsivos, con lo cual se vincula la noción de criminalidad organizada con la criminalidad de empresa.

(armonización legislativa) los conceptos allí desarrollados, para los efectos de hacer realidad la mayor eficacia de prevención y represión de la criminalidad organizada transnacional. Las carencias en alguno de estos aspectos aboca al propio Estado a la posibilidad de convertirse en un "paraíso legal" para las mafias, con el consiguiente deterioro de sus relaciones sociales, económicas y políticas. A tal punto, que puede poner en el peor de los casos, en jaque, a las propias instituciones democráticas.

Hay que tener en cuenta que con anterioridad a la Convención de Palermo, las formas de colaboración eran bilaterales, en el mejor de los casos, multilaterales por bloques económico-políticos. En cambio, dicha Convención constituye el punto de arranque para visibilizar la relevancia de un mínimo común denominador para cooperar más fluidamente entre los operadores jurídicos de los diversos Estados, en un mundo donde el trámite engorroso de la extradición queda totalmente trasnochado.

El Perú ha ratificado la Convención de Palermo por Resolución Legislativa N.º 27527 del 5 de octubre del 2001, es decir, inmediatamente después de su aprobación. Con ello, el Estado peruano se compromete a poner en marcha diversos mecanismos jurídicos sustantivos y procesales para reprimir eficazmente la criminalidad organizada transnacional, entre ellos, la trasposición del delito de participación en organización criminal. Es decir, más allá de las concretas tipificaciones penales de los diversos Estados sobre los delitos implicados (tráfico de drogas, trata de personas, etc.) se consideró necesaria *una figura común básica que castigue la mera intervención en una organización criminal, al margen de los delitos concretamente cometidos*. Además, esta tipificación común allanaría el paso de la cooperación policial y judicial en la medida que supera el requisito de la doble incriminación.

Se trata, según la nomenclatura de la Convención de Palermo de "la penalización de la participación en un grupo delictivo organizado" (art. 5), definiendo en el art. 2, lo que ha de entenderse por "grupo delictivo organizado": "se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". Además, la Convención de Palermo define al "grupo estructurado" en el mismo art. 2, como una figura menos fuerte que el grupo delictivo organizado, prácticamente subsidiaria: "Por 'grupo estructurado' se entenderá un grupo no formado fortuitamente para la comisión inmediata de un delito y en el que no necesariamente se haya asignado a sus miembros funciones formalmente definidas ni haya continuidad en la condición de miembro o exista

una estructura desarrollada". Llama la atención que la Convención incorpore dos conceptos: un "concepto fuerte" que es el de *grupo criminal organizado* y un "concepto débil" que es el de *grupo estructurado*, intentando con ello cubrir las diversas posibilidades de manifestación de la criminalidad organizada, desde organizaciones fuertemente estructuradas hasta grupos criminales menores.

Aunado a las figuras de organización criminal, la Convención de Palermo identificó algunos delitos que se consideran fundamentales en la criminalidad organizada, por lo cual recomienda su tipificación: blanqueo del producto del delito (art. 6)[17], corrupción (art. 8) y obstrucción a la justicia (art. 23). Además del Protócolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños y el Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes por tierra, mar y aire, que complementan la Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada Transnacional.

Lamentablemente, como veremos más adelante (Epígrafe V), tal trasposición no ha sido del todo satisfecha con la Ley N.° 30077, pues al margen de las peculiaridades del concepto de organización criminal, la ley no realiza una reforma en profundidad de la figura de asociación criminal del art. 317 CP, perdiendo así la oportunidad de una regulación más moderna e idónea contra la criminalidad organizada.

2. El viaje de un concepto criminológico a las tipificaciones jurídicas.

Planteada la necesidad y el significado de un Acuerdo internacional para hacer frente de manera conjunta a la criminalidad organizada, se impone verificar cómo se producen estos acuerdos en un mar de diferencias concretas en cuanto a realidades distintas y legislaciones muy dispares.

Como nos recuerda CENTONZE, la Convención ha afirmado una noción de criminalidad organizada transnacional de naturaleza multifuncional, idónea para comprender una pluralidad de fenomenologías criminales caracterizadas por presentar una dimensión extraterritorial[18]. No podía ser de otra manera, la

17 Sobre la importancia de la Convención de Palermo para la represión del lavado de activos, véase GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico. Parte Especial.* vol. I, 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 518-522: "Lo expuesto pone en evidencia una política-criminal a nivel internacional que, bajo el manto de una lucha eficaz contra la criminalidad organizada y el tráfico de drogas, ha impulsado compromisos internacionales para una incriminación amplia del lavado de activos en el Derecho interno y una cooperación activa entre los Estados para su persecución".

18 CENTONZE, Alessandro, *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milán: Giuffrè, 2008, p. 167.

Convención tenía que reunir en unos conceptos una multiplicidad de comportamientos muy distintos, de diferentes culturas y países. Siguiendo a SARTORI[19], mientras más general sea un concepto, "más capacidad de viaje" tendrá. Este autor utiliza este símil para denotar que las teorías generales en ciencias sociales tendrán un mayor poder de comprensión de la realidad, que las menos generalizadas. También es verdad que mientras más general sea la definición, menos atención se presta a las particularidades y siempre habrá casos que puedan plantear problemas de interpretación. Téngase en cuenta que un concepto general, es decir, que permita abarcar muchas conductas es desdeñable desde el prisma del principio de legalidad, puesto que este exige la concreción de las conductas (taxatividad), siendo por eso que estos tipos penales han sido criticados tradicionalmente considerándolos "tipos abiertos".

Destaca también CENTONZE que en la elaboración de la Convención de Palermo se impuso la construcción científica del criminólogo estadounidense Gerhard O. W. MUELLER, que se utilizó por primera vez en el seno del V Congreso de Naciones Unidas de 1975, con la expresión anglosajona de *transnational crime*. De ahí también la nomenclatura que ha ganado terreno: *criminalidad organizada transnacional*, de impronta anglosajona. Tras este Congreso de Naciones Unidas quedó asentado que cuando se denomina criminalidad organizada transnacional, se trata del fenómeno criminal que trasciende las fronteras de los territorios nacionales, y que por tanto, transgrede las leyes de diversos Estados, o que tienen un impacto sobre otro país. En síntesis, se hace referencia a la actividad delictiva que se extiende dentro de distintos países y viola sus respectivas legislaciones[20].

---

19 SARTORI, Giovanni, "Comparación y método comparativo", en SARTORI, Giovani y Leonardo MORLINO (comps.), *La comparación en las ciencias sociales*, Madrid: Alianza, 2002, pp. 44 y 45: "[...] la elección entre individualizar y generalizar es una opción que se impone. Por lo tanto es de interés establecer, siempre en clave de método, cómo convertir o al menos relacionar los dos procedimientos [...] un método capaz de organizar universales y particularidades es organizar nuestras categorías a lo largo de escalas de abstracción regidas por la regla de transformación (tanto en dirección ascendente como descendente. De este modo, con la finalidad de hacer un concepto más general —incrementando también su capacidad de viajar— debemos reducir sus características o propiedades. A la inversa, con la finalidad de hacer un concepto más específico —y entonces contextualmente más adecuado— debemos aumentar las propiedades o características.

20 Cfr. LLERENA, Patricia, "La criminalidad organizada transnacional y finanzas", en *La reforma legal y judicial y control de la corrupción en América Latina y el Caribe*, Madrid: julio del 2002, p. 1. Recuperado de <http://bit.ly/1WGkdIZ>. La autora cita la ponencia de Alfredo NUNZI, "The Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime", presentado por ISISC en el XVI Congreso

¿Cómo se produce "el viaje" desde los conceptos criminológicos de las regulaciones penales? La respuesta no es nada fácil, pues en definitiva se trata de cómo pasar del mundo "del ser" al mundo del "deber ser".

Asimismo, tanto la realidad criminológica como la aprehensión de ella por la norma penal se entiende que poseen una dimensión *distinta* a la llamada criminalidad común[21], fundamentalmente porque las coordenadas de racionalidad penal se han construido desde la responsabilidad individual[22] y, en estos casos, estamos ante comportamientos realizados desde estructuras organizadas.

Los estudios criminológicos inciden en subrayar que no se trata de unos delitos comunes, sino de "una forma de cometer delitos, por medio de organización". Como afirman los criminólogos que se han ocupado del tema Luis De la Corte Ibánez y Andrea Giménez-Salinas Framis: "Algunas formas de criminalidad se distinguen de otras por el tipo de daño infligido (como los delitos que atentan contra la propiedad, contra la integridad física de las personas, contra su libertad sexual o su salud). Otras suelen identificarse atendiendo a algún rasgo de sus autores o víctimas (como cuando nos referimos a la delincuencia juvenil, la violencia de género o contra la mujer, el abuso de menores, etc.). En cambio el concepto de crimen o delincuencia organizada no hace referencia a ningún tipo concreto de delito, delincuente o víctima [...] sino al modo en que las promueve: *mediante la implicación de una asociación de individuos que operan de forma estructurada y coordinada y que han convertido la delincuencia en su ocupación profesional*, cuando no en un estilo y una filosofía de vida"[23].

Internacional de Derecho Penal, Budapest, Hungría, septiembre de 1999, para ver una evolución del concepto.

21 Nótese que "criminalidad común" se usa en oposición a cualquier tipo de criminalidad especial (terrorista, socioeconómica, etc.). En el texto se usa como expresión de los delitos clásicos (derecho penal clásico): homicidios, robos, violaciones, etc.

22 Sobre este hecho llama la atención en nuestro medio. *Vid.* La afirmación de Gonzalo Quinteros, quien señala que "frente a la criminalidad del gran grupo el derecho penal no ha tenido por lo común una especial manifestación, tal vez porque tampoco la podía tener. Desde un planteamiento del delito y de la responsabilidad como algo referido a la conducta del individuo aislado, tan solo se han formulado algunas figuras legales orientadas a comprender la agrupación de personas en la comisión organizada de delitos". *Vid.* Quintero Olivares, Gonzalo, "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en Ferré Olivé, Juan Carlos y Enrique Anarte Borallo (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Universidad de Huelva y Fundación El Monte, 1999, p. 178.

23 De la Corte Ibáñez, Luis y Andrea Giménez-Salinas, *Crimen Org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, Barcelona: Ariel, 2010, p. 261.

Creo que un buen punto de partida es reconocer este extremo fundamental de esta forma de criminalidad que nos ocupa. El derecho penal se enfrente a un fenómeno criminal distinto a los tradicionales delitos en los que el acento ha estado centrado en la lesión de bienes jurídicos, para tratar en los casos de criminalidad organizada de delitos donde el acento está en los *grupos estructurados* que los cometen. Esto también es importante para cejar en el empeño de la búsqueda del bien jurídico, casi siempre de carácter colectivo, indeterminado, como el orden público o la paz pública y dejar también de concebir estos injustos como delitos de peligro abstracto[24], pues a mi entender centrar el análisis en el bien jurídico afectado produce soluciones estériles, y además, distrae del análisis centrado en la estructura para delinquir, como debe ser. El reconocimiento de un *injusto de organización*, como un desvalor de la peligrosidad objetiva de la existencia de una estructura preparada para delinquir, parece ser más fructífero para los efectos de comprender unos delitos centrados en el carácter plurisubjetivo de los sujetos[25].

Esta realidad criminológica es, lógicamente, difícil de aprehender para una ciencia que ha construido todo su esquema conceptual desde la responsabilidad del sujeto individual. Además, el sustento tradicional de la culpabilidad en el derecho penal clásico está precisamente en el hecho de haber podido actuar de otro modo, teniendo como modelo la delincuencia ocasional. En la criminalidad organizada estamos, en muchas ocasiones ante delincuentes profesionales, personas que hacen del delito su *modus vivendi* y esto encaja mal en los esquemas clásicos, pues se parece más a un derecho penal de autor, denostado por los principios tradicionales de la disciplina[26].

---

24 *Vid.* ALPACA PÉREZ, Alfredo, "Algunas ideas sobre el delito de asociación ilícita como delito de peligro abstracto en el Código Penal peruano", en *Asociación Ultima Ratio*, Lima: 2013, p. 7. Recuperado de <http://bit.ly/1SUksu2>. ALPACA PÉREZ considera la "seguridad" como el bien jurídico protegido del art. 317 CP peruano y, por tanto, tendría una estructura de delito de peligro abstracto.

25 *Vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: Contribución a la determinación del injusto de organización*, Granada: Comares, 2009, p. 262 y ss.

26 Véase, Como ejemplo, TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia* N.º 428/2014, Madrid: 22 de setiembre del 2014. Esta sentencia estima el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la sentencia que absolvió a los acusados de los delitos de asociación ilícita, receptación, delito continuado de falsedad en documento mercantil, delito contra la salud pública y tenencia ilícita de armas. De acuerdo a los hechos probados, cinco miembros de una misma familia constituían un grupo organizado que se va se dedicaba a favorecer la actividad delictiva de diversas personas facilitándoles vehículos para la realización de actividades ilícitas, en su mayoría relacionadas con el tráfico de drogas y delitos contra el patrimonio, asegurándoles una cobertura para que dichas personas no

IV. LOS DELITOS DE ORGANIZACIÓN: DE LOS DELITOS DE ASOCIACIÓN PARA DELINQUIR A LA PARTICIPACIÓN EN ORGANIZACIÓN CRIMINAL

En realidad, la tipificación de delitos cometidos por medio de organizaciones no es una novedad en los códigos penales de nuestro entorno cultural. Desde las primeras codificaciones penales el poder ha visto con preocupación las agrupaciones que podrían enfrentarse a él y castigar a los grupos hostiles. Precisamente, expresión de ello y de la protección de un orden social marcadamente individualista del siglo XIX fue la codificación de figuras penales llamadas "asociaciones ilícitas" o "asociaciones para delinquir". El delito de asociación para delinquir tiene su primer antecedente en el Código Napoleónico de 1810 (arts. 265 y ss. que se refiere a las "bandas armadas", pero luego después con la reforma de 1893 a las "asociaciones de malhechores" *associations de malfaiteurs*), precisamente como figura destinada a proteger al nuevo Estado liberal frente a las asociaciones, que en sí mismas se consideraban comportamientos de grupo que amenazan las tesis liberales.

En estas primeras tipificaciones de las asociaciones ilícitas, los tipos penales servían para perseguir a las agrupaciones que se oponían al Estado, es decir, tenía como finalidad clara la persecución de los opositores políticos. Así ingresa al CP español de 1822 y desde allí ejerce su influjo en los códigos penales latinoamericanos con el nombre más común de "asociación para delinquir". En el Perú, la figura de las asociaciones ilícitas ingresa en el novísimo ordenamiento penal de la Confederación Perú-boliviana en el CP de Santa Cruz (1837-1838), en el Título III "De los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el orden público", donde se dedica el Capítulo VII a "De las cuadrillas de malhechores"[27]. La impronta del Código Napoléonico era notable. Los códigos cercanos al influjo hispánico siguieron esa tradición y es, más bien, en el CP de 1924 —de corte más liberal— en el que desaparece la figura, reapareciendo luego en el Código Penal de 1991, acercándose nuevamente a los proyectos españoles.

Ahora bien, la pregunta que se desprende es si estas tipificaciones que provienen de códigos decimonónicos son aptas para castigar los comportamientos

---

puedan ser identificadas, llegando en algunas ocasiones, algunos de ellos, a participar en hechos delictivos.

27 Cfr. ARMAZA GALDÓS, Julio, *Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica*, en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y ARROYO ZAPATERO, Luis (coords.) en Homenaje al Dr. Marino BARBERO SANTOS, vol. I, Cuenca: Ediciones Universidad Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 62 y 63.

de la moderna criminalidad organizada. Si partimos de que la criminalidad organizada, tal cual la conocemos ahora con determinadas características empresariales, dedicadas al comercio ilícito[28], es una expresión del modelo capitalista actual, cifrando su nacimiento a comienzos del siglo XX[29], parece difícil sostener la idoneidad de tipificaciones penales del siglo XIX, máxime cuando en los últimos tiempos la criminalidad organizada ha dado un salto espectacular.

Con carácter general se puede afirmar que los fenómenos organizativos de la actividad delictuosa han seguido la tendencia general y progresiva de la agregación, organización e integración, por consiguiente, mayor dimensión, complejidad y relevancia de todas las actividades humanas: la tendencia a la unión y acuerdo entre individuos, a la profesionalización y la especialización, la industrialización y división del trabajo, internacionalización y, por último, globalización[30]. En definitiva, así como en todas las tareas humanas se ha tendido a una colectivización del trabajo, a la unión de personas para lograr fines comunes, así también en el ámbito de la criminalidad se ha desarrollado la tendencia a una colectivización de la actividad delictuosa para maximizar los beneficios de las mismas. Así, como no podía ser de otra manera, el proceso de la colectivización de las relaciones sociales ha supuesto también *la colectivización de la actividad criminal*[31]. La globalización ha dado lugar a un paso más en su desarrollo,

28 Así, coincidimos con Ada BECCHI, cuando define la criminalidad organizada "como una actividad delictiva colectivamente ejercitada con fines de lucro y orientada a conseguir beneficios de la producción de bienes y servicios prohibidas por la ley". *Vid.* BECCHI, Ada, *Criminalità organizata. Paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose in Italia*, Roma: Donzelli Editore, 2000, p. 10.

29 Aunque no hay acuerdos sobre el punto de inicio de la criminalidad organizada puesto que desde siglos anteriores, en diversos países han existido expresiones de jerarcas que ejercían poder y control en determinados territorios por medio de la violencia, pero con determinados códigos de honor, como los samuráis de la Edad Media en Japón, o los "Don" en la Sicilia continuamente sometida a invasiones externas, lo cierto es que la existencia del mercado y del carácter ilícito presupone la existencia de una ley y un Estado propio de la Edad Moderna. La existencia de bandas, *gangsters*, bandolerismo, se entienden más bien como antecedentes. Los especialistas suelen marcar como una expresión clara de esta forma de criminalidad de los mercados ilícitos, los años de la "la ley seca", en los Estados Unidos, entre 1920 y 1933, donde la prohibición de la venta de alcohol propició el nacimiento de las bandas más peligrosas y el aumento exponencial de la delincuencia.

30 Cfr. ALEO, Salvatore, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittose associative*, Milan: Giuffré, 1999, p. 6.

31 Queda así patente que el fenómeno criminal es un fenómeno social, que cada sociedad produce su propia criminalidad, algo que para la mayoría de sociólogos y criminólogos parece evidente, pero que para los juristas positivistas resulta un anatema. No habría que hacer esta nota, si no fuera porque las tendencias político criminales actuales pri-

adquiriendo carácter internacional las actividades delictivas en el juego de oferta y demanda de objetos, y servicios ilícitos de un país a otro. Los tráficos ilícitos internacionales comportan relaciones en redes de colaboración para la ejecución de los mismos, en lo que respecta a la obtención del bien ilícito, los medios de transporte, la compra y venta de los objetos ilícitos, provisión de bienes para el mantenimiento de la estructura criminal, etc., sin olvidar que en muchos casos se requiere además la colaboración de operadores policiales y judiciales, contratación de profesionales especializados, etc., etc. En suma, todo esto necesariamente requiere una organización. El hecho de que no siempre sea posible verificar la existencia de la organización, no significa que no la haya.

Efectivamente, el mundo de la criminalidad organizada es variado y complejo. De la fenomenología de la criminalidad organizada puede observarse el siguiente cuadro: en el centro se encuentra un núcleo sólido constituido por la organización criminal, donde hay un centro de decisiones y luego miembros de distinta jerarquía (medida por la capacidad de decisión) que llevan a cabo las tareas concretas. Luego, en torno a la organización, hay un claroscuro de formas variadas de pequeños grupos criminales, comportamientos "contiguos", que son sujetos externos a la organización, pero son funcionales a la misma y por tanto con un potencial de peligrosidad, que provienen del mundo político, empresarial o profesional, en este último caso, pueden ser profesionales subcontratados[32] (con conductas criminales y no criminales). Determinar la distinta responsabilidad penal, de acuerdo con el distinto merecimiento y necesidad de pena, supone un ejercicio de reflexión por grupos de casos. Precisamente esto es lo que más

---

vilegian una visión de la criminalidad desconectada de su sociedad, incidiendo en la represión y acallando o negando los paradigmas etiológicos, en suma, *desresponsabilizando* a la sociedad de sus propios fenómenos. Cfr. Zúñiga Rodríguez, Laura, "Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones actuales", en Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Nieves Sanz Mulas, *Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad pública*, Granada: Comares, 2005, pp. 125-129, *passim.*

32 *Vid.* De la Corte Ibáñez, Luis y Andrea Giménez-Salinas Framis, *Crimen Org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*, ob. cit., p. 389. Alertan de que en los últimos tiempos se vienen constatando la modalidad de subcontratación para ciertas tareas concretas por parte de la criminalidad organizada, pues puede facilitar la implicación en actividades delictivas a escala transnacional mediante el alquiler incluso de grupos criminales. Un ejemplo muy claro lo constituye la subcontratación de sicarios o asesinos profesionales, la cual es una opción menos arriesgada que llevar a cabo los ajustes de cuentas por miembros de la propia organización. Asimismo, el ejemplo dado en la página 26, del grupo familiar dedicado al alquiler de vehículos para actividades ilícitas, da buena cuenta de la profesionalidad de estas actividades delictivas y de la relevancia penal de su comportamiento ilícito, aunque no formen parte de la organización criminal. Es un claro caso de "alquiler de grupos criminales".

preocupa a los organismos internacionales y, en especial, en Europa[33]: la infiltración de la criminalidad organizada en las estructuras políticas, económicas y empresariales de los Estados partes, pues el efecto corruptor en las instituciones de la sociedad puede llegar a constituir una amenaza a la propia Democracia. Nos referimos, por supuesto, a las figuras sociales "adyacentes" (especialmente los trabajadores *White collor*) que realizan "su trabajo"[34] pero que al mismo tiempo colaboran con organizaciones criminales. Este es uno de los aspectos más preocupantes y más difíciles de dilucidar para los efectos de determinación de la responsabilidad penal.

Entonces, el núcleo de las conductas de la criminalidad organizada lo constituyen las organizaciones criminales. Esto es, el concepto básico criminológico es la *organización criminal*, cuyo contenido se ha ido perfilando con los conocimientos criminológicos, así como con los contenidos normativos. Ya que es una categoría que necesariamente posee elementos naturales y elementos normativos, difíciles de deslindar, puesto que el adjetivo *criminal* es a todas luces normativo.

Por eso, las diversas legislaciones penales han pasado de castigar a través de los tradicionales delitos de asociaciones ilícitas las diversas conductas de la criminalidad organizada a tipificar delitos de organización criminal más complejos. Movimiento legislativo especialmente importante a partir del año 2000 en que se aprueba la Convención de Palermo. Esto es así, porque las legislaciones penales, que cumplen con obligaciones internacionales, buscan trasponer el delito de participación en organización criminal como lo auspicia dicha Convención,

33 Cfr. Parlamento Europeo, (relator: Salvatore Iacolino), *Working document on organized crime, Special committee on organized crime, corruption and Money laundering*, DT/913961, 2009-2014, p. 12. En su recomendación f) señala que "alentar y educar a los partidos en la responsabilidad política con el fin de garantizar que las listas electorales se elaboren de acuerdo a un riguroso código ético, sin perjuicio del principio de inelegibilidad para ser miembro del Parlamento Europeo, de cualquier condenado mediante sentencia firme por la participación en la delincuencia organizada, el blanqueo de dinero, la corrupción u otros delitos graves contra la Administración pública". También la Resolución del Parlamento Europeo, del 25 de octubre del 2011, sobre la delincuencia organizada en la Unión Europea (2010/2309 [INI]), establece en el considerando c) "La delincuencia organizada se ha infiltrado profundamente y se ha consolidado en el mundo de la política, la Administración pública y la economía legal en algunos Estados miembros".

34 Cfr. Giménez-Salinas Framis, Andrea, Laura Requena Espada y Luis De la Corte Ibáñez, "¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 13-3, Madrid: 2011, p. 28. Recuperado de <http://bit.ly/1VhS7o5>. Resulta interesante señalar que de acuerdo al estudio hecho, casi el 60 % mantiene una actividad legal paralela a la actividad ilegal.

señalando los elementos típicos básicos de agrupación de personas, existencia de una estructura estable, que posee la finalidad de cometer delitos graves, como un tipo mínimo en todos los países.

Expresión relevante de ese movimiento legislativo en América Latina son las leyes especiales contra el crimen organizado en países donde más se perciben sus efectos:

La Ley contra la Delincuencia Organizada de Guatemala de 2006, que en su art. 2 establece una definición de *Grupo delictivo organizado u organización criminal.* "Para efectos de la presente Ley se considera grupo delictivo organizado u organización criminal, a cualquier grupo estructurado de tres o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente, con el propósito de cometer uno o más de los delitos siguientes:" señalando a continuación una lista taxativa de delitos. En esta ley podemos ver claramente la impronta de la Convención de Palermo, pues incluso utiliza la expresión "grupo delictivo organizado" asimilándola a "organización criminal".

La Ley contra el Crimen Organizado y Delitos de realización compleja de El Salvador de 2007, Decreto N.º 190, que establece en el art. 1: "[...] Se considera crimen organizado aquella forma de delincuencia que se caracteriza por provenir de un grupo estructurado de dos o más personas, que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos". Lo interesante de esta normativa es que regula los mismos procedimientos especiales, juzgados especializados para los delitos del crimen organizado y los llamados "delitos de realización compleja". La idea me parece loable, toda vez que precisamente en los casos de delitos cometidos por la criminalidad organizada se trata de delitos de elaboración compleja, donde es difícil desentrañar la estructura y, por tanto, las aportaciones de cada uno de los miembros. Pero la definición concreta que hace la ley de delitos de realización compleja deja mucho que desear[35].

35 El mismo art. 1 señala lo siguiente: "Para los efectos de la presente Ley, constituyen delitos de realización compleja los enumerados a continuación, cuando se cumpla alguna de las circunstancias siguientes: Que haya sido realizado por dos o más personas, que la acción recaiga sobre dos o más víctimas, o que su perpetración provoque alarma o conmoción social. Dichos delitos son: a) homicidio simple o agravado; b) secuestro; y, c) extorsión". Según esta definición la mera coautoría en los delitos de homicidio, secuestro o extorsión elevan la categoría de los delitos a elaboración compleja, algo muy discutible. Por otro lado, la referencia a que provoquen alarma social es totalmente desafortunada, pues, como se sabe, la alarma social suele ser una creación de los medios, más que una realidad.

La Ley contra la Delincuencia Organizada de Costa Rica de 2009, que señala en su art. 1: Interpretación y aplicación. "Entiéndese por delincuencia organizada, un grupo estructurado de dos o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves". Como puede verse se trata de una definición muy lacónica, pero con los elementos básicos: grupo estructurado, cierta permanencia (estabilidad) y actuación concertada para cometer delitos graves. Llama la atención la redacción del artículo que asimila delincuencia organizada a grupo estructurado, nomenclatura que la Convención de Palermo utiliza para el concepto débil.

Finalmente, la Ley N.º 12850 de 2 del agosto del 2013, de Brasil, define la organización criminal, en su art. 1.l: "Se considera organización criminal a la asociación de 4 (cuatro) o más personas estructuralmente coordinadas y caracterizadas por la división de tareas, aunque sea informalmente, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, ventajas de cualquier naturaleza, mediante la práctica de infracciones penales cuyas penas máximas sean superiores a 4 (cuatro) años, o que sea de carácter transnacional".

En todos estos casos, el objetivo de la ley es de carácter procesal y de juzgamiento fundamentalmente, pero incorporan una definición de organización criminal más o menos próxima a la regla de la Convención de Palermo. Por tanto, se trata de una definición auténtica de lo que ha de entenderse por organización criminal como núcleo de la criminalidad organizada, modernizando así las figuras legales para enfrentarla. Estas regulaciones más adaptadas a la realidad criminológica de la criminalidad organizada y a los mandatos de la Convención de Palermo, a la vez, suelen mantener los tipos de asociación ilícita en los códigos penales[36], lo cual nos da los siguientes datos:

36 Así, el CP de Guatemala castiga a las asociaciones ilícitas en el art 396: "Quienes promovieren la organización o funcionamiento de asociaciones que actúen de acuerdo o en subordinación a entidades internacionales que propugnen la ideología comunista o cualquier otro sistema totalitario, o destinadas a cometer delitos, o tomaren parte en ellas, serán sancionados con prisión de dos a seis años". El art. 345 CP de El Salvador castiga a las agrupaciones ilícitas: "Serán consideradas penalmente ilícitas las agrupaciones, asociaciones y organizaciones siguientes: 1) Aquellas, con al menos, estas características: que estén conformadas por tres o más personas; de carácter temporal o permanente; de hecho o de derecho; que posean algún grado de estructuración y que tengan la finalidad de delinquir. 2) Las mencionadas en el art. 1 de la Ley de proscripción de maras, pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal". El CP de Costa Rica, en su art. 274 castiga a la *asociación ilícita*: "Será reprimido con prisión de uno a seis años, quien tome parte en una asociación de dos o más personas para cometer delitos, por el solo hecho de ser miembro de la asociación. La pena será de seis a diez años de prisión si el fin de la asociación es cometer actos de terrorismo o secuestro extorsivo". El CP brasileño

1. Las nuevas leyes contra la criminalidad organizada incorporan un delito de organización criminal más moderno que el clásico delito de asociación ilícita, manteniendo esta tipificación tradicional en el Código Penal.
2. Esta es una muestra de la falta de idoneidad de los tipos de asociación criminal para hacer frente a la criminalidad organizada y de la necesidad de una tipificación expresa de los delitos de organización criminal.
3. Las nuevas leyes contra la criminalidad organizada además de contemplar aspectos procedimentales y de juzgamiento, se ocupan especialmente de definir con elementos naturales y normativos, las características de una organización criminal.

Parece, pues, evidente que aunque se ha venido calificando los delitos de la criminalidad organizada con los tradicionales delitos de *asociación criminal*[37], por ser hasta hace pocos años las únicas figuras penales existentes para castigar los comportamientos propios de este fenómeno criminal, no parecen tipificaciones idóneas para contemplar toda la diversidad de conductas que pueden merecer una sanción penal. Los modernos tipos penales de organización criminal, además de responder a una obligación internacional contemplada en la Convención de Palermo, poseen una mayor capacidad para definir el núcleo del injusto, cual es la organización criminal. Desde el punto de vista dogmático, se trata del desvalor

---

tipifica en el art. 288 la asociación criminal (*associação criminosa*): "Asociarse 3 (tres) o más personas, para el fin específico de cometer delitos: se le impone una pena de reclusión de 1 (un) año a 3 (años). La pena aumenta hasta la mitad si la asociación está armada o se sirve de la participación de niños o adolescentes".

37 Dentro de esta nomenclatura contemplo de manera genérica los distintos delitos: asociaciones ilícitas (CP español), *association de malfaiteurs* (CP francés), *associazione per delinquere* (CP italiano). Acojo la nomenclatura alemana (*kriminelle Vereinigung*) por resultar la más próxima al significado que quieren denotar: asociaciones que tienen por finalidad la comisión de delitos. En cambio la nomenclatura *asociación ilícita* que, aunque tiene una larga tradición española y ha servido de modelo para algunos países latinoamericanos, no es propia de un concepto penal que expresa la *extrema ratio* del derecho penal, ya que hay asociaciones ilícitas que no son delictivas y, las punibles, solo han de ser las de carácter delictivo. No pueden ser, en ningún caso, sinónimos asociación ilícita y asociación criminal. Sobre esto, véase CAVALIERE, Antonio, en MOCCIA, Sergio, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane, 1999, p. 92. En el sentido que la ilicitud no puede ser en ningún caso lesiva de bienes jurídicos, véase críticamente cómo la doctrina peruana se refiere a *asociaciones ilícitas* siguiendo a la doctrina española, cuando el art. 317 CP peruano claramente se refiere a *organización criminal*, en PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad Organizada*, Lima: Idemsa, 2006, p. 79.

de la conducta organizada, esto es, de la existencia de una estructura organizada preparada para delinquir, que demuestra una especial peligrosidad o riesgo para bienes jurídicos (determinados e indeterminados). Es, por tanto, una cuestión de Parte General, pues no se trata de la lesión ni el peligro de bienes jurídicos concretos, sino de una especial forma de delinquir[38].

En efecto, los *delitos de organización* de acuerdo con la doctrina alemana, o los *reatti associativi*[39] según la doctrina italiana, constituyen tipos penales que se entienden como de carácter plurisubjetivo en la medida que los sujetos activos están formados por una pluralidad de personas. Pero no es una suma de personas, sino una agrupación estructurada, con unas características especiales que le hacen ser un *aliud* y, por tanto, merecen un *plus* de penalidad, fundamentada en la mayor capacidad criminógena que poseen. Ello justifica la penalidad autónoma de la figura, independientemente de los delitos efectivamente realizados[40]. Pero su complejidad y dificultades de tipificación son enormes, en la medida que el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad y debe tipificar taxativamente las conductas, mientras que en este caso nos encontramos con una multiplicidad de comportamientos de distinta índole y significado.

V. ANÁLISIS DE LOS ARTS. 2 Y 3 DE LA LEY N.º 30077 Y SU RELACIÓN CON EL ART. 317 CP

Como puede comprobarse, la ley especializada peruana contra el crimen organizado escapa a esa lógica de tipificar los delitos de organización, al menos desde un punto de vista formal. Según el art 1, el objetivo de la ley es simple-

38 Véase, más ampliamente sobre el injusto de organización, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: Contribución a la determinación del injusto de organización*, ob. cit., p. 266 y ss.

39 SPAGNOLO, Giuseppe, "Reatti associativi", en *Enciclopeia Giuridica Treccani*, vol. V, Roma: 1996, p. 10.

40 Véase, en similares términos, TRIBUNAL SUPREMO, *Sentencia* N.º 289/2014, Madrid: 8 de abril del 2014. "La Sala entiende, sin embargo, que es perfectamente posible explicar el desvalor autónomo, en este caso, del grupo criminal. Un desvalor que puede justificarse sin relación con los delitos principales que hayan sido objeto de comisión. Se trata de hacer frente al reforzado peligro que para determinados bienes jurídicos se deriva de la actuación concertada de varias personas cuya pluralidad, por sí sola, intensifica los efectos asociados a cualquier infracción criminal. Una actuación que, en no pocos casos, estará muy ligada a la profesionalidad que, con uno u otro formato, con mayor o menor estabilidad, puede convertir el delito en una verdadera fuente de recursos, con el consiguiente menoscabo de las reglas de convivencia". También sobre la penalidad autónoma de la asociación ilícita incide el Acuerdo Plenario de la Corte Suprema N.º 4-2006/CJ-116, como más adelante se verá en el texto.

mente "fijar las reglas y procedimientos relativos a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales". Es decir, solo tendría un *telos* procesal no sustantivo de tipificación de un delito de organización como sí pasa con las legislaciones del entorno cultural. La definición de la organización criminal, que según el art. 2, "para efectos de esta ley", parece redundar en esta interpretación.

Sin embargo, pese al desiderátum del legislador peruano, parece difícil sostener que dicha definición de organización criminal solo pueda tener efectos procesales, como enseguida desarrollaré.

1. ¿Se trata en el art. 2.1 de una definición de organización criminal que solo tiene efectos procesales? El predominio de los aspectos procesales

En el ámbito de la criminalidad organizada no pocas veces se ha presenciado el predominio de los aspectos procesales sobre los sustantivos.

El carácter pragmático de las propuestas legislativas, han dado lugar a una evidente instrumentalización procesal de los tipos penales en estos delitos[41]. Las reformas penales han sido programadas como instrumentos flexibles en manos de los jueces para combatir la criminalidad organizada, facilitando las exigencias probatorias de los elementos del delito. Como pone de manifiesto DONINI, los delitos asociativos sirven para anticipar toda una serie de instrumentos procesales utilizados con fines de lucha (interceptaciones, pesquisas, interrogatorios, capturas), antes de conseguir la prueba de la comisión de cualquier delito-fin. Es un típico delito *procesal-sirviente*: sirve para probar otros delitos desconocidos a través de autores señalados[42].

41 *Vid.* SESSA, Antonino, "Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa": profili dommatici e di politica criminale", en MOCCIA, Sergio, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, ob. cit., 1999, p. 213.

42 DONINI, Massimo, "Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar", en *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima: Ara Editores, 2010, p. 226. También véase SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "La función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en ARROYO ZAPATERO, Luis e Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca, 2001, pp. 671 y 672. "La figura de asociación criminal cumple en la práctica para la policía la significativa función de permitir una investigación en el ámbito previo de otros delitos, investigación que de otro modo sería imposible. Permite al juez autorizar medidas indagatorias que al final pueden posibilitar el descubrimiento de delitos de los que no existía sospecha inicial".

El predominio del derecho penal procesal sobre el derecho penal sustantivo también puede observarse en España con la LO 5/1999 que modifica el art. 282 bis.4 de la LECrim, que regula la figura del agente encubierto y en la que el legislador ofrece un concepto legal de organización criminal, a los efectos de habilitar legalmente esta técnica de investigación en delitos cometidos por la criminalidad organizada. Aunque el *telos* de esta normativa es solo regular esta técnica de investigación excepcional y, por tanto, establecer taxativamente en qué casos se admite legalmente, lo cierto es que hasta hace muy poco, hasta el año 2010 en que se introducen los tipos penales de organización criminal (art. 570 bis CP) y grupo criminal (art. 570 ter CP), se trataba de la única norma que define un concepto jurídico de criminalidad organizada en el ordenamiento español, al establecer qué es una organización criminal y qué delitos son los propios de esta clase de criminalidad. Tan es así, que se convirtió en un criterio de interpretación para la jurisprudencia[43].

La funcionalidad procesal de las tipos penales de asociación criminal o el predominio de los aspectos procedimentales sobre los sustantivos en las normas penales sobre criminalidad organizada, son también una muestra de la finalidad *operativa* de estas regulaciones, toda vez que se dirigen fundamentalmente a facilitar la labor probatoria en delitos complejos en los que el secretismo y la división de tareas dificulta la determinación de la responsabilidad personal de cada autor[44]. Además de consistir en herramientas instrumentales para aplicar de manera cautelar sanciones de tipo patrimonial, como el comiso de las ganancias[45]

43 *Vid.* Audiencia Provincial de Barcelona, *Sentencia JUR 2001/249497 Barcelona,* 25 de junio del 2001; la cual expresamente establece que este concepto de delincuencia organizada "sí puede servir a los efectos de fijar el concepto de asociación ilícita".

44 García Pablos, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona: Bosch, 1977, pp. 185 y 186, sostenía respecto del delito de asociación ilícita: "La figura de la asociación ilícita es un instrumento poderosísimo. Su utilidad y practicidad derivan, fundamentalmente, del campo *probatorio*. Porque al juez le basta con constatar: 1. Que *existe* una organización; 2. Que esta *organización persigue la comisión de hechos criminales*: que los contempla en su programa; 3. Que el procesado *forma parte* de la organización, sabiendo nada más los fines de la misma. Si los fines de la asociación, y los medios para la consecución de tales fines, son ilícitos, la asociación es ilícita. Sin que sea necesario que haya comenzado a llevar a la práctica su calendario criminal, ni lo haya consumado; aunque no se hayan concretado aún los actos singulares, el número de ellos, ni sus características".

45 Nótese que el comiso en estos delitos, siguiendo normativas internacionales como el Convenio de Viena de Tráfico de Drogas, las Normas del GAFI, o la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional, es contemplado con una restricción de garantías, como son la inversión de la carga de la prueba sobre la ilicitud del bien, por lo cual, una vez abierto un proceso penal se puede proceder al

o la disolución de las asociaciones ilícitas y de las personas jurídicas que le han servido de cobertura, en tanto medidas de política criminal que se consideran esenciales para combatir la acumulación de las ganancias ilícitamente obtenidas[46].

Por estas consideraciones, los problemas sustantivos penales se muestran como secundarios, toda vez que importa más resolver las habilitaciones legales para poder aplicar las técnicas de investigación excepcionales y las medidas patrimoniales aunque sea con carácter cautelar, ya que esto facilitará la investigación y permitirá resolver más delitos que aún no se conocen[47]. Hay, pues, sin duda, una *finalidad proactiva*, orientada a suministrar tanto a jueces como a policías una cobertura procesal para la investigación de futuros delitos.

Otra evidencia que permite demostrar el predominio de los aspectos operativos sobre los sustantivos es el hecho de que Europol haya diseñado los 11 indicadores con los que las policías de toda Europa están trabajando desde 2001 para hacer frente a la criminalidad organizada[48]. Estos indicadores, a su vez, provienen de la definición de criminalidad organizada que estatuyó la policía alemana

---

comiso de los bienes del imputado y corresponderá a este probar su no procedencia ilícita. Incluso las normas internacionales recomiendan el comiso ampliado, que tiene como referencia no los beneficios netos, sino los beneficios brutos. Caso de Bélgica, Alemania, Estados Unidos y últimamente España. En estos casos el delincuente tiene que pagar más de lo que ha ganado, lo cual es, para los especialistas, una muestra clara del carácter punitivo de la sanción. Cfr. WEIGEND, Thomas, "Relación General: Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", en *Revista Internacional de Derecho Penal*, vol. 68, Nápoles: 1997, p. 564.

46 La naturaleza depredadora de la criminalidad organizada, cuyo objetivo último es la consecución de beneficios económicos, hace que las sanciones patrimoniales o pecuniarias que priven a los delincuentes de los beneficios ilícitamente obtenidos, constituyan un arma eficaz en la lucha contra este fenómeno criminal. Cfr. WEIGEND, Thomas, "Relación General: Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", en *Revista Internacional de Derecho Penal*, art. cit., p. 550. Se trata de cortar el circuito de la criminalidad organizada, impidiendo la reinversión de lo ganado ilícitamente, lo que a su vez impide desarrollar la capacidad corruptora de la acumulación de dichas ganancias

47 Particularmente evidente ha sido en España el desarrollo de investigaciones concatenadas vinculadas a la criminalidad organizada, la corrupción política y la corrupción económica en Marbella. En el 2004 se desarrolló la "Operación Ballena Blanca" y ello llevó, luego, en 2006 a la "Operación Malaya". A partir de ahí, se han ido sucediendo investigaciones sobre corrupción urbanística en diferentes partes del país.

48 También las UDYCO (Unidad contra la Droga y Crimen Organizado), pertenecientes al Cuerpo Nacional de Policía, trabajan con los 11 indicadores arriba señalados (Documento Enfopol 161-REV-3). Cfr. MAPELLI CAFFARENA, Borja; María Isabel GONZÁLEZ CANO y Teresa AGUADO CORREA, *Estudios sobre Delincuencia Organizada. Medios, instrumentos y estrategias de investigación policial*, Sevilla: Mergablum, 2001, p. 20.

(*Bundeskriminalamt*) en 1990[49] para establecer instrucciones a las fuerzas del orden en su afán de luchar contra las organizaciones criminales. También en el ámbito Europeo el desarrollo de la cooperación internacional, la euroorden y la propia creación de Europol, son muestras de la mayor velocidad con la que ha ido la normativa vinculada a los aspectos operativos en esta materia. Es decir, es el derecho penal *in action* el que, al plantearse los problemas operativos, primero, impulsa la política criminal de los aspectos sustantivos en esta materia, lo cual explica una preponderancia de las finalidades proactivas frente a las garantías de los imputados.

Por consiguiente, no es de extrañar que la ley peruana contra el crimen organizado haya priorizado los aspectos procesales sobre los sustantivos, pero ello no es óbice para comprender los alcances sustanciales que puede tener la definición de organización criminal para la comprensión de los tipos penales aplicables a la criminalidad organizada. Y, sobre todo, para criticar fuertemente no haber aprovechado esta ley para modernizar las figuras penales contra la criminalidad organizada.

2. ¿Qué relación existe entre el concepto de organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.º 30077 y el del art. 317 del CP?

En la legislación peruana el tipo penal existente para hacer frente a la criminalidad organizada es el art. 317 CP, delito de asociación ilícita y, como se ha referido, la Ley N.º 30077 contra el crimen organizado no introduce un delito de organización criminal como sí lo hacen claramente las legislaciones correspondientes de nuestro entorno. Simplemente la ley modifica dicho tipo penal (Primer Disposición Complementaria), consagrando así a este delito como el único llamado a cubrir todo el espectro de posibilidades que la realidad criminal del crimen organizado plantea, acentuando también esta ley su impronta eminentemente procesal. Aunque también el CP contempla circunstancias agravantes específicas que operan con la comisión de determinados delitos cuando son ejecutados por quién *actúa en calidad de integrante de una organización criminal:* hurto agravado, art 186, párrafo segundo, inciso 1; hurto hiperagravado, art. 186, párrafo segundo, inciso 1, disposición final; robo agravado, art. 189, párrafo

49 "La expresión *crimen organizado* se refiere no solo a una sociedad paralela tipo la mafia, sino a la cooperación consciente, deliberada y durable de varias personas para el cumplimiento de acciones criminales —que frecuentemente se vale de modernas infraestructuras— con el fin de acumular rápidamente grandes beneficios financieros". Cfr. PAOLI, Letizia, "Il crimine organizzato en Italia e in Germania", 2000, en MILITELLO, Vincenzo, Letizia PAOLI y Jörg ARNOLD, *Il crimine organizzato come fenómeno transnazionale: Forme de manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Freiburg im Breisgau, Italia; Editio Iuscrim, 2000, p. 93.

final; delito contra los derechos de autor, art. 220.d; delito contra la propiedad industrial, art. 225.a; tráfico de drogas, art. 297.6; tráfico de órganos, art. 318-A.b; falsificación de monedas, art. 257-A,1. Cabe preguntarse si la definición de organización criminal del art. 2.1, Ley N.° 30077, también es válida para todos estos elementos normativos "organización criminal" u "organización delictiva" que forman parte del tipo penal de asociación ilícita del art. 317 CP y de los tipos agravados por la comisión delictiva en dichas circunstancias.

Conviene precisar que el tipo penal de asociación ilícita (art. 317 CP peruano) ha sufrido varias modificaciones, síntoma de la necesidad de adaptar la regulación a una realidad cambiante como lo es la criminalidad organizada. En su original tipificación del año 199l, cuando se promulga el CP peruano, el art. 317 CP sanciona al "que forma parte de una *agrupación* de dos o más personas destinada a cometer delitos será reprimido, por el solo hecho, de ser miembro de la *agrupación*, con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de seis años". Luego, con la Ley N.° 28355 del 6 de octubre de 2004, en que se modifican varios delitos relacionados con la corrupción y el blanqueo, el término agrupación pasa a denominarse "organización", en vistas a una modernización de la nomenclatura, en pleno procesamiento de los casos del Gobierno de Fujimori. Esta fórmula general de la finalidad criminal vinculada a delitos de manera genérica, se contemplaba al lado de delitos específicos, considerados como supuesto agravado, delitos que fueron tomando protagonismo en las sucesivas modificaciones. Así, en el Decreto Legislativo N.° 982 del 22 de julio del 2007, el tipo agravado agregó varios delitos vinculado al lavado de activos y las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP. Es con la modificación de la Ley N.° 30077 contra el crimen organizado del 20 de agosto del 2013 cuando la lista de delitos vinculados al delito de asociación ilícita como supuestos agravados se agranda. Además, contempla los supuestos agravados del líder, jefe o dirigente de la organización y del agente que financia la organización. Y la última modificación del art. 317 CP se produce con el Decreto Legislativo N.° 1181 del 27 de julio del 2015 que incorpora el delito de sicariato y, por consiguiente, se modifican los supuestos agravados del tipo penal agregando estos nuevos tipos penales.

Por su parte, el art. 2.1 de la Ley N.° 3007 del 2013 establece una definición de lo que ha de entenderse por organización criminal: "se considera organización criminal a 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 presente Ley".

La cuestión que se plantea es si este concepto de organización criminal contemplado en la Ley N.º 30077 del 2013 puede llenar de contenido al elemento normativo "organización" del art. 317 CP, produciéndose así una interpretación auténtica. A mi entender, a esa cuestión hay que responder afirmativamente por las razones que seguidamente desarrollaré.

En primer lugar, el concepto de organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.º 30077 acoge todos los elementos desarrollados por la doctrina y la jurisprudencia en la interpretación del delito de asociación ilícita del art. 317 CP. Efectivamente, a lo largo de los últimos años se ha ido consolidando unos elementos naturales y normativos en el delito de asociación ilícita o también llamado asociación para delinquir que se han plasmado en la jurisprudencia. Especialmente significativo es el Acuerdo Plenario N.º 4-2006/CJ-116 del 13 de octubre, que en sus fundamentos jurídicos 12 y 13 establece las notas características de este tipo penal: "[...] Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación —a través de sus *notas esenciales*, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) *relativa organización*, (b) permanencia o estabilidad y (c) *número mínimo de personas*— sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. *La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan* —no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar—, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. 13. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de *la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia* en la comisión de los delitos posteriores, *sino de una organización instituida con fines delictivos* que presenta una cierta *inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar*".

Precisamente, uno de los aspectos que más ha preocupado es la diferenciación con la codelincuencia o la sustantividad del delito de asociación para delinquir. También la jurisprudencia peruana se ha ocupado del tema, en este caso por el más alto Tribunal. La STC N.º 4118-2004-HC/TC del 6 de junio del 2005 (asunto Velásquez Angulo)[50]: "20. En primer lugar, es necesario señalar

50 Tribunal Constitucional, *Hábeas Corpus* N.º 4118-20014 *Piura*, Lima: 06 de junio de 2005. Recuperado de <http://bit.ly/1XKD4B3>.

que *mientras la asociación ilícita es un delito*, y, por lo tanto, está regulado en la *Parte Especial* del Código Penal, *la participación delictiva* es un ilícito penal regulado en la *Parte General* del Código. Debido a que los tipos penales suelen estar redactados en función de su autor, la participación delictiva viene a ampliar los alcances del tipo legal para comprender aquellas conductas delictivas que no corresponden a la autoría, incorporándose la complicidad y la inducción. 21. Así, *mientras la asociación ilícita constituye un delito en sí*, la *participación delictiva requiere de la comisión de otro delito a título de autoría.* 22. Otro aspecto en el que es posible diferenciar la participación delictiva del delito de asociación ilícita, es el hecho de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 317 del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, *que el agente forme parte de una organización* de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito. El delito de asociación ilícita requiere, por lo tanto, de *una vocación de permanencia.* Dicha vocación de permanencia no se presenta en la participación delictiva, la cual opera ante la comisión de un delito aislado".

Merece un especial comentario esta última sentencia. Es loable el esfuerzo por distinguir el delito de asociación ilícita de la mera participación criminal. Pero el primer fundamento es absolutamente formal. El hecho de que el delito esté en la Parte Especial y la participación en la Parte General es una cuestión de ubicación sistemática, a mi entender errónea de los delitos de asociación ilícita dentro del catálogo de delitos. Desde el comienzo venimos sosteniendo, siguiendo a los criminólogos y desde el año 2009[51], que no se trata de un ilícito en sí, como sería el homicidio, sino de *una forma de perpetrar los delitos, a través de organizaciones estructuradas*, por tanto, es una cuestión de Parte General porque afecta a las reglas generales de los tipos penales. Digamos que los sujetos activos son plurisubjetivos, comprendidos por una asociación estructurada de personas. Es la única manera de comprender la sustantividad de la organización criminal o la autonomía de la misma al margen de los delitos cometidos por los autores. La propia Ley N.º 30077 en el art. 1 cuando se refiere al objeto de la ley, señala: "[...] los delitos cometidos por organizaciones criminales".

Efectivamente, los delitos cometidos por medio de organizaciones criminales son complejos. Poseen una doble estructura que debe comprobarse en los procesos penales: 1.º La existencia de una organización (estructura estable) criminal. 2.º La integración (o colaboración) de los sujetos a la misma. Esta es

51 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal: Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* ob. cit., p. 242 y ss.

una de las principales dificultades que presentan los juicios contra organizaciones criminales: los jueces deben comprobar, primero, la existencia de una organización criminal (con todos los elementos naturales y normativos correspondientes) y también la integración de los sujetos a la misma o el grado de colaboración.

Sobre este último extremo también se ocupa la Ley N.º 30077 en el art. 2.1, pues ha de aplicarse a: "La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal". Esta es una prueba más de que la ley contra el crimen organizado peruana no se ha ocupado solo de aspectos procesales, sino también ha debido señalar aspectos sustantivos, como no podría ser de otra manera.

Por tanto, el hecho de que la Ley N.º 30077 anuncie en su art. 1 que tiene una finalidad procesal, no exime que dicha ley también regule aspectos sustantivos de aplicación a la criminalidad organizada, por lo cual corresponde verificar cuáles son las relaciones jurídicas concretas entre el tipo penal del art. 317 CP y la definición de organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.º 30077. Al fin y al cabo la ubicación de una norma en Ley especial o en el CP es una cuestión formal que nada dice de la sustancialidad de su aplicabilidad. A ello hay que agregar que el art. 22 de la Ley N.º 30077 establece una relación de agravantes especiales, se entiende sobre el delito cometido, no sobre el tipo de asociación criminal, pero que de todos modos redunda en la consideración de una ley con claros efectos sustantivos.

Debe tenerse en cuenta que se ha criticado el tipo penal del art. 317 CP por ser un tipo indeterminado, en la medida que no describe con claridad las conductas típicas como demanda el principio de taxatividad. Ciertamente, este delito tal cual está descrito en el CP peruano es sumamente lacónico, pues solamente se refiere al número de personas (2 o más), los delitos del plan criminal tampoco se han clarificado, al menos su gravedad (como lo demanda la Convención de Palermo). Todo lo cual obliga al intérprete a darle contenido con las otras fuentes del derecho: demás normas jurídicas, doctrina y jurisprudencia. Por consiguiente, estando ante un tipo abierto como lo es el art. 317 CP, bien puede realizarse una interpretación sistemática con la Ley N.º 30077 que llena de contenido a los elementos normativos en los siguientes aspectos:

1.º En los elementos de lo que ha de entenderse por organización criminal.
2.º Los delitos que han de entenderse propios de la criminalidad organizada.
3.º Los grados de integración o colaboración punibles.

Todo ello otorga mayor seguridad jurídica a los aplicadores del derecho que encuentran contenido jurídico a conceptos indeterminados, algo muy loable cuando se trata de la lucha contra la criminalidad organizada. Dicha interpretación solo sería proscrita si extiende el tipo penal del art. 317 CP, algo que parece no suceder toda vez que más bien le otorga ciertas líneas de certeza inexistentes en un delito tan abierto como el que idearon los legisladores de 1991. En ese proceso lógico que consiste en comprender los alcances del tipo penal de asociación ilícita del art. 317 CP, indudablemente ha de integrarse normas que ayuden a clarificar lo que se comprende por organización criminal, núcleo, como se ha venido insistiendo, de las conductas de la criminalidad organizada. Como sostiene el Profesor HURTADO POZO[52]: "El resultado al que llegue el intérprete no puede ser calificado de sentido único ni el solo verdadero de la ley. La fuerza de su decisión radica en la claridad y coherencia de los argumentos que debe presentar para hacerla valer como la más conveniente entre todas las demás posibles, para aplicar de manera justa, igual y transparente la ley. De esta manera, garantizará el respeto de los derechos de las personas al momento de dictar su mandato o sentencia". Sin duda, la definición de organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.° 30077 otorga claridad y coherencia al delito de asociación ilícita del art. 317 CP. Además, por los mismos fundamentos, debe llenar de contenido también a las agravantes específicas contempladas en el CP de delitos cometidos por integrantes de una organización criminal. La unidad del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica animan a esta conclusión.

Pero nos enfrentamos a algunos problemas interpretativos porque pueden existir *conflictos entre las dos normas*. Son los supuestos siguientes.

2.1. La diferencia del número de personas

El art. 317 CP establece que la organización puede ser de dos o más personas, mientras que el art. 2.1 de la Ley N.° 30077 señala tres o más. Por tanto, nos podríamos enfrentar al caso de una organización de dos personas a la que se le aplicaría el delito de asociación ilícita del art. 317 CP pero no las reglas procesales y penitenciarias de la Ley N.° 30077. La pregunta que se desprende es si dos personas pueden ser consideradas organización criminal, algo que es posible preguntarse desde el punto de vista criminológico, pero desde el punto de vista legal parece considerarse que sí, pues el art. 317 CP así lo hace.

52 HURTADO POZO, José, "Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias", en *Anuario de Derecho*, Lima: 2005, p. 272. Recuperado de <http://bit.ly/1TlaOUx >.

Para responder a esta cuestión conviene recordar que la Convención de Palermo, cifra en tres personas el mínimo de lo que se considera "grupo delictivo organizado", así que al menos en este aspecto la definición del art. 2.1 de organización criminal parece más idónea, mostrando así el tipo penal del art. 317 su anacronismo. Además, considero que el número de dos de una asociación criminal del art. 317 CP es a todas luces insuficiente. No existe ningún parangón en el derecho comparado y tiene el inconveniente que puede confundirse con la codelincuencia más fácilmente.

La realización delictiva por más de dos personas es algo que ya ha sido elaborado por la teoría del delito en el ámbito de la autoría y participación, en los llamados supuestos de codelincuencia. Sin embargo, en los casos de organizaciones criminales se trata de un *plus* de peligrosidad que supone la comisión de delitos por un *grupo organizado*, esto es, por un grupo de personas que se reparten las tareas para llevar a cabo con mayor eficiencia el fin último (su actividad delictiva principal), como sucede en cualquier organización. A su vez, para comprender este grado de organización se requiere cierta permanencia en el tiempo, que va a ser en realidad el elemento definidor de la organización.

Parece, pues, que el número de personas no es lo más importante, sino *cómo estas se organizan, tienen capacidad de estructurar un grupo de personas, con una idoneidad para la realización del proyecto criminal* y, por tanto, para poner en peligro bienes jurídicos. Como dice la sentencia del Tribunal Supremo español N.º 322/2013, del 16 de abril, siguiendo doctrina jurisprudencial consolidada para la aplicación de la agravante de pertenencia a organización criminal en el tráfico de drogas, del art. 369 bis CP, se aplica cuando los autores hayan actuado "dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidades de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos *que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización*, y que dificultan de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentando al mismo tiempo el daño posible causado. *La existencia de la organización no depende del número de personas que la integren*, pues ello estará condicionado, naturalmente, por las características del plan delictivo; *lo decisivo es, precisamente, esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales*, pues ello es lo que permite hablar de una empresa criminal".

En efecto, esta jurisprudencia subraya una característica propia de la teoría de organizaciones: su existencia independiente de la de sus miembros, esto es, que poseen una capacidad de autoconservación más allá de sus integrantes. Porque una organización no es una suma aritmética de miembros, sino "una ordenación formal de actividades consecutivas y ordenadas encaminadas a la

realización de objetivos específicos y comunes"[53]. Al fin y al cabo, una organización criminal es ante todo una organización social, donde las características de objetivos comunes, división del trabajo, códigos de conductas comunes, un sistema de toma de decisiones y la tendencia a la autoconservación suelen ser sus notas características[54].

Cierto es que no puede existir organización sin estructuras, es decir, sin medios personales y materiales, que son los que realmente denotan su realidad, ya que como realistamente se ha dicho, nadie es formalmente miembro de una organización criminal, pero estas tienen una realidad tangible al margen de sus componentes y/o sus medios materiales. Por tanto, en los medios de pruebas que suelen observar los jueces para comprobar la existencia de una organización criminal está la determinación de una serie de personas, dos conforme al art. 317 CP y tres conforme al art. 2.1 de la Ley N.º 30077, que actúan concertadamente con medios materiales, con una finalidad criminal la comisión de delitos: indeterminados en el supuesto del art. 317 CP, primer párrafo (tipo básico), o los establecidos en el segundo párrafo (tipo agravado) CP, o en el art. 3 de la Ley N.º 30077.

La situación legislativa está planteada de manera que podría existir el caso de dos personas que se dediquen de manera organizada, por ejemplo, a asaltar bancos, con una estructura estable y con vocación de permanencia, con un pleno reparto de roles y que lo hagan por un tiempo indefinido, caso en el cual no podría calificarse como organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.º 30077 y, por tanto, no podría aplicárseles todas las reglas procesales y penitenciarias correspondientes. Habría que calificar como asociación ilícita del art. 317 CP. Todo ello muestra la insuficiencia de la reforma de la Ley N.º 30077 contra el crimen organizado al no modernizar al menos el delito de asociación ilícita, sino —lo cual sería lo más recomendable— introducir un tipo penal de participación en organización criminal siguiendo las indicaciones de la Convención de Palermo.

2.2. La diferencia de delitos del programa criminal

Existen diferencias entre los delitos que se consideran punibles para las organizaciones criminales en el supuesto del tipo penal del art. 317 CP y en la definición de organización criminal del art. 3 de la Ley N.º 30077.

---

53 Mouzelis, Nicos, *Organización y burocracia. Un análisis de las teorías modernas sobre organizaciones sociales*, Barcelona: Península, 1991, p. 66.

54 Véase, más ampliamente Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal: Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ob. cit., pp. 127-133.

Las organizaciones criminales tienen por finalidad la comisión de delitos que la Convención de Palermo ha calificado como "graves" y ha dado una definición de estos en su art. 2.b) "Por 'delito grave' se entenderá la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave". Ahora bien, la legislación peruana no ha acogido esta propuesta ni en el tipo penal de asociación ilícita del art. 317 CP, ni en la nueva definición legal de organización criminal del art. 2.1 de la Ley N.º 37000, pues en ambos casos el legislador opta por un *numerus clausus*, es decir, señalar taxativamente los delitos del programa criminal punible. Conviene preguntarse por la idoneidad de una u otra opción.

El parámetro de gravedad que se ha seguido internacionalmente desde la Convención de Palermo, delitos con penas o medidas de seguridad no inferior a cuatro años, esconde en la práctica una gran diferencia valorativa, puesto que no existe nada más variado que la escala de penas, sobre todo, si la comparamos de un país a otro. Como sostiene MILITELLO, "La referencia a un determinado nivel de pena, es, por tanto, común solo en valor absoluto, pero mantiene un valor relativo diferenciado según los techos o límites superiores en la pena que la propia jurisdicción internamente establece"[55]. Por tanto, últimamente se prefiere una relación de delitos vinculados a la criminalidad organizada, aunque en estos casos siempre pueda plantearse la omisión de figuras que se consideran "nuevas" en un mundo criminal extremadamente cambiante como lo es el crimen organizado. Siempre un catálogo cerrado puede plantear el riesgo de no considerar delitos que pueden cometerse en el ámbito de organizaciones criminales.

En todo caso, puede valorarse positivamente en general la opción del legislador de establecer un catálogo de delitos. No obstante, tal y como está hecha concretamente esta regulación plantea problemas significativos de difícil solución, sobre todo si en la legislación penal hay dos catálogos para hacer frente a la criminalidad organizada: el del art. 317 CP y el del art. 3 de la Ley

55 MILITELLO, Vincenzo, "Criminalidad organizada transnacional y Unión Europea", en *Cahiers de défense sociale: bulletin de la Societé International de Défense Sociale pour une Politique Criminelle Humaniste*, Buenos Aires: 2011, p. 10. Recuperado de <http://bit.ly/1plFnyJ>. Así, por poner un ejemplo, entre dos países cercanos de la UE, como España e Italia y un delito característico de la criminalidad organizada, como el tráfico ilícito de drogas, se puede observar grandes diferencias de penalidad: el art. 368 CP español, establece penas que van de 3 a 6 años si las drogas "causan grave daño a la salud" y 1-3 años, para los otros casos; mientras que la ley italiana contra el tráfico de estupefacientes, en su art. 73, establece penas de 8 a 20 años para drogas duras y 2 a 6 años para drogas ligeras. Cfr. MILITELLO, Vincenzo, "L´identità della scienza giuridica penale nell´ordinamento multilivello", en *Rivista italiana de Diritto e procedure penale*, fascículo 1, Milano: 2014, pp. 103 y 104.

N.º 30077. Desde la promulgación de esta ley especializada contra el crimen organizado existían diferencias entre ambos catálogos. Así, por ejemplo, el tipo penal de asociación ilícita, modificado por la propia ley, contempla el delito de homicidio simple del art. 106 mas no lo hace el catálogo del art. 3. Por tanto, puede darse el caso de un homicidio cometido desde el ámbito de organizaciones criminales al que no se le aplique las reglas procesales y penitenciarias de la Ley N.º 30077, algo que parece no tener demasiado sentido si igualmente se trata de un delito grave contra la vida que, para muchos, respecto del asesinato —que sí se contempla— solo tiene una diferencia de grado.

Otro problema puede surgir respecto a la incorporación de nuevas figuras penales que podrían estar asociadas al crimen organizado, que no siempre el legislador tiene el cuidado de concordarlo con una modificación del art. 3 Ley N.º 30077 y del art. 317 CP, como por ejemplo ha sucedido con el delito de sicariato incorporado por el Decreto Legislativo N.º 1181 del 17 de julio del 2015. Al margen de la valoración que este delito posee, práctica y unánimemente cuestionado por la doctrina[56], lo que me interesa llamar la atención es que el legislador sí lo incorpora entre la lista de delitos del art. 317 CP, pero no en la lista de delitos del art. 3 de la Ley N.º 30077, lo cual es claramente incomprensible, pues puede darse el supuesto de un delito de sicariato, realizado en el ámbito de organizaciones criminales a los que no se les pueda aplicar las reglas procesales y penitenciarias de la ley contra el crimen organizado.

Esta es una razón más de la necesidad de una norma única de participación en organización criminal, que puede estar en el Código Penal o en la Ley especial correspondiente, pero que defina claramente el tipo penal de organización y los delitos punibles vinculados a la criminalidad organizada. Por tanto, hay que incidir en la crítica al no haber utilizado la oportunidad de una ley contra el crimen organizado para regular un tipo penal más moderno, afinando la técnica legislativa para no dar un mensaje contradictorio e insuficiente en la lucha contra la criminalidad organizada.

2.3. Grados de integración y colaboración punibles distintos

El art. 317 CP establece en el tipo básico de asociación ilícita: "el que constituya, promueve o integre [...]" y el tipo agravado segundo párrafo: "(B) Cuando el integrante fuera el líder, jefe o dirigente de la organización. (C) Cuando el agente es quien financia la organización".

56 Cfr. Caro Coria, Carlos, "Necesarias correcciones del delito de sicariato", en *Revista Electrónica La Ley*, Lima: 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1KFqziS>.

El art. 2.2 de la Ley N.º 30077, con una fórmula la verdad bastante desafortunada establece: "La intervención de los *integrantes* de una organización criminal, *personas vinculadas* a ella o que *actúan por encargo* de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal".

Bien, el único elemento común es *el integrante*. Se trata de los denominados miembros activos de la organización, es decir, las personas que participan activamente en el plan común de la organización criminal. El integrante es quien en conciencia y voluntad forma parte de la finalidad criminal de la organización, llevando a cabo una parte de las actividades criminales que, según el reparto de tareas, le corresponde. Integración y participación en organización criminal son categorías similares que se refieren a conductas nucleares dentro de la estructura criminal. Son aquellos cuyo número mínimo es determinante para la existencia de la organización.

Ahora bien, respecto al que *constituya* o *promueva,* se trata de conductas que también pueden considerarse de integración inicial, es decir, estamos ante *miembros fundadores* de una organización criminal. Quien funda, forma parte de, por tanto, es miembro o integrante. Más discutible sería la conducta de promover, pues es posible promover algo que no llegue a cuajar, pero se ha de entender promover como fundar una organización criminal, sino el grado de intervención sería tan alejado del injusto que no cabría ninguna intervención penal. La *conspiracy*, es decir, el mero acuerdo de dos o más personas para cometer actos en el futuro, no es punible en sí misma ("el pensamiento no delinque") en nuestro sistema jurídico como lo es en el *common law*, salvo que esa intencionalidad dé el paso de constituir una estructura para delinquir (medios materiales y personales), o constituya actos preparatorios punibles de un delito concreto en que se prevea dicha forma anticipada de punición.

El *líder, jefe o dirigente* de la organización es un integrante de la misma que ocupa un espacio alto en la escala de poder dentro de una estructura jerárquica. Son los encargados del poder de decisión dentro de la organización criminal y, por lo general, quienes son responsables de las decisiones más importantes del plan criminal, mientras que son otros los que lo ejecutan. Por eso, es que en muchas legislaciones han previsto una mayor punición, porque son los dirigentes, quienes con su capacidad de seducción o con el uso de la violencia instan a los demás miembros a la acción criminal. De ahí su mayor peligrosidad, dado que en organizaciones jerárquicas son el sostén de las mismas, sin los cuales no se llevarían a cabo las actividades criminales[57]. Ahora bien, hoy en día, no todas

57 Como sucedió con Sendero Luminoso que gracias a la detención de su líder Abimael Guzmán, cuyo protagonismo era indiscutible, pudo caer toda la organización terrorista.

las organizaciones criminales son jerárquicas, pues en muchos casos se trata de agrupaciones donde se acuerdan las tareas entre todos los miembros, en células o nodos dentro de una red más amplia.

El que *financia* la organización criminal no es integrante de la misma, es un colaborador que aporta bienes importantes a la organización, como es el dinero o bienes para nutrir la estructura criminal. Como se ha dicho, una organización criminal es una estructura estable de personas y bienes. Sin estos últimos no sería tangible, no podría verificarse su existencia. De acuerdo con una concepción de punir las colaboraciones notables a la organización criminal, o lo que en el derecho penal de la autoría y participación sería el *cooperador necesario*, con la misma pena que al autor, tal cual como suele ser en los códigos penales, se entiende que quien financia una organización criminal se le pene igual que un integrante.

Las fórmulas *personas vinculadas* o que *actúan por encargo*, del art. 2.2 de la Ley N.° 30077 son bastante desafortunadas, porque no son miembros de la organización, ni *a priori* son colaboradores con la actividad de la organización. En cuanto a la vinculación, la ley nada dice del grado de vinculación. Por ejemplo, la esposa de un capo de una organización criminal es persona vinculada, pero no necesariamente su comportamiento es punible, salvo que colabore con él para esconder los bienes ilícitamente obtenidos, por ejemplo, en cuyo caso podría ser encubridora o, incluso, cometer un delito de blanqueo de bienes. Ahora bien, en principio las personas vinculadas a una organización no son miembros de la misma ni comparten el plan criminal común, es decir, están fuera de la organización, por eso, solo están vinculadas. Igualmente, están fuera de la organización los que actúan *por encargo* de una organización criminal. Entiéndase quienes son personas ajenas a la organización que son remuneradas o no (en la mayoría de casos, lo son, pero podrían actuar por alguna motivación altruista o emocional, como persona enamorada) para realizar una actividad puntual en favor de las actividades de la organización.

Lo importante en estos casos es establecer si, siendo personas extrañas a la organización, realizan colaboraciones relevantes con ella como para merecer una pena. Este es un tema nada fácil de resolver, pues existen importantes diferencias en las situaciones reales ¿Se trataría de personas que realizan aportes menores? ¿Estamos ante conductas socialmente adecuadas? O, lo que la doctrina denomina *conductas neutrales*, esto es, comportamientos adyacentes que son propios de la vida cotidiana que podrían tener significado para la organización, pero que difícilmente son punibles.

Aunque en el mundo de la criminalidad organizada hay conductas adecuadas socialmente[58] (o también llamadas, conductas neutrales), hay una serie de conductas favorecedoras de la organización criminal que no pueden ser consideradas ni de pertenencia a la organización criminal, ni pueden dar lugar a una imputación por los delitos cometidos. Es el caso del *colaborador externo a la organización criminal*[59], que salvo que cometa un delito concreto (un delito de cohecho, o blanqueo de bienes por ejemplo, su conducta puede resultar impune. La solución de este tema, tan discutido en la doctrina italiana (*comportamientos contiguos a la organización criminal*), por la connivencia de políticos, empresarios y otros profesionales con la mafia, debe discutirse dogmáticamente en torno a la relevancia penal de las conductas cotidianas que pueden incrementar las posibilidades de comisión de un delito, por tanto, la conducta dejaría de ser socialmente adecuada para pasar a ser comportamiento punible, en la medida que su contribución es relevante para la realización de las actividades criminales de la organización. Por ejemplo, la conducta del contable, del abogado, el notario, el asesor financiero, etc., que diseñan un sistema financiero para crear empresas ficticias, préstamos falsos, etc. y así lavar el dinero obtenido ilícitamente.

La importancia criminológica de las personas contiguas a la organización criminal, que dan soporte técnico, material, profesional o personal, con conductas de asesoramiento, trabajos subcontratados, etc., aconseja la criminalización de las conductas más relevantes[60]. Y, aunque esto pueda resolverse vía legislativa con una tipificación penal expresa, la afirmación de un injusto de organización criminal permitiría construir una categoría de *cooperación necesaria en organi-*

58 Por ejemplo, la cocinera o el chófer de un jefe mafioso. Pero más discutible sería la determinación de la responsabilidad del guardaespaldas. En este caso se tendrá que dilucidar la relevancia penal de la conducta cotidiana. *Vid.* nota siguiente.

59 Estas conductas pueden tener relevancia penal si: 1. Suponen un favorecimiento en la comisión de un hecho doloso que un autor principal ha resuelto realizar; 2. Se encuentra en la fase de actos preparatorios y 3. Existen datos objetivos que lo demuestran. *Vid.* López Peregrín, Maria del Carmen, *La complicidad en el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 255

60 Tipificación que, en algunos casos incluso debe agravar la responsabilidad penal de los delitos cometidos, cuando se trate de personas con deberes especiales de protección de los ciudadanos frente a la criminalidad, como policía, jueces y fiscales. En otra categoría estarían los políticos, para los cuales también podría pensarse en una responsabilidad agravada cuando actúen en colaboración con la criminalidad organizada. Así, en Italia, el art. 416 bis 2. CP contempla un supuesto agravado de delito electoral cuando la organización criminal mafiosa incida en las elecciones para favorecer la organización, en previsión de la posible laguna de punibilidad de esta conducta.

zación criminal, es decir, sería útil para fundamentar una imputación material de injusto penal, en supuestos que, por su relevancia serían merecedores y necesitados de sanción penal[61].

Porque hay que reconocer que la conducta de un profesional, asesor de una organización criminal, puede ser aún más relevante que la conducta de un miembro de la organización.

Para finalizar este trabajo quiero poner de relevancia los problemas de aplicación de agravantes específicas, agravantes genéricas, reglas de la habitualidad, la reincidencia, etc. que se presentan en los supuestos de delitos de organización criminal, pues en muchos casos se desvalora dos veces la misma conducta. Considero un contrasentido aplicar la agravante de habitualidad al delito de asociación ilícita toda vez que esta supone la conducta reiterada en el tiempo y, por tanto, estaríamos afectando al principio de *non bis in ídem*. Aunque adentrarnos en este tema requeriría un estudio exhaustivo, todos estos extremos deberían ser regulados en una buena Ley contra el Crimen Organizado, algo que no ha sucedido en la Ley N.º 30077. También la comprensión del injusto de organización, como antes se ha desarrollado, ayudaría a sistematizar y resolver más racionalmente estos problemas.

VI. CONCLUSIONES

1. El legislador peruano debió aprovechar la oportunidad de la promulgación de la Ley N.º 30077 contra el Crimen organizado para incorporar un delito de participación en organización criminal conforme lo demanda la Convención de Palermo y lo han hecho las leyes especiales contra la delincuencia organizada del entorno cultural, en la medida que el clásico delito de asociación ilícita del art. 317 CP resulta superado por las nuevas formas de actuación de la criminalidad organizada.

---

61 La complicidad, por no aportar bienes escasos, puede resultar impune por el principio de fragmentariedad. Aquí aplicaríamos la *teoría de los bienes escasos* para distinguir aportaciones necesarias de aportaciones simples, entre cooperación necesaria y complicidad, siguiendo la teoría diseñada por GIMBERNAT, la cual es de gran acogida en la doctrina española y extranjera, por fundamentarse en criterios valorativos objetivos, es de gran ayuda para no caer en la subjetivización del injusto, tan proclive en estos supuestos. *Vid.* GIMBERNAT ODEIG, Enrique, *Autor y cómplice*, 1.ª ed., Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1966. *Vid.* ampliamente los fundamentos de esta teoría en la 2.ª ed. del 2006, en Montevideo-Buenos Aires, B de F, pp. 127 y ss.

2. Aunque la finalidad explicitada en la Ley N.º 30077 en su art. 1 es solo procesal, el art. 2.1 establece una definición de organización criminal que necesariamente llena de contenido al elemento normativo "organización" del art. 317 CP, delito de asociación ilícita. Además, el art. 2.2 establece los grados de integración y colaboración punibles, y el art. 3 los delitos susceptibles de ser cometidos por la criminalidad organizada. Por tanto, una interpretación sistemática de todas estas normas ha de comprenderse como integrante del art. 317 CP, máxime si este es un tipo abierto, indeterminado, necesitado de líneas interpretativas más ciertas.
3. Por los mismos argumentos, también la definición del art. 2.1 de la Ley N.º 30077 de organización criminal, debe llenar de contenido el elemento normativo correspondiente en los tipos agravados por la comisión del delito como integrante de una organización criminal. La unidad del ordenamiento jurídico y la seguridad jurídica así lo aconsejan.
4. Los problemas de interpretación que se producen al subsistir una doble normativa para castigar la participación en organización criminal, tanto en el delito de asociación ilícita del art. 317 CP, como en las reglas correspondientes de la Ley N.º 30077 contra el Crimen Organizado, son notables e inciden principalmente en el número de personas que han de conformar la organización criminal, los delitos considerados de la criminalidad organizada y los grados de integración /colaboración con la organización punibles. Una razón más para cuestionar que la Ley N.º 30077 contra el Crimen Organizado de 2013 no haya introducido un tipo penal de participación en organización criminal, que conllevaría una comprensión más clara del injusto de organización.
5. Los casos de colaboración con organización criminal, que tanto preocupan a la doctrina y a los organismos internacionales, es decir, los supuestos de profesionales que dan soporte técnico y profesional a la organización, considerados *comportamientos contiguos a la organización criminal*, deben ser punibles cuando se trata de una cooperación relevante para la existencia y el plan criminal de la misma. La regulación del art. 2.2 de la Ley N.º 30077, al asimilar al integrante de la organización con la "persona vinculada" y el que "actúa por encargo", no permite distinguir los diferentes grados de merecimiento y necesidad de pena que podrían corresponder.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALEO, Salvatore

1999 *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittose associative*, Milán: Giuffré.

ALPACA PÉREZ, Alfredo

2013 "Algunas ideas sobre el delito de asociación ilícita como delito de peligro abstracto en el Código Penal peruano", en *Asociación Ultima Ratio*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1SUksu2>.

ARMAZA GALDÓS, Julio

2001 *Influencia de los códigos penales españoles en la legislación peruana decimonónica*, vol. I, España: Ediciones Universidad Castilla La Mancha y Universidad de Salamanca

CHERIF BASSIOUNI, Mahmoud y Eduardo VETERE

1998 *Organized Crime. A Compilation of U. N. Documents 1975-1998*, New York.

BECCHI, Ada.

2000 *Criminalità organizata. Paradigmi e scenari delle organizzazioni mafiose in Italia*, Roma: Donzelli Editore.

CARO CORIA, Carlos

2015 "Necesarias correcciones del delito de sicariato", en *La Ley*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1KFqziS>.

CAVALIERE, Antonio

1999 CAVALIERE, Antonio, en MOCCIA, Sergio, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane.

CENTONZE, Alessandro

2008 *Criminalità organizzata e reati transnazionali*, Milán: Giuffrè

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea; Laura REQUENA ESPADA y Luis DE LA CORTE IBÁÑEZ

2011 "¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.° 13-3, Madrid.

DONINI, Massimo

2010 DONINI, Massimo, "Derecho penal de lucha. Lo que el debate sobre el derecho penal del enemigo no debe limitarse a exorcizar", en *El derecho penal frente a los desafíos de la modernidad*, Lima: Ara Editores.

2015 EL COMERCIO, "La trata de personas en el Perú. Un delito invisible", en *El Comercio*. Recuperado de <http://bit.ly/1TlaOUx>.

García Cavero, Percy

2015 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial.* vol. I, 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico.

García Pablos, Antonio

1977 García Pablos, Antonio, *Asociaciones ilícitas en el Código Penal*, Barcelona: Bosch.

Gimbernat Odeig, Enrique

1966 *Autor y cómplice*, 1.ª ed., Madrid: Universidad Complutense de Madrid.

Giménez-Salinas, Andrea; Luis De la Corte Ibañez; Laura Requena Espada y Manuel de Juan Espinosa

2009 "La medición y evaluación de la criminalidad organizada en España: ¿Misión Imposible?", en *Revista Española de Investigación Criminológica*, n.º 7, Madrid. Recuperado de <http://bit.ly/1TlaOUx>.

Giménez-Salinas Framis, Andrea, Laura Requena Espada y Luis De la Corte Ibáñez

2011 "¿Existe un perfil de delincuente organizado? Exploración a partir de una muestra española", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 13-3, Madrid. Recuperado de <http://bit.ly/1VhS7o5>.

Hurtado Pozo, José

2005 "Interpretación y aplicación del art. 400 CP del Perú: delito llamado de tráfico de influencias", en *Anuario de Derecho*, Lima.

Llerena, Patricia

2002 "La criminalidad organizada transnacional y finanzas", en *La reforma legal y judicial y control de la corrupción en América Latina y el Caribe*, Madrid. Recuperado de <http://bit.ly/1WGkdIZ>.

López Peregrín, María del Carmen

1997 *La complicidad en el delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Mapelli Caffarena, Borja; María Isabel González Cano y Teresa Aguado Correa

2001 *Estudios sobre delincuencia organizada. Medios, instrumentos y estrategias de investigación policial*, Sevilla: Mergablum.

Militello, Vincenzo

2014 "L'identità della scienza giuridica penale nell'ordinamento multilivello", en *Rivista italiana de Diritto e procedure penale*, fascículo 1, Milano.

Mouzelis, Nicos

1991 *Organización y burocracia. Un análisis de las teorías modernas sobre organizaciones sociales*, Barcelona: Península.

Asamblea General de las Naciones Unidas

2005 *Aplicación y seguimiento integrados y coordinados de los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas en las esferas económica y social y esferas conexas. Seguimiento de los resultados de la Cumbre del Milenio.* A/59/2005.

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito

2012 "Delincuencia organizada transnacional: la economía ilegal mundializada España". Recuperado de <http://bit.ly/20V8Mxl>.

Paladines Rodríguez, Jorge Vicente

2015 "Duros contra los débiles y débiles contra los duros", Quito: 2015, p.13. Recuperado de <http://bit.ly/26gNiiv>.

Paoli, Letizia

2000 "Il crimine organizzato en Italia e in Germania", 2000, en Militello, Vincenzo, Letizia Paoli y Jörg Arnold, *Il crimine organizzato come fenómeno transnazionale: Forme de manifestazione, prevenzione e repressione in Italia, Germania e Spagna*, Freiburg im Breisgau, Italia: Editio Iuscrim.

Parlamento Europeo

2014 *Working document on organized crime, Special committee on organized crime, corruption and Money laundering*, DT/913961.

Pelaez Piñeiro, Luis

2014 *Estrategias de respuesta de la Guardia Civil en materia de delincuencia grave y organizada*, Trabajo de fin de máster, Cantabria: Universidad Internacional Menéndez Pelayo.

Prado Saldarriaga, Víctor

2006 *Criminalidad organizada*, Lima: Idemsa.

Quintero Olivares, Gonzalo

1999 "La criminalidad organizada y la función del delito de asociación ilícita", en Ferré Olivé, Juan Carlos y Enrique Anarte Borallo (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Universidad de Huelva y Fundación El Monte.

Sánchez García de Paz, Isabel

2001 "La función político-criminal del delito de asociación para delinquir: desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en Arroyo Zapatero, Luis e Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, *Homenaje al dr. Marino Barbero Santos*, Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha y Universidad de Salamanca.

Sartori, Giovanni

2002 "Comparación y método comparativo", en Sartori, Giovani y Leonardo Morlino (comps.), *La comparación en las ciencias sociales*, Madrid: Alianza.

SESSA, Antonino

1999 "Associazione di tipo mafioso e contiguità delittuosa": profili dommatici e di politica criminale", en MOCCIA, Sergio, *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali*, Nápoles: Edizione Scientifiche Italiane.

SOBERÓN GARRIDO, Ricardo

2010 "Legislación en materia de drogas y situación carcelaria en el Perú". Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1NmmLd6>.

SPAGNOLO, Giuseppe

1996 "Reatti associativi", en *Enciclopeia Giuridica Treccani*, vol. V, Roma.

WEIGEND, Thomas

1997 "Relación General: Los sistemas penales frente al reto del crimen organizado", en *Revista Internacional de Derecho Penal*, vol. 68, Nápoles.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2005 "Viejas y nuevas tendencias político criminales en las legislaciones actuales", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Nieves SANZ MULAS, *Derecho Penal de la democracia vs. Seguridad pública*, Granada: Comares.

2009 *Criminalidad organizada y sistema de Derecho Penal: Contribución a la determinación del injusto de organización*, Granada: Comares.

LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL. A PROPÓSITO DE LA LEY N.° 30077, LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

EDUARDO ORÉ SOSA*

* Abogado egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Doctor por la Universidad de Salamanca. Magíster en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Penal de la Universidad de Piura. Profesor de la Maestría en Derecho Penal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Estudio Oré Guardia.

SUMARIO: I. Introducción. II. El problema conceptual. III. El problema terminológico. IV. Tratamiento dogmático. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

> "Pero tenemos un problema que merece toda nuestra atención. En el Perú se viene observando un crecimiento de las acciones delictivas. Tenemos que actuar con decisión porque la inseguridad hace difícil el camino al desarrollo.
>
> Por parte del Estado, aún tenemos un déficit de presencia policial, una legislación muy laxa para los delitos menores, falta de equipamiento y hacinamiento de la población penitenciaria que facilita la organización de un conjunto de delitos desde su interior.
>
> Por ello, las políticas públicas que en materia de seguridad implementamos, tienen por finalidad, mejorar la eficacia de nuestra policía, tanto en el combate contra la delincuencia, como en la prevención del delito, desde una perspectiva intersectorial e intergubernamental".
>
> (Ollanta Humala Tasso. Mensaje a la Nación del 28 de julio de 2013).

I. INTRODUCCIÓN

Encabeza este artículo parte del Mensaje a la Nación ofrecido por el Presidente Ollanta Humala, ante el Congreso de la República, el 28 de julio de 2013. Dos días antes, había promulgado la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, la misma que fuera publicada en el diario oficial *El Peruano* el 20 de agosto de 2013 y que debía entrar en vigencia "a los ciento veinte días de su publicación".

Más de dos años han trascurrido desde la promulgación de esta Ley, y podríamos decir que pocas cosas han cambiado, es decir, la sensación de inseguridad ciudadana es tal, que constituye la comidilla favorita de nuestros candidatos, ya en plena efervescencia de la campaña presidencial del 2016. Y como, al menos en este caso, la imaginación es directamente proporcional a la seriedad de nuestra clase política, volvemos a escuchar las propuestas de siempre: "las Fuerzas Armadas patrullarán las calles", "cadena perpetua", "Reforma de la Policía", etc.

Claro que todo parece indicar que la responsabilidad ha dejado de ser una virtud en temas de política criminal, pues el propio presidente de la República, cuatro meses después de la publicación de la Ley N.º 30077 en el diario oficial *El Peruano*, es decir, cuando ya tenía que entrar en vigor, esta vez mediante la Ley N.º 30133, pospuso la entrada en vigencia de la Ley contra el Crimen Organizado al 1 de julio del 2014.

Lo cierto es que, al final de la noche, todo parece reducirse, como se aprecia en el mensaje de Fiestas Patrias, a un dudoso problema de déficit punitivo. La legislación siempre será "muy laxa", sea para delitos menores o muy graves. Si no, ¿cómo explicar esa continua obsesión —obcecación, quizás más preciso— por agravar las penas; limitar las garantías del proceso; o reducir, cuando no eliminar, los beneficios penitenciarios? La Ley N.º 30077, con disposiciones relativas a la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por *organizaciones criminales*, desde luego, no podía escapar a este tradicional designio.

En lo que sigue, analizaremos la cuestión terminológica sobre la criminalidad organizada. Es conocido que siempre se han planteado dificultades para definir con precisión, esto es, con criterios de certeza, qué debe entenderse por "organización criminal". De hecho, antes de la entrada en vigencia de esta Ley, nuestro Código empleaba denominaciones distintas para lo que parecía constituir un mismo fenómeno: *agrupación criminal* (art. 152.8 CP), *organización delictiva* o *banda* (art. 179.7 CP), *organización ilícita* (art. 318-A lit. "b" CP) y *asociación delictiva* (art. 257-A.1 CP). Aparentemente, a instancias del legislador patrio, el concepto de organización criminal comprende todas estas formas o manifestaciones de la criminalidad de grupo.

Esta cuestión no es baladí, pues, más allá de la cuestión dogmática — importante para la observancia del principio de legalidad—, existen criterios político criminales, de los que no se puede prescindir cuando se trata de determinar el ámbito de aplicación de normas como las que aquí se analizan. Por ejemplo, ¿por qué el terrorismo no está incluido dentro del catálogo de delitos en los que es de aplicación la Ley N.º 30077.

Por si esto fuera poco, parece necesario confrontar el delito previsto en el artículo 317 CP, todavía denominado —tras la modificación de la Ley N.° 30077— asociación ilícita, con la figura de la organización criminal regulada por la ley sujeta a comentario.

En su momento, haremos un análisis de cómo ha quedado configurada la organización criminal en nuestro ordenamiento penal, vale decir, si puede constituir o no un tipo autónomo; si debe ser apreciada tan solo como una agravante específica; y si puede constituir, además, un criterio, factor o circunstancia para determinar judicialmente la pena.

Asimismo, dedicaremos algunas líneas a la prohibición de beneficios penitenciarios y al tema, siempre controvertido, de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, sobre todo para comentar la incorporación del art. 105-A del Código Penal, el mismo que contiene algunos criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas.

II. EL PROBLEMA CONCEPTUAL

A pesar de su indiscutible importancia[1], esbozar un concepto de organización criminal no es tarea fácil, pues no solo no existe consenso en la doctrina en cuanto a los elementos que la deben definir[2], sino también porque —desde una perspectiva dogmática— dicha definición debe conformarse con la regulación

1 Como señala, CHOCLÁN MONTALVO, "en la medida en que determinadas especialidades sustantivas y procesales dependen de una definición precisa del crimen organizado, no puede prescindirse de tratar de abordar el fenómeno, al menos en sus aspectos esenciales". *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en GRANADOS PÉREZ, Carlos, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 235.

2 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, a que estamos ante un fenómeno relativamente nuevo; a que constituye una abstracción mayor comprensiva de fenómenos criminales tradicionales (tráfico de drogas, blanqueo de capitales, tráfico de personas, etc.); a que los trabajos de los diversos países están fuertemente influenciados por sus propias realidades nacionales de actuación de grupos criminales organizados (con lo cual, la criminalidad organizada ha sido identificada en Italia con la mafia; en Alemania, con el lavado de dinero; en España, con el terrorismo); y, finalmente, a las distintas perspectivas de análisis con que ha sido analizado este fenómeno (económica, política, sociológica, antropológica, jurídica). *Vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos*. Lima: Ara Editores, 2008, pp. 287 y 288. Para un mayor desarrollo de este importante tema, de la misma autora, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Editorial Comares, 2009.

que sobre este fenómeno realiza cada ordenamiento jurídico[3]. Quizás por eso se tienda —de cara a su eficacia preventiva— a la elaboración de normas mínimas que buscan armonizar conceptos, reglas o procedimientos para afrontar el problema de las organizaciones criminales, principalmente cuando estas alcanzan cierta entidad o rebasan las fronteras de un país.

Buena cuenta de esto último lo da la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo), que define al *grupo delictivo organizado* como "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

Esta definición contempla algunos elementos que la doctrina viene considerando desde hace algún tiempo como fundamentales para la existencia de una organización criminal en estricto. Este es el caso del *beneficio económico*, que da forma a una criminalidad de tipo empresarial donde la organización "se plantea como objetivo principal la obtención de un lucro por medios ilícitos"[4]. Como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, a la criminalidad organizada no le interesa la comisión de delitos por sí mismos, sino como medios para la obtención de la mayor ganancia posible, apreciándose también un uso sistemático de la violencia.[5] Esto último (el empleo de violencia) quizás no pueda predicarse de todos

---

3 Ley N.º 30077: Art. 2. Definición y criterios para determinar la existencia de una organización criminal

1. Para efectos de la presente Ley, se considera organización criminal a 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 presente Ley.
2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal.

4 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", art. cit., p. 235. En el mismo sentido, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos,* ob. cit., p. 133: "La búsqueda del beneficio económico es lo que mueve fundamentalmente a la criminalidad organizada. Es el fin último de la criminalidad organizada estricta y toda su estructura, división del trabajo, toma de decisiones, relaciones internas y relaciones externas están funcionalizadas a la obtención del lucro".

5 Agrega que este uso sistemático de la violencia (externa o interna) se manifiesta de distintos modos: violencia en la comisión de los delitos propios de la actividad ilícita

los delitos que puedan dar cabida al concepto de criminalidad organizada de la Ley N.° 30077 (pensemos, por ejemplo, en los delitos de concusión y peculado), con lo cual, el legislador peruano parece haber simplemente apostado por la gravedad o dañosidad social del hecho punible, sin atender necesariamente al *modus operandi* o al *fin lucrativo*.

De ahí que no deba sorprender que algunos ordenamientos no incluyan dentro del ámbito de aplicación de las normas sobre crimen organizado a las organizaciones terroristas. Esto es lo que sucede con la Ley N.° 30077, pues el art. 3, que contiene un listado con los delitos en los que resulta aplicable la Ley contra el Crimen Organizado, no incluye al delito de terrorismo.

Que, aunque discutible, esto deba ser así, parece cierto hoy más que nunca tras los atentados terroristas de París del 13 de noviembre de 2015, así como por los numerosos atentados que, por doquier, son reivindicados por esas dos ramificaciones del *yihadismo global*, a saber, el Estado islámico y al-Qaeda. Medidas extremas como las adoptadas por el presidente francés a poco de los atentados del 13N —por un lado, la declaración del Estado de Emergencia para proceder a registros domiciliarios o detenciones sin orden judicial, o para fijar zonas de residencia obligada a sospechosos de terrorismo; y, por otro, el cierre de fronteras—, parecerían desproporcionadas e innecesarias para perseguir y reprimir a aquellas "bandas" u organizaciones que se dedican, entre otros delitos, al robo, violación de la propiedad industrial o a la corrupción de funcionarios.

Por esta razón, se puede compartir la opinión de Zúñiga Rodríguez cuando señala que se debe distinguir el *terrorismo* del *crimen organizado*. Ofrece, desde luego, diversos argumentos para ello: la distinción conceptual es útil de cara a su eficacia preventiva y para una mejor política criminal de ambos fenómenos; mientras que la criminalidad organizada es funcional al sistema social vigente de carácter capitalista, el terrorismo generalmente supone la confrontación total frente al Estado capitalista; el crimen organizado requiere la clandestinidad de sus actividades, mientras que el terrorismo busca la publicidad de sus acciones; etc.[6]

(homicidios, robos, extorsiones, etc.); violencia al interior del grupo para mantener la cohesión del grupo o resolver sus conflictos; la violencia entre organizaciones criminales para someter a los grupos competidores; violencia frente a autoridades y demás órganos de represión para favorecer la impunidad; y la violencia para la protección de sus aliados o clientes. *Vid.* Zúñiga Rodríguez, Laura, "Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos*, art. cit., p. 138.

6 *Ibid.*, pp. 135-137.

Ahora bien, si el fin de obtener un beneficio económico no tiene que ser siempre valorado de manera negativa —ya que es un objetivo común a cualquier organización empresarial—, habrá que convenir en el peso relativo que asume dicha característica cuando se trata de determinar los elementos fundamentales de una organización criminal. De ahí que deba prestarse especial atención, para la definición de este fenómeno delictivo, a la *estructura* y a *la comisión de delitos graves*.

En cuanto a lo primero, debe decirse que la organización, como elemento característico de una organización criminal[7], supone la existencia de un grupo de personas, pero hay que tener en cuenta que no se trata de la simple suma o pluralidad de agentes[8], ni tiene por qué confundirse —la organización criminal— con la mera coautoría[9]. Así, para establecer la diferencia entre ambas —entre coautoría y organización criminal— debe atenderse a ese elemento configurador propio de las organizaciones criminales: su estructura organizativa.

Intrínsecamente ligado al elemento estructural u organizativo, también suele invocarse la vocación de *permanencia*,[10] la misma que, como señala PRADO SALDARRIAGA "reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la

7 Para ello, siguiendo a ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, debe atenderse a la presencia de objetivos comunes, la división del trabajo, la estructura y permanencia, códigos de conducta comunes, un sistema de toma de decisiones, la relaciones entre los miembros y con el medio exterior y la tendencia a la auto conservación. *Vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Criminalidad organizada y Derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos,* art. cit., pp. 128-133.

8 CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en GRANADOS PÉREZ, Carlos, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, ob. cit., pp. 243 y 244. Si bien hace referencia a la "agrupación de una pluralidad de personas" y a la "delincuencia de grupo", también alude, con más propiedad, a la organización, o estructura organizativa y jerarquizada.

9 Punto que ya había sido absuelto por la Corte Suprema al sostener lo siguiente: "En la organización criminal la pluralidad de agentes es un componente básico de su existencia, mas no de su actuación. Es decir, esta clase de agravante exige mínimamente que el agente individual o colectivo del robo sea siempre parte de una estructura criminal y actúa en ejecución de los designios de ésta". *Vid.* CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N.º 8-2007/CJ-116 Lima*: 16 de noviembre del 2007. F. J. n.º 8

10 Que, según YSHÍ MEZA, no implica necesariamente continuidad operativa entendida como realización constante de la conducta criminal, sino más bien que la organización está apta para, en cualquier momento y oportunidad que el negocio lo amerite, activar su aparato estructural. *Vid.* YSHÍ MEZA, Luis Alejandro, "Política criminal y regulación penal de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas y al lavado de activos. A propósito de la Ley N.º 30077", en: *Gaceta Penal y Procesal Penal*, 2013, p. 103.

delincuencia organizada", resultando imprescindible para "lograr que su presencia e influencia se irradien y conserven sobre su entorno"[11].

En cuanto a lo segundo, resulta conveniente, en atención a criterios de proporcionalidad, descartar aquellas agrupaciones o asociaciones, por más organizadas que fuesen, que no se dediquen a la perpetración de delitos graves. Consecuentemente, deben quedar fuera aquellas que se dediquen a la comisión de meras faltas. Esto, que pudiera parecer una nadería o una extravagancia, no lo es tanto cuando se mira lo ocurrido en la legislación española, que llegó a conceptuar la organización criminal como aquella "agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, *así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas*" (art. 570 bis, inc. 1 segundo párrafo del CP español). Desde luego, esto generó las más encendidas críticas de la doctrina española, denunciándose esta evidente muestra del "paroxismo punitivo" al que puede llegar el legislador en su "avaricia represiva"[12].

Las organizaciones criminales pueden presentar características adicionales, pero, siguiendo a Zúñiga Rodríguez, estas serían no esenciales, sino más bien contingentes. Entre estas tenemos la búsqueda de impunidad; el secretismo o clandestinidad; las vinculaciones con el mundo empresarial (inocultablemente relacionado con el lavado de activos) o con la política (generadora de grandes cotas de corrupción); la búsqueda del dominio del mercado, y el carácter transnacional o internacional de sus actividades.[13]

Llegado a este punto, y bien curados de ese afán por aventurar definiciones originales[14], parece pertinente señalar qué realidades o fenómenos deben quedar

11 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa, 2013, p. 61.

12 *Vid.* González Rus, Juan José. "La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma", en *Anales de Derecho* n.º 30, 2012, pp. 17 y 18. Recuperado de <http://bit.ly/1WKxcJJ>.

13 Zúñiga Rodríguez, Laura. "Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos,* art. cit., pp. 140-149.

14 Optamos por quedarnos con el concepto operativo de criminalidad organizada propuesto por Prado Saldarriaga, quien la define como "toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Además, estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una

fuera del concepto de organización criminal. Como ya se adelantó, podríamos citar a aquellas agrupaciones que, aun organizadas, se dedican a la comisión de delitos menores o faltas. Los grupos terroristas, pues, más allá de que teleológicamente no estén dirigidos a la consecución de un beneficio económico o que no hayan sido comprendidos por la Ley N.º 30077, su confrontación con el Estado, cuando no la búsqueda de su destrucción o del socavamiento de sus estructuras, hace que merezcan un tratamiento —aunque similar— diferenciado frente a otras organizaciones criminales.

Los supuestos de *coautoría* o *coparticipación* evocan un concierto criminal donde el proceder delictivo es circunstancial, mas no permanente; de este modo, conforme señaló en su momento el Acuerdo Plenario 8-2007/CJ-116, no resultan afines a una organización criminal caracterizada por una estructura organizativa estable y con un proyecto delictivo perdurable en el tiempo.

Por la misma razón, deben quedar al margen del concepto de organización criminal las comúnmente denominadas "bandas", pues estas carecen propiamente de una estructura organizacional estable, siendo más bien, como señala ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, una mera conexión de personas para la comisión de delitos, desde luego, con cierto grado de planificación y estabilidad que las distinga de la simple coautoría[15]. Ciertamente, y con independencia de los puntos de encuentro que entre ambas se pudieran establecer, parece que el rigor en el tratamiento penal, procesal y penitenciario que se depara para la criminalidad organizada (sanciones penales, técnicas especiales de investigación, Cooperación Internacional y Asistencia Judicial, etc.), más allá de que, en principio, pueda ser aplicable a otro tipo de delincuencia, alcanza en aquella su máxima expresión.

En el mismo sentido, PRADO SALDARRIAGA apunta que "para la mayoría de expertos estas estructuras —asociaciones ilícitas y bandas—, mayormente amorfas, no constituyen parte de la criminalidad organizada por poseer un *modus operandi* notorio y artesanal. Carecen de roles establecidos y de procesos de planificación complejos. Su dimensión operativa se restringe en función al escaso número y especialización de sus integrantes. Estas estructuras delictivas se ubican en un escenario común y coyuntural que las conecta generalmente con delitos convencionales violentos como el robo, la extorsión o los secuestros.

---

eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico". *Vid.* PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 60.

15 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos,* art. cit., pp. 233 y 234.

Su influencia sobre el entorno es mínima lo que determina que sus integrantes sean frecuentemente intervenidos por la policía".[16] No obstante, como veremos posteriormente, tal parece que el legislador ha comprendido a estas formaciones criminales dentro del concepto de organización criminal.

III. EL PROBLEMA TERMINOLÓGICO

Hasta aquí, hemos excluido del concepto de *organización criminal* algunos fenómenos como el terrorismo, las agrupaciones delictivas dedicadas a delitos menores o faltas, o aquellas que carecen de una estructura organizacional; no obstante, resta analizar algunos términos que, contenidos hace poco en el Código Penal, presentan algunas semejanzas con dicha denominación. Nos referimos, claro está, a los términos *agrupación criminal*, *organización delictiva* o *banda*, *organización*, *organización ilícita* y *asociación delictiva*, todos los cuales quedaron sustituidos, en virtud de la Ley N.° 30077, por la denominación *organización criminal*. Asimismo, parece interesante analizar la configuración actual del delito de asociación ilícita del art. 317 CP, también modificado por la Ley N.° 30077, y su correspondencia o deslinde con el concepto de organización criminal.

En cuanto a la *agrupación criminal*, Gálvez Villegas y Delgado Tovar,[17] al comentar una de las circunstancias agravantes del delito de *secuestro*, parecen asimilarla a cualquier "agrupación destinada a cometer delitos"; no obstante, a continuación hacen referencia expresa a los "grupos terroristas" y a la "organización criminal", supuestos en los que suele verificarse un mayor grado de estructura y organización.

Resulta interesante, por otro lado, la acotación de Salinas Siccha al evocar la modificación operada en el art. 152.8 por el Decreto Legislativo N.° 982: "anteriormente se configuraba [la circunstancia agravante] cuando el agente buscaba que el agraviado [de un delito de secuestro] se incorpore a una 'organización' criminal, es decir, a un grupo de personas, más o menos organizadas, dedicadas a cometer latrocinios. En cambio, ahora el tipo penal solo se refiere a 'agrupación', dando a entender que no necesariamente debe ser un grupo de personas medianamente organizadas ni con permanencia en el tiempo, sino simplemente a un grupo de personas que bien pueden reunirse para cometer latrocinios"[18].

16 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 79.

17 Galvez Villegas, Tomás y Walther Delgado Tovar, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, Lima: Jurista Editores, 2011, pp. 127 y 128.

18 Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho Penal. Parte Especial*, Lima: Grijley, 5.ª ed., 2013, p. 502.

De este modo, según SALINAS SICCHA, la diferencia entre *organización criminal* y una *agrupación* destinada a cometer delitos residiría, justamente, en el nivel de organización que alcanza la primera; la agrupación, en cambio, aludiría a la mera reunión o concierto de personas para cometer delitos.

En relación con los términos *organización delictiva* y *banda*, y al comentar una de las circunstancias agravantes del delito de proxenetismo, GÁLVEZ VILLEGAS y DELGADO TOVAR consideran que deben ser considerados como análogos "entendiéndose por tal a una organización jerárquicamente organizada, que actúa con un propósito criminal común y con carácter de permanencia, que dispone de medios idóneos para llevar a cabo el delito así como una disciplina organizativa o corporativa que lo diferencia del delito de promoción o favorecimiento de la prostitución, cometido por una pluralidad de personas (participación criminal)".[19] Para SALINAS SICCHA, el término organización —dentro del cual comprende a la organización delictiva y banda— "abarca todo tipo de agrupación de personas que se reúnen y mínimamente se organizan para cometer delitos con la finalidad de obtener provecho patrimonial indebido"[20].

Por su parte, PEÑA CABRERA FREYRE, al analizar una de las circunstancias agravantes de los delitos monetarios (art. 257-A CP), considera que, para determinar la existencia de una *banda*, puede atenderse a la permanencia del grupo: "por lo general los integrantes de dicha estructura criminal se agrupan de forma eventual para cometer determinados delitos. Por lo demás no cuentan con una estructura interna rigurosamente organizada".[21]

Con respecto a la *asociación delictiva* (previsto por ejemplo en el art. 257-A.1 del CP), el mismo PEÑA CABRERA FREYRE la define a partir de la diferencia con la asociación ilícita del art. 317 CP: "Para que un individuo esté incurso en la figura delictiva de Asociación Ilícita, se requiere que dicha organización criminal no solo cuente con una pluralidad de miembros, que tenga permanencia significativa en el tiempo, división de funciones y/o tareas, órganos jerarquizados, sino también que desde su interior se perpetren una 'pluralidad de delitos' [...]; es decir, si la Asociación delictiva, de la cual forma parte el agente, se dedica a cometer varios hechos punibles, hemos de optar por la tipificación prevista en el artículo 317"[22]. El caso es que tradicionalmente se venía entendiendo que la consumación del

19 GALVEZ VILLEGAS, Tomás y Walther DELGADO TOVAR, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 548.

20 SALINAS SICCHA, Ramiro. *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 857.

21 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho penal. Parte especial*, t. III, Lima: Idemsa, 2010, p. 448.

22 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso, *Derecho Penal. Parte Especial*, ob. cit., p. 448.

delito previsto en el art. 317 CP no exigía propiamente la perpetración o comisión efectiva de delitos, sino el formar parte de una asociación que tuviera por fin cometerlos.[23] Quizás este autor se refiera a la perdurabilidad del grupo que se forma para cometer delitos: distinguir lo ocasional o eventual, de lo permanente. Sin embargo, si así fuese, resultaría más difícil fundamentar el mayor grado de injusto de la circunstancia agravante analizada: el mayor marco punitivo debía obedecer a algo más que la mera pluralidad o concierto de personas, pues el mismo término *asociación* evoca ya la idea de perduración y de un mínimo organizacional. Si prescindiésemos de estas características, nos quedaríamos con poco más que la sobrepunición del mero concierto o pluralidad de personas.

IV. TRATAMIENTO DOGMÁTICO

Tras este breve recuento, y tal como quedan las cosas luego de la modificación operada en virtud de la Ley N.° 30077, podemos plantearnos si la expresión *organización criminal* solo puede ser utilizada en un sentido estricto o si, por el contrario, también puede hacer referencia a otro tipo de agrupaciones como, por ejemplo, las bandas; de ser este el caso, se estaría aludiendo a la organización criminal en un sentido amplio.

Por lo pronto, cabe considerar que los supuestos de coautoría y coparticipación, concebidos generalmente como simples conciertos de personas para la perpetración de comportamientos delictivos, resultan ajenos al concepto de organización criminal, sea esta entendida en un sentido amplio o restringido. Lo contrario supondría desconocer uno de los elementos más característicos de una organización criminal: su estructura organizativa. Parecería incorrecto, desde el punto de vista político-criminal, que la sola pluralidad de agentes, sin ese elemento configurador[24], quede sujeta a todas las consecuencias dogmáti-

23 *Vid.* Reaño Peschiera, José Leandro, "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en San Martín Castro, César; Dino Caro Coria y José Reaño Peshiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales.* Lima: Jurista Editores, 2002, pp. 296-297. En este artículo se señala que "el delito de asociación ilícita no viene consumado porque en la marcha de una determinada estructura asociativa —ínsitamente lícita— se cometan determinadas infracciones, sino porque desde el principio sus miembros buscan tal propósito como una finalidad, ya inicialmente delictiva".

24 Con independencia de que incluso en el caso de los coautores sea siempre necesario un mínimo de coordinación, planificación u "organización"; lo que, sin embargo, no llega al punto de conformar una estructura estable y duradera encaminada a la comisión de eventos delictivos.

cas —básicamente sobrepunitivas— que se destinan para aquel otro fenómeno delictivo.

Ahora bien, de interpretarse el término *organización criminal* —sobre todo en los casos en que es utilizado en la Parte Especial del Código Penal— en un sentido estricto o restringido, se estaría limitando el ámbito de aplicación de algunas agravantes específicas como, por ejemplo, la actuación en bandas. Como ya se adelantó, este último término —al igual que otros semejantes— fue sustituido, en virtud de la Ley N.º 30077, por el de organización criminal. ¿Podría entonces el condenado por la forma agravada del art. 257-A del Código Penal pedir la sustitución de la sanción impuesta (art. 6 CP), con la consiguiente disminución de la pena, en el entendido de que la agravante de actuación como integrante de una *banda* —por la que pudo ser condenado— ha sido eliminada? Consideramos que no, que esto escapa a la finalidad de la norma. De este modo, entendemos que el término organización criminal, cuando es utilizado en la configuración de algunas agravantes específicas (ubicadas en la Parte Especial del Código Penal), debe ser entendido en un sentido amplio, comprendiendo incluso algunas manifestaciones de la criminalidad de grupo más o menos —pero siempre— organizadas.

Por si esto fuese poco, y más allá de que se siga conservando la denominación *asociación ilícita*, parece claro que el legislador, al tipificar la conducta prevista en el art. 317 CP, entiende por aquella, sencillamente, una organización criminal. Si cupiese alguna duda de esto, bastaría acudir a lo señalado por el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República, recaído en los Proyectos de Ley N.º 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR, por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada[25]: "En el caso peruano, en las disposiciones modificatorias que plantea el Texto Sustitutorio, se ha optado por la tipificación, en el artículo 317 del Código Penal, de la *'organización criminal'* como figura delictiva en reemplazo de la *'asociación ilícita'*, atendiendo a que —según lo señalado en líneas precedentes— ambas nociones comparten los elementos componentes básicos en tanto delitos cometidos por organizaciones o grupos delictivos. De esta manera, se pretende superar —a nivel de tipo penal— una forzada diferenciación que ha causado confusiones al momento de su aplicación por los operadores judiciales".

Claro que con lo anterior parecería incomprensible por qué para conformar una u otra realidad criminal no se requeriría —desde la entrada en vigor

25 Congreso de la República; *Proyecto de ley dictaminado: Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos recaído en los Proyectos de Ley 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR*, Lima: 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1mVafmm>.

de la Ley N.°— el mismo número de personas, pues para la configuración del delito autónomo previsto en el art. 317 CP, basta estar, como mínimo, ante una *organización* de *dos* personas; mientras que para la organización criminal, definida en el art. 2 de la citada ley —siguiendo en este punto a lo establecido en la Convención de Palermo—, se exige al menos la agrupación de *tres* personas.

Así las cosas, entendemos que el legislador nacional se propuso evitar cualquier tipo de confusión terminológica en cuanto al uso de la expresión organización criminal en la configuración de algunas circunstancias agravantes de la Parte Especial del Código Penal. De ahí que procediera a sustituir diversas denominaciones (v. gr., agrupación criminal, organización delictiva, banda, organización, organización ilícita y asociación delictiva) que, en líneas generales, pueden incardinarse dentro de la denominada delincuencia de grupo o, por qué no, en un concepto amplio de organización criminal.

No obstante, el término organización *criminal* no solo es utilizado para configurar una circunstancia modificativa de la responsabilidad, sino también para configurar un tipo autónomo, cual es el previsto en el art. 317 CP, todavía denominado asociación ilícita. A lo que se suma algunas consecuencias de orden penal, procesal y de ejecución penal que se prevén para una organización criminal tal como es definida en la Ley N.° 30077 Ley contra el Crimen Organizado. Opinamos, pues, que bajo una misma expresión, se pueden estar denotando fenómenos, aunque similares, diversos. Y no solo se trata de la diferencia que se puede hacer residir en el número de personas necesario bien para que los agentes queden sometidos a los efectos —penales, procesales o penitenciarios— de la Ley N.° 30077 (un mínimo de tres) o para que los mismos sean juzgados y, eventualmente, condenados por un tipo autónomo como el previsto en art. 317 CP (un mínimo de dos). Y es que el delito de asociación ilícita —que en cuanto a la descripción de la conducta típica ya no se limita a sancionar a quien forme parte de una organización, sino también a quien la constituya o la promueva— es de aplicación incluso cuando la organización esté destinada a la comisión de delitos que no revisten gravedad, lo cual no puede predicarse de un concepto estricto de organización criminal ni de lo que aparece en la definición recogida en el art. 2 de la Ley contra el Crimen Organizado.

En este orden de ideas, y tal como ha ocurrido en otros ordenamientos[26], los instrumentos de los que se ha valido el legislador para enfrentar el problema

26 *Vid.* González Rus, Juan José. "La criminalidad organizada en el Código Penal español. Propuestas de reforma", en *Anales de derecho*, ob. cit., p. 20; Suárez López, José María, "Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada", en *Anales de derecho*, n.° 30 2012, pp. 96 y 97. Recuperado de <http://bit.ly/1U8P1BL>.

de la criminalidad organizada han sido, por un lado, la de concebir un tipo penal autónomo que sancionase la mera asociación o pertenencia (art. 317 CP); y, por otro, la previsión de circunstancias agravantes en caso la realización de determinados delitos de ostensible gravedad se perpetren en el marco de una asociación u organización criminal.

El objeto de la Ley N.º 30077 no vendría sino a complementar o reforzar estos instrumentos para una mejor persecución y sanción de este fenómeno criminal. Más aún cuando parece existir consenso en cuanto a la magnitud lesiva[27] y gran complejidad que ha llegado a adquirir la criminalidad organizada; lo que obedece, entre otros factores, al dinamismo de la sociedad, a la globalización y al empleo generalizado de las nuevas tecnologías[28].

Ahora bien, en el aspecto propiamente penal, la Ley N.º incorpora algunas circunstancias agravantes. Así, el art. 22 dispone un incremento de pena *hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido* en una serie de supuestos[29], entre los cuales queremos detenernos en el previsto en

27 "La política criminal de la globalización es agresiva con la criminalidad organizada, pues este nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas; no solo crea inseguridad ciudadana, como la tradicional delincuencia individual, sino inseguridad al propio Estado por su clara incidencia en el orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la delincuencia organizada no solo se dirige a la tutela de bienes individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio funcionamiento del modelo social". *Vid.* CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", ob. cit., p. 218

28 *Vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. "Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos,* ob. cit., pp. 2-3. "El aspecto más sobresaliente de los últimos tiempos es sin duda el carácter transnacional de la criminalidad organizada, cómo esta ha demostrado una extraordinaria capacidad de adaptación a los modernos fenómenos sociales, aprovechándose de las ventajas de la liberalización del comercio internacional y de los mercados financieros, de las facilidades de las comunicaciones propias de una sociedad de la información, potenciando su poder criminógeno en cuanto a calidad y cualidad en dimensiones nunca antes vistas".

29 Estos son los siguientes: a) si el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal; b) si el agente financia la organización criminal; c) si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, es funcionario o servidor público y ha abusado de su cargo o se ha valido del mismo para cometer, facilitar o encubrir el delito; d) si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a menores de edad u otros inimputables para la comisión del delito; e) si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, atenta contra la integridad física o sicológica

el lit. a). En este caso, la circunstancia agravante se configura cuando *el agente es líder, jefe o cabecilla o ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal.* Desde luego, esta circunstancia no será de aplicación en aquellos casos en los cuales la misma ya esté prevista en la ley penal, como por ejemplo en las formas agravadas que se estipulan para el hurto (art. 186 in fine), la asociación ilícita (art. 317 lit. b) o el tráfico ilícito de drogas (art. 297 penúltimo párrafo).

Distinto es el caso cuando lo que prevé la ley —para un delito en concreto— no es exactamente la circunstancia agravatoria de ser líder, jefe o cabecilla, sino simplemente la de actuar en calidad de integrante de una organización criminal (por ejemplo, el delito de marcaje o reglaje previsto en el art. 317-A.5 del CP). En este caso, y siempre que se trate de una agrupación que pueda quedar comprendida dentro de los alcances de la Ley N.° 30077, se incrementará la pena en un tercio para todo aquel que sea líder, jefe o cabecilla, o ejerza funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal; aplicándose el marco punitivo de la agravante específica —pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de diez años, en el ejemplo propuesto del art. 317-A.5— a los demás miembros de la organización. Parece que la intención del legislador es que el incremento de la pena opere tomando como base el marco penal de la forma agravada (esto es, de la actuación como integrante de una organización criminal; y el líder, jefe o cabecilla, ciertamente, es un miembro de la organización), pues si se toma como referencia el marco punitivo del tipo básico, se llegaría a la situación absurda, al menos en el delito de reglaje o marcaje, de que aquellos que ostentan un poder de decisión y dirección sobre la organización (líderes, cabecillas o jefes) se verían favorecidos con una pena más benigna con respecto de otros miembros de segundo nivel.

Por otro lado, si entendemos que la criminalización o sobrepunición de las organizaciones criminales —dentro de las que podemos incluir al delito de asociación ilícita— obedece a la protección de la tranquilidad y la paz pública[30],

---

de menores de edad u otros inimputables; f) si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, utiliza a terceras personas valiéndose de su conocimiento, profesión u oficio, o abusando de su posición de dominio, cargo, vínculo familiar u otra relación que le otorgue confianza, poder o autoridad sobre ellas; g) si el agente hace uso de armas de guerra para cometer los delitos a que se refiere la presente Ley; h) si el agente, en condición de integrante de la organización criminal o persona vinculada a ella o que actúa por encargo de la misma, posee armas de guerra, material explosivo o cualquier otro medio análogo.

30 *Vid.* Reaño Peschiera, José Leandro, "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis

mientras que la agravante genérica de ejecución por una pluralidad de agentes tiene por fundamento la mayor gravosidad que representa perpetrar el hecho en una situación de superioridad tal donde se restringen las posibilidades de defensa de la víctima[31], se tiene que la constatación de la existencia de una organización criminal no impide necesariamente la aplicación de la circunstancia de agravación genérica prevista en el art. 46.2 lit. i) del Código Penal; con lo cual, la existencia de una doble valoración vulneradora del principio *ne bis in ídem* parecería, por lo menos, discutible.

Sobre las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, cabe señalar que no existe aún una posición consolidada en cuanto a su naturaleza[32];

---

dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en San Martín Castro, César; Dino Caro Coria y José Reaño Peshiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales*, art. cit., pp. 283-293. Reaño entre otras cosas, señala que "a partir de la ubicación sistemática del precepto comentado en el CP peruano, y atendiendo a la dañosidad social del comportamiento incriminado, debe concluirse que el bien jurídico penalmente protegido está dado por *la tranquilidad y la paz pública* [...] Nuestro legislador ha criminalizado la pertenencia a una asociación criminal a partir de un tipo de *peligro abstracto*, en el que el comportamiento del agente *conlleva típicamente la producción de un peligro concreto*. En tanto delito de peligro abstracto, el merecimiento de pena viene dado por la *peligrosidad general* que el comportamiento típico irroga a la tranquilidad y paz pública, cuyo control escapa al propio ámbito de dominio del agente".

31 "La doctrina nacional, desde la vigencia del CP de 1924, ha considerado que la circunstancia de pluralidad de agentes indica un mayor grado de peligrosidad y de inseguridad para la víctima, precisamente por la actuación conjunta en la afectación de sus bienes jurídicos", *vid.* Hurtado Pozo, José, y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de Derecho penal. Parte general*, t. II. Lima: Idemsa, 2011, 4.ª ed., p. 333. "Es criterio dominante que la intervención de varias personas pone de manifiesto un mayor contenido de injusto y de culpabilidad, con fundamento en que representa un aumento del poder ofensivo que disminuye las posibilidades de defensa de la víctima". *Vid.* Righi, Esteban. *Derecho penal. Parte general.* Buenos Aires: Abeledo Perrot, 2010, p. 536. "Lo que se persigue con su consagración es tornar más delicado el compromiso penal de quien cometa el hecho con la colaboración de otra u otros, pues se supone que mientras más sujetos penales se sumen a la empresa criminal, mayor será el menoscabo sufrido por el bien jurídico y por ende mayor la dificultad para la defensa del ofendido, lo que debe traducirse en un mayor grado de injusto y en una más grave cuantificación penal". *Vid.* Velásquez, Fernando. *Derecho penal. Parte general.* Bogotá: Comlibros, 2009, 4.ª ed., p. 1122.

32 *Vid.* Hurtado Pozo, José, y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., pp. 456-458. Es más, Zúñiga Rodríguez ha llegado a cuestionar la necesidad de encasillar las consecuencias accesorias "atribuyéndole un *nomen iuris*, 'pena', 'medida de seguridad' o 'sanción administrativa' como tradicionalmente se suele hacer, pues no existe un concepto ontológico de cada una de estas y, en todo caso, siempre estamos ante atribuciones de sentido cambiantes e intersubjetivas, nunca

quizás solo haya consenso en que se tratarían de consecuencias jurídicas que, al menos formalmente, no ostentan el carácter de penas ni de medidas de seguridad. A partir de ahí, las opiniones se dividen entre quienes sustentan que este tipo de consecuencias son verdaderas penas, y quienes ven en ellas medidas preventivas ya sea de carácter penal o de índole administrativa[33]. Lo cierto es que se trata de medidas que se corresponden con la *peligrosidad objetiva* de una persona jurídica, la misma que puede ser instrumentalizada para la comisión de hechos delictivos[34], o lesionar o poner en peligro bienes jurídicos de importancia por un defecto de organización[35].

Previstas en el art. 105 del Código Penal, lo que se echaba en falta para una debida imposición de las consecuencias accesorias eran reglas de determinación y aplicación; deficiencia que se suple con la Ley N.° en cuya virtud se incorpora el art. 105-A del Código Penal, el mismo que contiene algunos criterios para la determinación de las consecuencias aplicables a las personas jurídicas. Esta norma, que es casi un fiel reflejo de lo previsto en el art. 110 del Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal de 2009, dispone que la aplicación de este tipo de consecuencias jurídicas se realizará de forma motivada atendiendo a los siguientes criterios de fundamentación y determinación: prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas; la modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible; la gravedad del hecho punible realizado; la extensión del daño o peligro causado;

---

ante conceptos cerrados y acabados", "[l]o que hay que discutir, más que la naturaleza jurídica, son los criterios de aplicación, es decir, los principios que rigen el proceso de atribución de las consecuencias accesorias. Esto es, los presupuestos de imputación de las mismas". *Vid.* Zúñiga Rodríguez, Laura, "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia", en *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal*, Hurtado Pozo (ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 478 y 481.

33 Sobre este punto, véase García Cavero, Percy. *Derecho penal. Parte general.* Lima: Jurista Editores, 2012, 2.ª ed., pp. 928-932.

34 "El vínculo que permite al Derecho penal aplicar medidas contra las personas jurídicas en tanto instrumentos, es su peligrosidad objetiva. En efecto, según lo expuesto, las personas jurídicas pueden resultar peligrosas en tanto y en cuanto las personas naturales pueden utilizarlas para favorecer o encubrir la comisión de delitos, por lo que la prevención y represión de delitos exige que se prevean medidas que dirigiéndose contra las empresas neutralicen o disminuyan las posibilidades de ser utilizadas como instrumentos del delito". *Vid.* Meini Méndez, Iván. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1999, p. 195.

35 Zúñiga Rodríguez, Laura, "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia", en *Problemas fundamentales de la Parte General del Código Penal,* ob. cit., p. 485.

el beneficio económico obtenido con el delito; la reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible; la finalidad real de la organización, actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. En tanto que la disolución de la persona jurídica será de aplicación siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó habitualmente para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

En el ámbito procesal, se comparte lo señalado por PRADO SALDARRIAGA cuando indica que habida cuenta de que las disposiciones procesales o sobre cooperación judicial internacional de la Ley N.º 30077 ya están contempladas por el Código Procesal Penal, resultan a todas luces innecesarias, y que lo más técnico hubiera sido desarrollar las normas del Código y adecuarlas a los cambios sugeridos en las normas de la Ley Contra el Crimen Organizado[36].

El art. 24 de la Ley N.º 30077 restringe el acceso a los beneficios penitenciarios de redención de la pena por el trabajo y la educación, semilibertad y liberación condicional en el caso del líder, jefe o cabecilla de la organización; a quien la financia; a quien en su condición de integrante o colaborador de la organización atenta contra la integridad física o sicológica de menores u otros inimputables; o en el caso de integrantes de la organización que hayan sido condenados por los delitos de asesinato, secuestro, trata de personas, robo en su forma agravada y extorsión. Como ya indicáramos en otro lugar, existe la tendencia de que las condenas por delitos de considerable gravedad queden exentas de cualquier tipo de beneficio penitenciario que suponga una excarcelación anticipada; en otras palabras, se tiende al cumplimiento íntegro de las condenas sin ninguna atención al comportamiento del interno ni a posibles avances en cuanto a su resocialización[37].

V. CONCLUSIONES

Consideramos que un concepto estricto o restringido de organización criminal se teje, fundamentalmente, sobre la base de una estructura organizacional. Este elemento, ciertamente, está indisolublemente vinculado con otros elementos configuradores como la permanencia y la pluralidad de personas, sin que estos, por sí solos, puedan determinar ineludiblemente la presencia de una organización criminal —como en el caso de la coautoría, por mencionar un solo ejemplo—.

36 PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 91.

37 ORÉ SOSA, Eduardo, y Walter PALOMINO RAMÍREZ. *Peligrosidad criminal y sistema penal en el Estado social y democrático de derecho*. Lima: Reformas, 2014, pp. 29 y 30.

Importante también en un concepto estricto de organización criminal, resulta el objeto o fin, ya que se entiende, como lo confirma la propia Convención de Palermo, que estas organizaciones se ordenan a la comisión de delitos graves. Gravedad que puede ser entendida —más aún si se atiende a lo previsto por la Ley N.° 30077— en términos de dañosidad social, que como tal, puede comprender fenómenos que no atenten contra la vida y la salud de las personas (v. gr. delitos contra la administración pública). De esta suerte, debe quedar excluido del concepto de organización criminal, aquellas agrupaciones que tienen por fin la comisión de delitos leves o faltas, por más reiteradas que estas sean.

Pueden quedar fuera de un concepto estricto de organización criminal los grupos terroristas; no solo se trata de que estos no estén dirigidos a la consecución de un beneficio económico o material —según exige la Convención de Palermo—, o que, formalmente, no hayan sido comprendidos por la legislación especial sobre criminalidad organizada como ocurre, en nuestro caso, con la Ley N.° 30077, sino que la confrontación con el Estado, pretendiendo la destrucción o el socavamiento de sus estructuras, hace que merezcan un tratamiento —aunque similar— diferenciado frente a otras organizaciones criminales. La dimensión que ha alcanzado el denominado *yihadismo* (o terrorismo) global, parece confirmarlo.

Consideramos que el término organización criminal, en la Ley N.° 30077 y en el propio Código Penal que resulta modificado por aquella, es utilizado en un sentido amplio y comprende incluso algunas manifestaciones de la criminalidad de grupo que la doctrina considera fuera de un concepto estricto de organización criminal (p. ej. las bandas). Aplica también para el todavía denominado delito de asociación ilícita previsto en el art. 317 del Código Penal.

Los instrumentos de los que se vale el legislador nacional para enfrentar el problema de la criminalidad organizada son, por un lado, una figura penal autónoma que sanciona la mera asociación o pertenencia a una organización criminal (art. 317 CP); y, por otro, circunstancias agravantes en caso la realización de algunos delitos de ostensible gravedad se perpetren en el marco de una asociación u organización criminal.

La Ley N.° 30077 refuerza estos instrumentos para una mejor persecución y sanción de la criminalidad organizada. En lo penal, por ejemplo, incorpora la circunstancia agravante prevista para el líder, jefe o cabecilla, o para el que ejerce funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal; casos en los cuales, el incremento de la pena para el líder, jefe o cabecilla —en un tercio— se realizará tomando como base el marco penal de la forma agravada —normalmente prevista para el agente que comete el delito en calidad

de miembro de la organización—, mas no la del tipo básico, pues de ser así, se llegaría a la inconcebible situación de que miembros de segundo orden de la organización responderían con una pena mayor que los líderes o jefes de aquella.

VI. BIBLIOGRAFÍA

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

2001 "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en GRANADOS PÉREZ, Carlos, *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

GALVEZ VILLEGAS, Tomás y Walther DELGADO TOVAR

2011 *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, Lima: Jurista Editores, 2011.

GARCÍA CAVERO, Percy

2012 *Derecho penal. Parte general.* Lima: Jurista Editores, 2012, 2.ª ed.

GONZÁLEZ RUS, Juan José

2012 "La criminalidad organizada en el Código Penal Español. Propuestas de reforma", en *Anales de Derecho* n.º 30, 2012. Recuperado de <http://bit.ly/1WKxcJJ>.

HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA

2011 *Manual de Derecho penal. Parte general*, t. II. Lima: Idemsa, 2011, 4.ª ed.

MEINI MÉNDEZ, Iván

1999 *La responsabilidad penal de las personas jurídicas.* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

ORÉ SOSA, Eduardo, y Walter PALOMINO RAMÍREZ

2014 *Peligrosidad criminal y sistema penal en el Estado social y democrático de derecho.* Lima: Reformas.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso

2010 *Derecho Penal. Parte Especial*, t. III, Lima: Idemsa.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2013 *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro

2002 "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: Un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en SAN MARTÍN CASTRO, César; Dino CARO CORIA y José REAÑO PESHIERA, *Los delitos de tráfico de influencias,*

enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir. Aspectos sustantivos y procesales. Lima: Jurista Editores.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2013 *Derecho Penal. Parte Especial,* Lima: Grijley, 5.ª ed.

SUÁREZ LÓPEZ, José María

2012 "Aspectos dogmáticos y político criminales en el tratamiento penal de la criminalidad organizada", en *Anales de Derecho,* n.° 30. Recuperado de <http://bit.ly/1U8P1BL>.

VELÁSQUEZ, Fernando

2009 *Derecho penal. Parte general.* Bogotá: Comlibros, 2009, 4.ª ed.

YSHII MEZA, Luis Alejandro

2013 "Política criminal y regulación penal de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas y al lavado de activos. A propósito de la Ley N.° 30077", en: *Gaceta Penal y Procesal Penal.*

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2008 "Criminalidad organizada y derecho penal, dos conceptos de difícil conjunción", en *Cuestiones actuales del derecho penal. Crisis y desafíos.* Lima: Ara Editores.

2009 *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* Granada: Editorial Comares.

2009 "Las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas del art. 105 CP, a más de 15 años de su vigencia", en *Problemas fundamentales de la parte general del Código Penal,* HURTADO POZO (ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Parte II

ASPECTOS RELATIVOS A LA PARTE ESPECIAL

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y EL DELITO DE ASESINATO

FELIPE VILLAVICENCIO TERREROS*

* Profesor de derecho penal y criminología. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Doctor por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor *honoris causa* por la Universidad Nacional de Piura y profesor honorario por la Universidad San Antonio Abad del Cusco. Miembro del Subcomité de Naciones para la Prevención de la Tortura (SPT). Este trabajo ha sido posible gracias a la colaboración de mi alumno *Vilmer De la Cruz Paulino.*

nómeno[2]. Es importante señalar que esta ley, aunque no es propia del derecho internacional, ha ejercido una gran influencia en varios frentes en los convenios internacionales, especialmente en materia de lucha contra la corrupción, crimen organizado y tráfico de drogas[3].

El tratamiento internacional propiamente del crimen organizado se da con la Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada[4], que se convertiría en el punto de partida hacia la implementación de una convención internacional contra el crimen organizado porque sienta las bases para la misma. En ella, se establecieron las medidas que debían ser adoptadas por los países signatarios para combatir este tipo de delincuencia. Asimismo, se hizo un llamado a los países para armonizar sus legislaciones y fortalecer sus sistemas judiciales, y a los países donantes e instituciones financieras internacionales para brindar asistencia técnica necesaria.

Posteriormente, se celebró el Seminario Regional Ministerial[5] de seguimiento de la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, donde se aprobó la Declaración de Buenos Aires sobre la prevención y el control de la delincuencia transnacional organizada. Con esta declaración, los Estados de la región de América Latina y el Caribe manifestaron el interés en elaborar una convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada[6].

---

2 *Vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009, p. 43.

3 En similar sentido, los convenios internacionales no propiamente sobre la criminalidad organizada, pero sí sobre los delitos especialmente vinculados a ella empiezan a darse en los años setenta, en el ámbito de la prevención del delito y la cooperación internacional impulsada por Naciones Unidas. Entre ellas se encuentra el *Proyecto de Convenio para la prevención y represión de ciertos actos terroristas* de 1992 y la *Convención contra el tráfico de drogas* de 1973.

4 Declaración Política y el Plan Mundial de Acción de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada (A/49/748, anexo, secc. I), celebrada en Nápoles del 21 al 23 de noviembre de 1994. Aprobado por Resolución 49/159 de la Asamblea General. Ver mayores detalles: URIBE BENITEZ, Óscar, *La Convención de Palermo*, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentaria, México: Serie Azul, 2010, p. 17.

5 El Seminario Regional Ministerial, fue celebrado en Buenos Aires del 27 al 30 de noviembre de 1995. Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ob. cit., p. 49.

6 *Vid.* Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre del 2000.

En este mismo sentido, como afirma Laura ZÚÑIGA, se dieron iniciativas tanto europeas, africanas y asiáticas con el afán de luchar contra la delincuencia transnacional organizada y la corrupción[7]. Entre estas iniciativas se encuentran la propuesta de la Delegación de Polonia de 1996 "Proyecto de Convención marco de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada"[8]; el Seminario Regional Ministerial Africano[9] sobre medidas contra la delincuencia transnacional organizada y la corrupción, donde se aprobó la Declaración de Dakar sobre la prevención y la lucha de la delincuencia transnacional organizada y la corrupción; el Informe de la reunión oficiosa sobre la cuestión de la elaboración de una convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada[10], donde se decidió establecer un grupo intergubernamental de expertos, con el fin de elaborar un anteproyecto de convención internacional amplia de lucha contra la delincuencia transnacional organizada[11]; la comisión del Grupo intergubernamental de expertos[12] presentó un informe que contenía un bosquejo de opciones para el contenido de la convención internacional contra la delincuencia transnacional organizada; el Curso Práctico Ministerial Regional de Asia[13], sobre la delincuencia transnacional organizada y la corrupción, donde se aprobó la Declaración de Manila sobre la Prevención y la Lucha contra la Declaración Transnacional.

Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

7 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* ob. cit., p. 49.

8 Esta propuesta fue presentada por Polonia en el quincuagésimo primer periodo de sesiones de la Asamblea (A/C.3/51/7, anexo) y tomada en cuenta por la cual la Asamblea General de Naciones Unidas en la Resolución 51/120, de diciembre de 1996.

9 El Seminario Regional Ministerial Africano se celebró en Dakar del 21 al 23 de julio de 1997.

10 El Informe de la reunión oficiosa fue organizada por la *Fundazione Giovanni e Francesca Falcone* y celebrado en Palermo del 6 al 8 de abril de 1997 (E/CN.15/1997/7/Add.2). La Asamblea General de las Naciones Unidas tomó nota del informe en la resolución 52/85, 12 de diciembre de 1997.

11 Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11. Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre del 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

12 El grupo internacional de expertos celebró su reunión en Varsovia, del 2 al 6 de febrero de 1998.

13 El Curso Práctico Ministerial Regional de Asia se celebró en Manila del 23 al 25 de marzo de 1998.

Todos estos acontecimientos internacionales[14] fueron los antecedentes inmediatos para la realización del Proyecto de Convención de Naciones Unidas para la Criminalidad Trasnacional Organizada de 1999; y, con ocasión de la Cumbre del Milenio, la Asamblea General adoptó la "Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional"[15] [16].

El principal propósito de la convención es promover la cooperación entre los Estados para prevenir y combatir eficazmente la delincuencia transnacional. En este sentido, los Estados que ratifican esta convención se obligan a implementar en su ordenamiento jurídico algunas conductas delictivas como la penalización de la participación de un grupo delictivo organizado (art. 5), la penalización del blanqueo de producto del delito (art. 6), las medidas para combatir el blanqueo de dinero (art. 7) y la extradición (art. 16)[17].

En el plano europeo se observan las siguientes normas internacionales: Tratado de Lisboa, Programa de Estocolmo y la Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea.

---

14 La Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, en su séptimo periodo de sesiones, estableció un grupo de trabajo del periodo de sesiones sobre la aplicación de la Declaración Política y el Plan de Acción Mundial de Nápoles contra la Delincuencia Transnacional Organizada, que examinó el proyecto de convención contra la delincuencia organizada transnacional. Este grupo de trabajo estuvo de acuerdo con que la elaboración de la convención debía avanzar, a fin de ultimar el proceso de negociación —de ser posible— para el año 2000. Cfr. Informe del Comité Especial encargado de elaborar una convención contra la delincuencia organizada transnacional sobre la labor de sus periodos de sesiones primero a 11.° Asamblea General de las Naciones Unidas, A/55/383, 10 de noviembre 2000. Quincuagésimo quinto periodo de sesiones, tema 105 del programa Prevención del delito y justicia penal.

15 La Convención de las Naciones unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional fue adoptada en la Ciudad de Palermo el 15 de noviembre del 2000. Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas.

16 Es de señalar que esta convención se complementa con tres protocolos: *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, en especial mujeres y niños, Protocolo contra la fabricación y tráfico ilícito de armas de fuego, sus piezas y componentes y municiones*; y, *Protocolo contra el tráfico ilícito de migrantes, por tierra, aire y mar. Vid.* Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos de 2000. "Estos instrumentos internacionales, son conocidos como la Convención y los tres Protocolos de Palermo. Son producto de un proceso largo en el que previamente se suscribieron otros instrumentos internacionales relacionados contra el narcotráfico". Cfr. URIBE BENITEZ, Óscar, *La Convención de Palermo*, Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentaria, ob. cit., p. 18.

17 Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* ob. cit., p.49.

El Tratado de Lisboa[18] contempla algunas medidas que afectan la estructura de seguridad europea, por lo que influyen indirectamente en la lucha contra el crimen organizado. Entre los principales puntos del Tratado es de resaltar "la posibilidad de que la normativa comunitaria establezca mínimos penales para las normas nacionales en materia de delincuencia grave transfronteriza" para los delitos de terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada[19].

El Programa de Estocolmo[20] es el documento más importante del sistema estratégico, por su proceso de elaboración, por la garantía de ser continuación de los programas anteriores y por el equilibro entre el posibilismo y el desafío, por el nivel de detalle suficiente y, por su carácter ejecutivo. Este programa insta a adoptar una estrategia en materia de delincuencia organizada, en el marco de estrategia de seguridad interior[21].

La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea[22] señala que no pretende crear por sí misma ninguna nueva competencia, sino integrar las estrategias actuales y los enfoques conceptuales y reconocen el marco constituido por el Programa de Estocolmo. Es de señalar que estos puntos no se refieren de manera directa, ni exclusiva a la lucha contra el crimen organizado, pero contribuyen a fortalecer la misma, porque ella señala que es necesaria una

18 El Tratado de Lisboa fue firmado en Lisboa el 13 de diciembre del 2007 (DOUE 2007/C306/01). Entró en vigencia el 1 de diciembre de 2009. Este tratado modifico el Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, pasando a llamarse TFUE. Bar Cendón, Antonio, "La nueva Constitución de la Unión Europea: El Tratado de Lisboa y la reforma de los tratados constitutivos", en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 25, UNED, Editorial Centro De Estudios Ramón Areces, 2010, pp. 167-210, Gama Dordio, Juan, *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Madrid: Ministerio de Defensa, 2012, p. 33 y ss.

19 Gama Dordio, Juan, *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, ob. cit. p. 33 y ss.

20 El Programa de Estocolmo fue aprobado por el Consejo Europeo el 2 de diciembre de 2009, publicado en el DOUE 2010/C 115/01, de 4 de mayo del 2010.

21 Jaime-Jiménez, Óscar y Lorenzo Castro Moral, "La criminalidad organizada en la Unión Europea Estado de la cuestión y respuestas institucionales", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 91, Barcelona: CIDOB, 2010, pp. 173-194; Aguado Correa, Teresa, "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: 'Garantizar que el delito no resulte provechoso'", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, vol. 5, Granada: Criminet, 2013, pp. 2-27.

22 La Estrategia de Seguridad Interior de la Unión Europea fue aprobada por el Consejo de Justicia e Interior de la Unión Europea el 25 de febrero del 2010.

estrategia para prevenir y luchar contra amenazas tales como la delincuencia organizada[23].

2. Concepto de criminalidad organizada

La criminalidad no es ajena a los grandes procesos y cambios contemporáneos[24], porque la instauración del mercado global y la propagación de una ideología que propugna la libertad de comercio son algunos de los factores que propician el desarrollo de nuevas formas de criminal[25]. En este sentido, frente a las actividades criminales clásicas llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa que en los últimos decenios el incremento de las actividades ilegales llevadas a cabo por grupos que se encuentran en situaciones de disponer de ingentes recursos económicos[26], de usar la violencia para imponer su poder, y de manipular y corromper amplios sectores del sistema político y del aparato estatal es cada vez mayor. Esta evolución de la criminalidad clásica tiende hacia una criminalidad más corporativa[27].

Cuando se habla de criminalidad organizada, instintivamente se piensa en grandes grupos bien organizados dedicados a la comisión de delitos graves "no convencionales". Sin embargo, al referirse a la criminalidad organizada en sentido

23 GAMA DORDIO, Juan, *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea,* ob. cit. p. 33. Ver mayores detalles en la "Estrategia de seguridad interior de la unión europea", 2010. Recuperado de <http://bit.ly/1YO6jTO>.

24 Al respecto, Víctor Prado señala que "las ventajas y desventajas de procesos como la sociedad posindustrial, la globalización y la era del conocimiento, que identifican el desarrollo social, político, económico y científico de nuestra época, no solo influye con sus transformaciones en el modo de pensar, actuar y vivir de las personas, sino que ellas repercuten también en otros componentes colectivos o estructurales como el medio ambiente, la seguridad interna e internacional, las comunicaciones sociales y, obviamente, las tendencias de la ilegalidad y el crimen". PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa, 2013, p. 31.

25 BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra: Aranzadi, 1997, pp. 213-231. GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta, *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid: Colex, 2004, p. 29.

26 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La criminalidad organizada*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 25.

27 BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 213 y ss. Por su parte, Luigi FERRAJOLI señala que "la delincuencia organizada siempre ha existido, pero en la actualidad ha asumido un desarrollo transnacional; ha adquirido importancia, poderío militar y un peso financiero sin precedentes". FERRAJOLI, Luigi, "Criminalidad organizada y democracia", en *Revista Iter Crimini*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2010, pp. 160 y 161.

estricto, surgen las siguientes interrogantes: ¿qué es la criminalidad organizada? y ¿cuál es la dimensión de la criminalidad organizada?

Es de señalar que no existe ninguna base común para comprender qué es la criminalidad organizada y cuál es su dimensión desde el prisma del conocimiento del derecho penal, pues diversas razones explican este vacío. Primero: el concepto de criminalidad organizada ha ido calando en el ideario colectivo a partir de las experiencias norteamericanas exportadas a nivel mundial. Segundo: la noción de criminalidad organizada se ha construido históricamente desde el conocimiento criminológico, esto es, desde el saber propiamente empírico y, por tanto, su trasvase al derecho penal que es un saber normativo, lógicamente no es nada fácil. Tercero: el universo de significados que denota la noción de criminalidad organizada es bastante heterogéneo, complejo, variable, y difícilmente encaja dentro de los modelos de la norma penal. Cuarto: el derecho penal ha sido construido sobre la base de un comportamiento de un autor individual y la criminalidad organizada supone un comportamiento de grupo, de organización[28]. Al respecto, ZÚÑIGA señala que es quizá este último elemento el que más dificultades va a presentar para establecer instrumentos jurídicos idóneos con el fin de hacer frente a la criminalidad organizada.

En este sentido, existen pocos acuerdos acerca de qué es la criminalidad organizada. Las diversas perspectivas con las que ha sido tratada demuestran que es un fenómeno proteico, complejo, sumamente cambiante y, por tanto, difícil de aprender en concepciones teóricas y, más aún, en leyes penales[29]. Asimismo, el uso de esta expresión o sus equivalentes como crimen organizado, mafias, delincuencia grupal, etc.; se han socializado tanto que han ido perdiendo o distorsionando su significado inicial. En consecuencia, la expresión criminali-

---

28 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* ob. cit., pp. 4 y 5.

29 Se habla de "delincuencia organizada", "crimen organizado", "criminalidad organizada" para denotar el mismo fenómeno. La primera denominación es propia del derecho penal, la segunda es una traducción del inglés *organised crime,* y la tercera parece más consolidada en los ámbitos criminológicos y las definiciones internacionales de ámbito europeo, por tanto, más comunes para los operadores del sistema penal, ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: Apuntes para el análisis", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Nieves SANZ MULAS (coords.), *El derecho Penal frente al desafío de la criminalidad organizada,* Granada: Comares, 2006, p. 39 y ss. Por su parte, Silva Sánchez señala que las expresiones que mejor definen los rasgos generales de esta nueva forma de delincuencia son criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos. SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* Madrid: Civitas, 1999, p. 69 y ss.

dad organizada se ha convertido en un vocablo polisémico o coloquial que no siempre representa la magnitud y características del fenómeno delictivo que pretende describir[30].

Frente a este desacuerdo dogmático, en la normativa internacional se ha hecho un esfuerzo por definir la criminalidad organizada. Así, en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional[31], artículo 2, se define a la organización criminal como un "grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actué concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material".

Como se observa, la Convención de Palermo es un texto que, por lo demás, tiene un indudable mérito en la multiplicidad de perspectivas que abarca en un esfuerzo por presentar una respuesta amplia y coordinada del fenómeno, porque, por primera vez, se ofrecen algunas definiciones comunes sobre nociones fundamentales del derecho penal referidas al fenómeno de la criminalidad organizada como grupo criminal organizado, crimen "grave", efectos provenientes del delito, embargo, custodia vigilada[32]. Sin embargo, esta definición ha sido muy criticada por su imprecisión, por su laxitud y por traicionar a la pretensión original de reservar el concepto de "crimen organizado" para su aplicación exclusiva a casos de delincuencia grupal que tuviera un elevado impacto social. En este sentido, organismos internacionales han propuesto definiciones a partir de indicadores que, sumados o de forma alternativa, discriminan los grupos criminales pertenecientes a la categoría de crimen organizado[33].

A pesar del esfuerzo dogmático[34] —y de las normas internacionales— por definir la criminalidad organizada, aún no se logra una definición certera de la

30 Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos,* ob. cit., p. 41.

31 Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional. Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre de 2000, mediante Resolución A/res/55/25.

32 Militello, Vincenzo, *Una experiencia comparativa: el proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada,* en Zúñiga Rodríguez, Laura; Cristina Méndez Rodríguez y María Diego Díaz Santos (coords.), *El derecho penal ante la globalización,* Madrid: Colex, 2002, p. 177 y ss.

33 Giménez-Salinas Framis, Andrea, "La delincuencia organizada en Europa: Extensión, factores facilitadores y rasgos principales", en *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea,* Madrid: Ministerio de Defensa, 2012, p. 11 y ss., p. 33 y ss.

34 Giménez-Salinas Framiz, Gama Dordio y Villoria Mendieta distinguen algunos criterios importantes al señalar que la criminalidad organizada es "cualquier organización

misma. Al respecto, ZAFFARONI[35] señala que este esfuerzo no es posible porque el crimen organizado es un concepto periodístico que nunca alcanzó una satisfactoria definición criminológica, pero que se trasladó a la legislación penal y procesal penal para aumentar el ejercicio del poder punitivo respecto de un conjunto de delitos no bien delimitados, lo que pretende configurar un derecho penal diferenciado y con menos garantías para un ámbito delictivo sin delimitación.

En este sentido, hoy en día, un número cada vez mayor de ordenamientos contemporáneos dedica una parte importante del sistema penal a la lucha contra la criminalidad organizada y a las diversas formas ilegales en que se manifiesta[36]. Frente a ello, los poderes públicos utilizan cada vez más instrumentos "extraordinarios" de lucha que afectan distintos ámbitos del ordenamiento: derecho penal material: mediante la creación de nuevos tipos penales, frecuentemente adelantando las barreras punitivas y aumentando la severidad de las sanciones; derecho procesal penal: mediante la utilización de instrumentos cada vez más restrictivos de los derechos fundamentales, tanto en la investigación como en la fase de enjuiciamiento[37].

3. El tratamiento de la criminalidad organizada en la legislación penal peruana

En la legislación penal peruana —en el marco de la lucha contra el crimen organizado— se tipifica el delito asociación ilícita para delinquir (art. 317, CP); sin embargo, la sola tipificación de este delito no es suficiente[38] para

---

creada con el propósito expreso de obtener y acumular beneficios económicos a través de sus implicación continuada en actividades predominantemente ilícitas y que asegure su supervivencia, funcionamiento protección mediante recurso a la violencia y la corrupción o la confusión con empresas legales". Cfr. GIMENEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea, "La delincuencia organizada en Europa: Extensión, factores facilitadores y rasgos principales", en *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, ob. cit., p. 11 y ss.

35 ZAFFARONI, Eugenio, "Globalización y crimen organizado", en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal* (I Conferencia Mundial de Derecho Penal. El Derecho penal del siglo XXI, Guadalajara-México, 18-23 noviembre 2007), 2007, pp. 1 y 2.

36 MILITELLO, Vincenzo, "Una experiencia comparativa: el proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ y María DIEGO DÍAZ SANTOS (coords.), *El derecho penal ante la globalización*, ob. cit. p. 177 y ss.

37 DELGADO MARTÍN, Joaquín, *La criminalidad organizada*, ob. cit., p. 21.

38 SANCHEZ VELARDE, Pablo, *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa, 2004, p. 237 y ss.

afrontar esta nueva forma de criminalidad. En este sentido, muy aparte de las iniciativas legislativas[39] presentadas en esta materia, el Poder Ejecutivo presentó ante el Congreso un proyecto de ley sobre la criminalidad organizada[40], que posteriormente fue aprobada y promulgada la Ley N.º 30077 "Ley contra el crimen organizado".

En esta ley se observa la influencia de la Convención de Palermo, que si bien no delimita el concepto de criminalidad organizada, señala criterios para determinar la existencia de una organización criminal. Los rasgos exclusivos, señalados por esta ley, son la integración plural, la existencia de una estructura organizacional y la operatividad estable, continua y planificada de sus acciones y proyectos delictivos[41].

La Ley Contra el Crimen Organizado presenta diversos cambios, tanto en el plano material y procesal. En el aspecto material, la Ley N.º 30077 incorpora algunas circunstancias agravantes. Así, el art. 22 señala un conjunto de agravantes, esto es, aumentar la pena hasta en una tercera parte por encima del máximo legal fijado por el delito cometido, en los supuestos de que el agente sea líder, jefe o cabecilla o ejerza funciones de administración, dirección y supervisión de la organización criminal. Está de más señalar que esta circunstancia no será de aplicación en aquellos casos en los cuales la misma ya esté prevista en la ley penal y forme parte de un delito.

La importancia procesal de esta ley es que adelanta la vigencia del Código Procesal Penal para la investigación y juzgamiento de todos los integrantes de una organización criminal o personas vinculadas a ella o que actúen por encargo de ellas en la comisión de alguno de los delitos comprendidos en el artículo 3 de la ley en mención. Otro punto importante de esta ley es la asignación a la Sala Penal Nacional como órgano competente para la investigación y procesamiento de los delitos relacionados con la criminalidad organizada, previsto en el artículo 3 de la presente ley.

---

39 Se han presentado diversos proyectos de ley que de manera indirecta se encuentran vinculado a la criminalidad organizada, Proyecto Ley N.º 1079/2011-CR "Proyecto de ley de protección a niños, niñas y adolescentes victimas del terrorismo, narcotráfico y crimen organizado", Proyecto Ley N.º 2714/2013-CR "Proyecto de ley que sanciona el uso de niños, niñas y adolescentes por el terrorismo, narcotráfico y crimen organizado".

40 Proyecto Ley N.º 1833/2012-PE "Ley penal contra el crimen organizado". Según la exposición de motivos, el propósito de esta norma es proporcionar las herramientas que permitan detectar y desmantelar estas organizaciones criminales.

41 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos,* ob. cit., p. 45.

II. EL DELITO DE ASESINATO

1. Consideraciones generales

El tipo legal del homicidio incluye diferentes circunstancias que son consideradas por el legislador susceptible de mayor punibilidad[42].

Es suficiente la presencia de una de ellas (*v.gr.* ferocidad, lucro, etc.) para aceptar la tipicidad de la conducta. En cuanto al fundamento de la agravación de la pena prevista para esta figura existe polémica[43]. Algunos consideran que se justifica en función de la mayor peligrosidad del agente, de la mayor culpabilidad por la maldad o perversidad de la intención criminal o de los medios utilizados, o en la mayor antijuridicidad[44]. Por nuestra parte, consideramos que la mayor penalidad de este tipo legal está en función de las diferentes circunstancias que lo integran, en su mayoría por un mayor contenido de injusto[45], y otra, por una culpabilidad más grave. En este mismo sentido, la Corte Suprema ha señalado que "en el delito de homicidio la conducta se agrava en función al móvil, a la

42 VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley, 2014, p. 203.

43 En la descripción del delito de homicidio calificado se verifica claramente la influencia de dos tradiciones doctrinales que más nos influyen; la romanista, que se expresa en la categoría de *veneno,* y *premeditación;* y la germánica, que expresa en el empleo de la categoría *alevosía.* Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTÍN, *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: Vida humana independiente y libertad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1993, p. 1004. Es importante señalar que en el derecho germánico el asesinato era un delito que se caracterizaba principalmente por ser deshonroso, por lo cual, se consideraba a grandes rasgos que el homicidio era la muerte a cara abierta, mientras que el asesinato era la muerte a traición.

44 *Vid.* BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal. Parte especial (delitos contra las personas)*, Madrid: Ceura, 1986, p. 60; MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho Penal, Parte Especial*, 10.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2001, p. 48: "El asesinato es un delito distinto, independiente y autónomo del homicidio". PEÑA CABRERA, Raúl, *Derecho Penal peruano. Parte especial*, Lima: Ediciones Jurídicas, 1994, pp. 89 y 89. PEÑA CABRERA indica que existe unanimidad en la doctrina nacional al señalar que la diferencia que existe entre los delitos de homicidio simple y asesinato provienen del carácter deshonroso del segundo en el antiguo derecho germánico, pero que ello, en la actualidad, se reduce a la mayor antijuridicidad manifiesta en la presencia de las circunstancias agravantes.

45 BACIGALUPO, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi, 1999, p. 34. En el derecho penal colombiano la denominación de asesinato está muy arraigada y se cree que por su gran valor intimidatorio, no debe prescindirse de ella. FERREIRA DELGADO, Francisco, *Derecho penal especial*, Bogotá: Temis, 2006, p. 136.

conexión con otro delito, por el modo de ejecución y por el medio empleado, elementos que dotan a la figura básica de un plus de antijuricidad"[46].

Establecer si el delito de asesinato es autónomo o dependiente del homicidio, también es un aspecto bastante discutido. Para algunos autores, el asesinato es un delito autónomo del homicidio simple y para otros una figura agravante de esta[47]. Sin embargo, con la finalidad de contar con la menor cantidad de tipos penales básicos, se ha configurado el asesinato como un tipo derivado del homicidio simple[48]. En la actualidad, la posición dominante considera que se trata de homicidio agravado. "En la práctica, ello tiene cierta trascendencia en diversos ámbitos, especialmente en materia de participación. En efecto, si se entiende que el asesinato es un delito plenamente autónomo, en principio todos los partícipes deberían responder por el mismo delito (unidad del título de imputación)"[49]. En efecto, la teoría que ve en el art. 108 del CP, un homicidio agravado, una variable dependiente del delito de homicidio, es preferible, ya que ofrece un tratamiento para la participación criminal más razonable al impedir que se pueda aplicar a los partícipes las circunstancias agravantes subjetivas que no concurren en ellos[50].

Por otro lado, el homicidio calificado constituye un tipo penal alternativo[51], exige para su configuración la presencia de, al menos, una de las circunstancia alternativas agravantes, pero en el caso de que concurrieran dos o más (casos de superasesinatos[52]), esto se tendrá en consideración no para efectos de configuración de la tipicidad sino al momento de la determinación judicial de la pena.

---

46 Corte Suprema, *Expediente N.º 3376-99, Ejecutoria Suprema Cusco*, Lima: 19 de octubre de 1999.

47 *Vid.* Gonzáles Rus, Juan José, "Del homicidio y sus formas", en Cobo Del Rosal, Manuel (dir.), *Compendio de derecho penal español. Parte especial*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 47; Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, ob. cit., p. 40 y Zugaldia Espinar, José, *Derecho penal (Parte especial): Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Delitos contra las personas*, t. I, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 45; Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, Madrid: Tecnos, 2010, p. 56.

48 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 10.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 39.

49 Silva Sánchez, Jesús María, *Lecciones de derecho penal, Parte especial*, Barcelona: Atelier, 2006, p. 33.

50 Zugaldia Espinar, José, *Derecho penal (Parte especial): Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Delitos contra las personas*, ob. cit., p 45.

51 Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, ob. cit., p. 56.

52 Zugaldia Espinar, José, *Derecho penal (Parte especial): Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Delitos contra las personas*, ob. cit., p. 22.

2. Imputación objetiva al homicidio calificado

El homicidio calificado presenta entre sus elementos estructurales para la imputación objetiva algunas características similares al homicidio simple. El sujeto activo puede ser cualquier persona. En el caso del sujeto pasivo también puede ser cualquier persona salvo la figura prevista en la reciente modificación introducida por la Ley N.º 28878 que agrava la responsabilidad cuando se trata de miembros de la Policía Nacional del Perú, de las Fuerzas Armadas y magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público en el cumplimiento de sus funciones.

La conducta prohibida es matar a otra persona. Si bien para el asesinato se admite la omisión impropia (comisión por omisión), *v.gr:* el bombero que con crueldad aparenta tentativas de auxilio y deja que la víctima muera; sin embargo, existen ciertas restricciones[53].

2.1. Homicidio por fuego, explosión, o por cualquier otro medio capaz de causar peligro concreto colectivo

Se trata de agravar el delito de homicidio si para consumarlo se acude como medio para lograrlo, a ciertos delitos que el Código Penal tipifica de peligro común, por cuanto producen mayor daño colectivo al utilizarse elementos peligrosos como, por ejemplo, fuego y explosión[54]. Ya antes nos hemos referido a las definiciones de fuego[55] y la explosión[56]. Las características de estos medios es que son capaces de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. Esto requiere la prueba de la existencia de peligro concreto colectivo. El sujeto debe haber aplicado fuego a un edificio de viviendas para matar a una persona y poner en peligro a los vecinos.

El homicidio por explosión permite distinguir el matar usando explosivos de aquel que mata abusando de sustancias no destinadas a causar explosión (*v.gr:* gas, bencina, petróleo o sustancias análogas). Ambas figuras deberán comprenderse en este supuesto. El fundamento de su agravación se halla en el peligro genera-

---

53 *Vid.* Bustos Ramírez, Juan, *Manual de derecho penal, Parte especial*, Barcelona: Ariel, 1986, p. 29; Bajo Fernández, Miguel, *Manual de derecho penal. Parte especial (delitos contra las personas)*, ob. cit. p. 61.

54 Ferreira Delgado, Francisco, *Derecho penal especial*, ob. cit., p. 48.

55 "Incendio [...] es el fuego que alcanza las características de magnitud, es ingobernable o irreductible, y que por esta calidad se le presume peligro". *Vid.* Villavicencio Terreros, Felipe, *Delitos contra la seguridad pública. Delitos de terrorismo*, 2.ª ed., Lima: Sesator, 1983, p. 47.

56 "Explosión es la liberación instantánea e irrefrenable de gran energía". *Vid.* Ibid., p. 66 y ss.

lizado para las otras personas distintas a la víctima o sus bienes que generan el medio elegido para matar, apto para lesionar la seguridad pública, aunque por circunstancias ajenas a su voluntad no produzca dicha lesión.

Esta agravante exige como elemento de la imputación objetiva el empleo de un medio idóneo y suficiente para crear un peligro a la seguridad pública. En cuanto a la imputación subjetiva, basta que se represente como probable (dolo eventual) la producción de un peligro y que dicho medio haya sido utilizado para matar (dolo directo). Además, debe advertirse la necesidad de que haya una conexión entre medio usado y la finalidad perseguida por el autor[57]. Por ejemplo: el que, al paso de una manifestación pública arroja un artefacto explosivo hacia la persona que quería matar lo que logró pese a que el artefacto no explotó, sino por el golpe que sufrió la víctima en la cabeza.

En realidad, es discutido si se puede aplicar esta agravante a los casos desarrollados en el marco de actividades terroristas, que con la finalidad de causar zozobra y terror, produjeran la muerte de personas indefensas mediante explosivos[58] [59].

El tipo legal hace referencia a cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o la salud de un gran número de personas. Resulta necesario usar la sección de los delitos contra la seguridad pública[60], en la que se enumeran diferentes estragos que pueden servir para la mejor comprensión de esta figura. Ejemplo: inundación, desmoronamiento y derrumbe (artículo 276, Código Penal). Sin embargo, el catálogo no deberá considerarse de una manera restringida (*v. gr:*

57 FÉLIX REINALDI, Víctor, "Delitos contra la vida humana independiente", en BALCARCE, Fabián (dir.), *Derecho penal. Parte especial 1*, Córdoba: Editorial Lerner, 2007, p. 153.

58 Entendemos que en este supuesto resulta de aplicación la norma antiterroristas. Por ejemplo, los terroristas que con el propósito de causar zozobra y terror, colocan una carga explosiva en un tramo del oleoducto, frente a un caserío de obreros mientras ellos duermen y les causan la muerte. Al respecto, el D. Ley N.° 25475 del 6 de mayo de 1992, en su artículo art. 2 señala lo siguiente: "El que provoca, crea o mantiene un estado de zozobra, alarma o temor en la población a un sector de ella, realiza actos contra la vida, el cuerpo, la salud, la libertad y seguridad personal o contra el patrimonio, contra la seguridad de los edificios públicos, vías o medios de comunicación o de trasporte de cualquier índole , torres de energía o trasmisión, instalaciones motrices o cualquier otro bien o servicio, empleando armamentos, maquinarias o artefactos explosivos o cualquier otro medio capaz de causar estragos o grave perturbación de la tranquilidad pública o afectar las relaciones internacionales o la seguridad de la sociedad y del Estado, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinte años".

59 En el Código Penal colombiano, existe un tipo penal específico, de homicidio terrorista (104.8).

60 Libro segundo, título XII, capítulo I, código penal.

matar mediante liberación de energía radioactiva) y puede admitirse cualquier otro medio no descrito expresamente entre los delitos contra la seguridad pública.

2.2. Homicidio calificado por la calidad funcional de la víctima

Es un agravante del delito de homicidio en relación con la calidad funcional de la víctima. En realidad, esta agravante se incorpora primigeniamente por Ley N.º 28878 del 17 de agosto del 2006 que expresa que se configura el delito de homicidio calificado cuando la víctima de la acción típica sea un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas (Militares del Cuerpo Terrestre, Marítimo o Aéreo), magistrados del Poder judicial o del Ministerio Público.

La actual redacción lega no solo requiere que la muerte sea de un sujeto pasivo especial, sino que esta muerte deba estar relacionada directamente con la función o el servicio social que desempeñaba la víctima. Determinar en qué momento se está en el ejercicio de la función puede tener una lectura literal en el sentido de que se está en funciones solo durante el horario que desempeña su función o cargo[61]. Sin embargo, creemos que no debe limitarse la interpretación en términos exclusivamente temporales a la jornada laboral, pues es posible que la muerte se produzca fuera del horario de trabajo.

El fundamento tiene una raíz preventivo-general y su efecto comunicativo está dirigido a evitar atentados contra la vida de funcionarios públicos, ante el peligro que pierdan la vida en el cumplimiento de su deber frente a la agresión homicida de quienes actúan motivados por el odio y desprecio a la autoridad, o la calidad funcional[62].

Esta agravante debe cumplir dos exigencias: primero, que la víctima tenga la condición de servidor público señalada a través de *numerus clausus* (miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, magistrados del Poder Judicial o del Ministerio Público), y segundo, debe existir una relación de causalidad o conexidad objetiva entre la violación del derecho a la vida y las labores cumplidas por la víctima. La ausencia de uno de estos elementos permite la aplicación subsidiaria del delito de homicidio simple (art. 106 del CP).

Asimismo, tiene que existir un nexo entre la muerte del agente protegido de forma especial y la función que venía desempeñando al momento de su muerte o como consecuencia de esta, sea de forma inmediata o diferida. Se

61 Cfr. Salinas Siccha, Ramiro, *Derecho penal: Parte especial*, 5.ª ed., Lima: Iustitia, 2013, p. 86.

62 Cfr. Félix Reinaldi, Víctor, "Delitos contra la vida humana independiente", en Balcarce, Fabián (dir.), *Derecho penal. Parte especial 1*, ob. cit., 154.

debe verificar si el hecho de referencia de su función fue la causa que provocó la muerte de la víctima.

Dado que es posible determinar que en estos casos la finalidad del sujeto es, por ejemplo, perturbar un proceso judicial o policial, la figura también tendría perfiles de delito de tendencia. En todo caso, será recomendable diferenciar los márgenes de la imputación personal (motivación del agente), *v.gr.* la mujer que por celos mata a su amante policía, supuesto en el que creemos posible operará con el art. 109 CP.

3. Imputación subjetiva

La imputación subjetiva al homicidio calificado supone el dolo que puede ser directo, indirecto y eventual. Claro está, que no todos los supuestos del homicidio calificado serán compatibles con el dolo eventual (*v.gr.* matar para facilitar otro delito); pero en la mayoría de los casos creemos posible distinguir entre el dolo referido a las circunstancias mismas (que es directo) y el dolo referido a la muerte (que puede ser eventual)[63]. En relación con el dolo directo de segundo grado es también posible identificar ciertas incompatibilidades con las diferentes circunstancias que integran el tipo legal.

La ausencia de dolo se puede verificar a través del error de tipo. Un problema a tratar, en este lugar, es la presencia de elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo que caracterizan a la mayoría de los modelos de imputación del homicidio calificado. Además, la exigencia de estos elementos de especial motivación en el agente hace que esta figura no sea posible de manifestarse de manera imprudente[64], pues en nuestro derecho penal la imprudencia está estructurada como un sistema de *numerus clausus*.

El error que recaiga en las circunstancias agravantes implica su ausencia de imputación por homicidio calificado pero responderá por homicidio simple cuando sea un error invencible o su atenuación de pena dentro del marco del tipo penal, cuando el error sea vencible[65].

63 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., pp. 46 y 47. Consideran que no es posible el asesinato con dolo eventual: DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, t. I, n.º 69, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 121. CALDERÓN CEREZO, Ángel y José CHOCLÁN MONTALVO, ANTONIO, *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 2.ª ed., 2001, Barcelona: Bosch, p. 25.

64 MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, ob. cit., p. 42.

65 GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos y José URBANO MARTÍNEZ, "Delitos contra la vida e integridad personal", en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 929.

4. Homicidios calificados de tendencia interna trascendente

Las modalidades de homicidio calificado son descritas fundamentando una mayor punibilidad por la existencia de otros elementos subjetivos diferente al dolo: los casos que menciona la legislación peruana son para facilitar u ocultar un delito. Ambos propósitos se constituyen en auténticos elementos subjetivos diferentes del dolo.

4.1. Homicidio para facilitar otro delito

Se trata de delito mutilado de dos actos (tipo de tendencia interna trascendente) en el que la conducta típica del agente es el medio para realizar, facilitar o consumar una segunda conducta. Como se afirma en el derecho penal peruano, resulta evidente una relación medio-fin[66]. La doctrina clásica suele manifestar que estas clases de homicidio son la llamada figura de conexidad ideológica, porque al existir un delito inicial de homicidio, este se ha previsto como un simple medio comisivo para la perpetración de otras infracciones cuya mayor penalidad estriba en el mero elemento subjetivo del tipo.

Por ello, diremos que para que se configure esta agravante se requiere que el delito fin no sea imprudente (en tanto el homicidio como medio requiere ser intencional), y que no sea una falta (por expresa referencia de la norma), resultando, además, indistinto el grado de consumación del delito fin (formal o material).

Este delito queda consumado cuando se produce el resultado típico, sin que sea necesario que el agente consiga realizar su específica tendencia trascendente. Si logra alcanzar su propósito final, o cuanto menos los delitos pretendidos quedan en el estadio de la tentativa, no habrá duda en cuanto al homicidio cometido y se dará un concurso de delitos con la infracción fin ejecutado[67].

Un problema principal en este tema se origina, debido a que el ordenamiento penal vigente contiene dos tipos legales que aluden a la muerte de una persona en conexión con la comisión de otro delito[68]. Estas normas han originado divergentes interpretaciones judiciales que se han concretado en resoluciones que califican indistintamente los hechos como homicidio calificado o robo con

66 *Vid.* HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto*, Lima, 1982, p. 89; GARCÍA DEL RÍO, Flavio, *Manual de derecho penal parte general y especial*, Lima: Ediciones Legales Iberoamericana, 2002, p. 130.

67 FERREIRA DELGADO, Francisco, *Derecho penal especial*, ob. cit., p. 47.

68 Estas normas son el art. 108.2 CP (asesinato) y art. 189, *in fine* del CP (robo seguida de muerte).

muerte subsecuente, para superar esta dificultad existe un pronunciamiento de la judicatura que permite diferenciarlo conceptualmente (ver Acuerdo Plenario N.º 3-2009/CJ-116).

Sin embargo, un tema todavía no muy claro es el relativo a determinar cuál es el tipo penal aplicable a aquellos casos en los que el agente mata a otro para facilitar la comisión de un delito contra el patrimonio. En estos casos, algunos señalan que existe un concurso real entre el delito de homicidio calificado para facilitar otro delito (artículo 108.2 del Código Penal) y robo agravado seguido de muerte (artículo 189, *in fine*). Para la jurisprudencia[69] no existe un concurso real de delitos sino un concurso aparente (unidad de ley) de normas penales entre el delito de homicidio calificado y de robo agravado que será resuelto por el criterio de exclusión. El fundamento de la jurisprudencia radica en que la conducta exteriorizada de una persona no puede ser calificada al mismo tiempo como robo agravado y homicidio calificado, ya que los tipos penales mencionados son excluyentes, caso contrario, se estaría incurriendo en una doble valoración de la conducta.

4.2. Homicidio para ocultar otro delito

Aquí se trata de una especial conexión subjetiva (tendencia interna trascendente)[70] entre el homicidio y el injusto que el agente trata de ocultar. Algunos autores nacionales entienden que aquí existe una relación de causa-efecto[71]. Otro sector de la doctrina sostiene que se trata de supuestos de conexidad consecuencial u ocasional, pues para este caso el nexo entre el primer hecho punible y el homicidio persiste en la medida en que la muerte

69 Corte Suprema, *Ejecutoria Suprema*, Recurso de Nulidad N.º 2586-98, Lima: 25 de septiembre de 1999.

70 Los tipos de *tendencia interna trascendente* son aquellos delitos cuya parte interna requiere de una intención especial que no corresponde a la parte externa objetiva, esta intención especial consiste en la búsqueda de un resultado diferente al exigido típicamente y que, por ende, no se exige para la consumación del delito, debiendo entenderse solo para efectos de llenar el tipo, lo que permite fundamentar la antijuridicidad de la conducta típica. Villavicencio Terreros, Felipe, *Derecho penal. Parte general*, N.º 801-802. Lima: Grijley, 2006, p. 375.

71 En relación con el delito precedente y el delito consecuente, véase Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto*, ob. cit., p. 61; Peña Cabrera, Raúl, *Derecho penal peruano. Parte especial*, vol. II, 4.ª ed., Lima, 1982, p. 64; Bramont Arias, Luis, *Temas de derecho penal*. t. I, Lima: Ed. San Marcos, 1990, p. 47; Roy Freyre, Luis, *Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor*, ob. cit., p. 148.

que se causa buscaba asegurar su provecho o permite encubrir a sus partícipes[72]. Creemos más importante el carácter subjetivo de esta relación, de tal manera que si, por ejemplo, la muerte se produce a consecuencia de la conducta dirigida a la consumación de lo injusto (*v.gr.* robo), no estará presente el homicidio calificado, pues el agente carecía de la tendencia interna requerida "para ocultar otro delito". En estos casos, será recomendable resolver con las reglas del concurso.

No resulta necesario que el primer delito (a ocultar) se halla consumado, es suficiente la tentativa[73]. La estructura típica del primer delito puede ser dolosa o imprudente (*v.gr.* conductor que mata a la víctima a quien atropelló momentos antes), u omisiva. Es indiferente la naturaleza del delito que el agente trata de ocultar. Sin embargo, no se acepta que la infracción a ocultar sea una falta[74]. En cuanto al tiempo transcurrido entre el delito a ocultar y el homicidio, consideramos que no es necesaria una sucesión cronológica entre ambas infracciones[75]; también es posible el ocultamiento de un delito cometido por un tercero, sin que sea necesaria su vinculación como coautor o cómplice[76].

El delito-fin puede ser cualquier ilícito establecido en la parte especial del Código Penal o leyes especiales. Asimismo, pueden coincidir tanto el delito-medio como el delito-fin (se mata para producir una segunda muerte) o pueden ser diferentes (matar para facilitar un aborto).

---

72 FERREIRA DELGADO, Francisco, *Derecho penal* especial, art. cit., p. 47; GOMÉZ PAVAJEAU, Carlos y José URBANO MARTÍNEZ, "Delitos contra la vida e integridad personal", en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, art. cit., p. 932.

73 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto,* ob. cit., p. 62; ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor*, t. I, 2.ª ed., Lima: Editorial y Distribuidora de Libros, 1986, p. 149; PEÑA CABRERA, Raúl, *Derecho Penal Peruano. Parte especial* ob. cit., p. 64.

74 ROY FREYRE considera que es una circunstancia de homicidio por ferocidad dada la nimiedad del móvil. *Vid.* ROY FREYRE, Luis, *Derecho penal. Parte especial, Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor*, ob. cit. 148.

75 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto,* ob. cit., p. 61. Este no es único criterio en la ciencia penal peruana, pues algunos exigen que el homicidio se perpetre inmediatamente (*vid.* PEÑA CABRERA, Raúl, *Derecho Penal Peruano. Parte especial* ob. cit., p. 64) y otros optan por la comisión más o menos próxima (*vid.* ROY FREYRE, Luis, *Derecho Penal, Parte Especial, Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor*, ob. cit., 148).

76 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto,* ob. cit., p. 6.

5. Homicidios calificados de tendencia intensificada

Se trata de tipos penales que describen un determinado como específico contenido de la voluntad del agente, *v.gr.* matar por crueldad o alevosía. Esta voluntad del agente le confiere a la conducta una especial peligrosidad para el bien jurídico. La incorporación de estos "predicados de valor ético-sociales"[77] ha motivado críticas en la doctrina penal, pues se considera que es una afiliación de un derecho penal de ánimo y que su uso debe ser restringido, pues la imprecisión puede originar diferentes interpretaciones.

5.1. Homicidio con gran crueldad

Actuar con crueldad es causar a la víctima un sufrimiento deliberado e innecesario[78]. El agente que actúa cruelmente demuestra insensibilidad en su actuar Así, se deduce que es necesario el cumplimiento de dos condiciones:[79] primera: la causación de dolores físicos o psíquicos innecesarios (requisito de carácter objetivo)[80]; segunda: la elección de aquel medio que le cause mayores dolores físicos y psíquicos, pudiendo elegirse una opción menos gravosa para la víctima. En este mismo sentido, la jurisprudencia nacional señala que "la crueldad" como agravante del delito de homicidio, está referida al modo de prepararlo, requiriéndose para su concurrencia la preordenación de parte del autor para lograr un sufrimiento innecesario para la víctima"[81].

---

77 *Vid.* STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal, I, Parte general*, Trad. de la 2.ª ed. alemana por Gladys ROMERO, Madrid: Edersa, 1982, p. 116. Cfr. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de derecho penal español, II, El hecho punible*, Madrid: Akal, 1985, p. 213: ("elementos del ánimo").

78 En este sentido, PEÑA CABRERA señala que crueldad consiste en "la muerte causada mediante la aplicación de dolores físicos o psíquicos innecesarios con el propósito deliberado de hacerla sufrir". Cfr. PEÑA CABRERA, Raúl, *Estudios de derecho penal: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, 5.ª ed., Lima: Editorial San Marcos, 1997. En ese mismo sentido, BRAMONT ARIAS TORRES y GARCÍA CANTIZANO señalan que crueldad consiste en "acrecentar deliberada e inhumanamente el sufrimiento de la persona ofendida, causándole un dolor que es innecesario para la perpetración de la muerte". Cfr. BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y María GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal parte especial*, 4.ª ed., Lima: San Marcos, 1998, p. 47.

79 PEÑA CABRERA, Raúl, *Estudios de derecho penal: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, ob. cit., p. 109.

80 Cfr. DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, ob. cit., p. 113; (n.º 50): "El concepto de dolor debe incluirse tanto los sufrimientos físicos como los psíquicos, como por ejemplo los causados mediante un simulacro de ejecución".

81 TALLER DE DOGMATICA PENAL, "Sala Penal. Recurso de Nulidad N.º 1094-2000-Arequipa", en *Jurisprudencia penal*, Lima: Jurista Editores, 2006, p. 341.

.e la alevosía requiere la comprobación de la indefensión de la) de confianza y la expresión de una manifiesta actitud de hos- na. Aisladamente, cualquiera de estos elementos puede agravar s mismos que pueden ser provocados por el agresor o la misma colocado en dicha situación[87].

nto de la alevosía se encuentra en la idea de aseguramiento de ita cualquier tipo de riesgo posible derivado de la defensa que [88]. Además de ello no es necesario que el autor busque anticipa- lios para obtener esto, sino que basta que cuando se le presenten omicida que espera que su víctima se duerma para matarla)[89].

ıe la alevosía puede ser material y moral. La primera se presenta e no permite que su persona sea vista por la víctima y recurre as para lograrlo (*v.gr.* esconderse bajo un árbol, disfrazarse de . El segunda caso se da cuando lo que se procura es ocultar las ıderas al momento de actuar; se muestra cordialidad, sinceridad, pretende en realidad, es lograr la confianza de la víctima para que nenos pensado, se pueda actuar sin que se lo haya imaginado[90].

ZAPATER, Enrique, *Los delitos de homicidio*, ob. cit., p. 46.

LDI, Víctor, "Delitos contra la vida humana independiente", en BALCARCE, , *Derecho penal. Parte especial 1,* ob. cit., p.150.

LÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTIN, *Delitos contra bienes jurídicos fun- Vida humana independiente y libertad,* ob. cit., p. 107. "La alevosía está ción de dar muerte a una persona lo que comporta un mayor desvalor de ue en el plano *ex ante* el empleo de determinados medios, formas o modos ısegurar la ejecución del delito y evitar la reacción defensiva de la víctima, ayor peligrosidad de la acción" (*Vid.* Morales Prats: ob. cit. p. 48). En el do véase FIGARI, Rubén, *Homicidios*, 2.ª ed., Mendoza: Ed. Ediciones Juri- 2004, p. 101; ZUGALDIA ESPINAR, José, *Fundamentos de derecho penal (Parte* ncia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 42.

IPOLLÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTÍN, *Comentarios al Código Penal, il*, ob. cit., p. 98. A criterio de estos autores "el asesinato por alevosía es por omisión". Por otro lado, para Muñoz Conde "lo decisivo en la alevosía miento de la ejecución del hecho y la ausencia del riesgo ante la defensa acer el ofendido, de ahí que se estime siempre alevosa la muerte a traición sas, aunque algunas corrientes feministas nieguen que esta calificación sea ndo la mujer mata al marido mientras duerme, ya que por su mayor debili- puede hacerlo cara a cara". Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. l*, 10.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p.52.

DO, Jorge, *Los homicidios calificados*, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra,).

En gene
por la víctim
vechamiento
o desvalidos
homicidio po
obstante, si el
riesgo propio,
del recién na
alevosía, las r
al hecho de n
envidia, veng

El estad
por el cual, r
situación me
esta carezca
el victimario
efecto, tenien
agredido, se d
dida indefens
respecto de s
a) patológicas
la incapaciter
la víctima pri
cardiaca y qu
cronológicas,

91 FELIP I S
Parte esp
92 *Ibid.*, p.
93 ZUGALDI
94 MUÑOZ
95 FERREIR
96 También
a la vícti
incapaci
como pr
parcialm
de comp
uso de su
disminui
FERREIR

niño o anciano) y c) biológicas, si se trata de estados físicos en que el agresor supera en fuerza o destreza física a su víctima (*v.gr.* la agresión mortal a una mujer en estado de embarazo o el ataque a un minusválido). En cambio, la indefensión coexiste con la víctima al momento de ser agredida y son circunstancias sobrevenidas del mundo exterior; *v.gr.* estar dormido, distraído o desarmado.

Otro punto debatido es el referente a si los ataques mortales son realizados con armas de guerra o materiales altamente explosivos contra víctimas son supuestos de alevosía. En realidad, el solo empleo de estas armas o explosivos logra colocar por sí en indefensión a la víctima porque no le permite ni un mínimo de reacción.

6. Homicidios calificados por la especial motivación

Los especiales motivos del autor pertenecen al estudio del juicio de la imputación personal[97]. Con frecuencia se confunden elementos subjetivos del tipo diferentes al dolo con estos elementos propios de la culpabilidad, debido a los límites poco precisos entre los motivos y las finalidades[98]. Aquí se trata del estudio de los motivos del agente.

6.1. Homicidio por ferocidad

Ferocidad es inhumanidad en el móvil[99], matar por motivo fútil[100], matar sin causa aparente o causa insignificante[101], matar por solo placer[102]. Es de señalar

97 Politoff, Sergio, *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1965, p. 95.

98 Zaffaroni, Eugenio, *Tratado de derecho penal-parte general*, Buenos Aires: Ediar, 1987, p. 426.

99 *Vid.* Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto*, ob. cit., p. 53. Hurtado Pozo considera que la ferocidad debe ser interpretada en su acepción de fiereza, lo cual significa actuar con inhumanidad. Los móviles, para esta agravante, deben aparecer como: "desproporcionados, deleznables y bajos —en relación con el resultado muerte— que revelan una actitud inhumana en el agente".

100 El motivo fútil es aquel que es totalmente desproporcionado con la gravedad de una reacción que produzca un resultado de muerte, tendiéndose en cuenta el grado medio de sensibilidad social, lo cual definitivamente revela mayor grado de inhumanidad y peligrosidad del agente. Cfr. Peña Cabrera, Raúl, *Estudios de derecho penal: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, ob. cit., p. 93. Asimismo, Ferreira Delgado señala: "Fútil es lo insignificante o de escaso valor", Cfr. Ferreira Delgado, Francisco, *Derecho penal* especial, ob. cit., p. 49.

101 Bramont Arias, Luis, *Temas de derecho penal*, ob. cit., p. 44.

102 Roy Freyre, Luis, *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor*, ob. cit., 133. Jurisprudencia: "la ferocidad requiere que la muerte

que esta última acepción está expresamente comprendida en el art. 108.1 CP. En cuanto a su naturaleza jurídica, para nosotros, la ferocidad del sujeto agrava la imputación personal (culpabilidad). El homicidio realizado con motivo fútil consiste en matar sin causa aparente y se podrá acreditar analizando la existente desproporción entre lo realizado por el occiso y la reacción desmedida que tuvo el homicida. En este mismo sentido, la jurisprudencia ha señalado que "el dar muerte a dos personas sin mayor motivo o únicamente por el hecho de que una de las víctimas le hizo caer la batería del teléfono celular que portaba uno de los agentes, constituye un móvil nimio e insignificante, por lo que matar por tal circunstancias configura una actuación con ferocidad"[103].

6.2. Homicidio por codicia

La codicia como agravante fue incorporada por la Ley N.º 30253 del 24 de octubre del 2014. Esta agravante se refiere al deseo inmoderado de la riqueza, ganancia, provecho"[104]. Esto es el móvil inmoderado o desordenado de obtener, a través del homicidio, dinero, bienes patrimoniales o *in extremis* también distinciones o condecoraciones de orden honorífico, que en vida correspondían al occiso.

Esta agravante se distingue del homicidio por lucro por lo siguiente: primero, aquí el sujeto actúa directamente, a diferencia del homicidio por lucro en que existe un mandante (autor mediato) y el "sicario", quien ejecuta la orden (autor inmediato). Segundo, en esta agravante no existe *ex-ante* acuerdo o pacto criminal, cosa que sí existe en el homicidio por lucro. Tercero: en esta agravante, el sujeto activo actúa por un afán inmoderado de ganancia o provecho, que si bien tiene un aproximado del beneficio no sabe con exactitud el beneficio o provecho que va a obtener, a diferencia del lucro, en que el mandante fija una cifra como promesa remuneratoria.

---

se haya causado por un instinto de perversidad brutal o por el solo placer de matar, esto es, que el comportamiento delictivo es realizado por el agente sin ningún motivo ni móvil aparentemente explicable" (Sala penal Recurso de Nulidad N.º 1425-99-Canchis/Cusco; en Chocano Rodríguez, Reiner y Víctor Valladolid Zeta, *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*, Lima: Jurista Editores, 2002, p. 170.

103 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, *Expediente 1554-2000*, Lima 17 de julio del 2000, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, n.º 3, Lima, 2002, p. 537.

104 Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto*, ob. cit., p. 58.

Esta agravante —se intenta fundamentar— en que uno de los motivos más bajos e innobles que pueda albergar un hombre para acabar con la vida de otro es la codicia; que no radica solamente en el deseo de obtener dinero o bienes con el hecho, sino en el deseo de sacar provecho desmedido. Por ello, la codicia es una de las características del homicidio con ánimo de lucro desmedido, que en su forma general se define como "un apetito desordenado de riquezas"[105]. En definitiva, la codicia comprendida como el afán excesivo de riqueza, puede cometerse debido a planes financieros que como consecuencia de esa muerte, prometen enormes ganancias; *v.gr.* en el caso que un esposo que contrata una póliza de seguro a nombre de su esposa, y él, como cónyuge beneficiario, la mata para cobrarla, cometería homicidio calificado por codicia o matar para heredar u obtener legado).

6.3. Homicidio por lucro

Debido a la influencia del inciso primero del artículo 232 del Código Penal de 1863[106] "por precio recibido o recompensa estipulada"[107], el derecho penal peruano ha venido interpretando el lucro como homicidio por precio[108], subrayando las relaciones entre los sujetos que intervienen en el acuerdo.

La expresión por lucro no solo tiene un significado económico o pecuniario o —al menos— económicamente valuable, por lo que esta expresión legal debe entenderse en un sentido normativo más amplio, que no solo incluya la contraprestación dineraria sino cualquier retribución, remuneración o condición, económica o no, con que se premia o se acuerda la realización del servicio de matar a otro[109].

Generalmente, estas clases de homicidio calificado también son conocidas como homicidio por encargo o sicarial, porque se realiza por motivo determinante de un contrato, pacto, convenio entre dos partes para la ejecución de un compromiso criminal; matar a otro, para remunerar por ello a la otra parte[110].

105 Gómez López, Orlando, *El homicidio*, 2.ª ed., Bogotá: Temis, 1997, p. 492; Hurtado Pozo, José, *Manual de derecho penal. Parte especial 2: Aborto*, Lima, 1994, p. 54 y 55.

106 Estas categorías se deben a la influencia de la Legislación española, la cual hasta el presente mantiene en su código penal las mencionadas categorías.

107 Viterbo Arias, José, *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, t. III, Lima: Imp. de El Diario Judicial, 1902, p. 12.

108 Roy Freyre, Luis, *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor*, ob. cit., p. 139; Peña Cabrera, Raúl, *Derecho penal peruano. Parte especial*, vol. II, 6.ª ed., 2.ª reimpr., Lima: AFA Editores e Importadores, 1989, p. 42; Bramont Arias, Luis, *Temas de Derecho Penal*, t. 5, Lima: SP Editores, 1988, p. 44.

109 Polaino Navarrete, Miguel, *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, ob. cit., p. 59.

110 Ferreira Delgado, Francisco, *Derecho penal* especial, ob. cit., p. 49.

Según este entendimiento, el fin de lucro solo lo tiene el sicario que da muerte a una persona por precio y no en aquella que paga la remuneración. En cuanto al contenido la remuneración esta puede ser cualquier cosa, bienes económicos o beneficios personales, e incluso se ha afirmado el propósito de ganarse la "buena voluntad" del jefe (*v.gr.* aumento de sueldo, etc.). Respecto al contrato o mandato, como señalaba CARRARA[111], se podían registrar algunas condiciones: 1. El mandato debe ser expreso y claro, señalando con exactitud a la víctima, no vale la vaguedad al respecto; 2. Debe probarse no solo que se propuso el negocio de dar muerte a otro, sino que el sicario lo aceptó y 3. Pactante y sicario deben conocerse entre sí o al menos a sus representantes.

Sin embargo, esta figura no se aplicará cuando el sujeto ya estaba previamente decidido a la comisión del delito por otros motivos "con independencia de que después haya venido a recibir una promesa o gratificación del mismo. Sino el lucro debe ser el motor de la acción criminal"[112].

Esta especial motivación está referida al autor. El inductor lo será si expresa de manera clara la oferta onerosa de homicidio[113], salvo que este último tenga también la especial motivación de lucro. Si con anterioridad ya estaba decidido a matar, no debe apreciarse la calificante[114]. Para que el instigador se exima de responsabilidad tiene que revocar de manera clara y expresa el mandato que realizó al agente.

Esta agravante se consuma con la muerte de la víctima indicada o cuando haya sido uno diferente al indicado y no así con el pago del precio de la recompensa pues basta la formulación de la oferta o promesa aun cuando se incumpla[115]. Referente a la punibilidad, debe señalarse que tanto el sicario como el inductor, abstractamente, tienen la misma pena.

En los supuestos de homicidio calificado en la modalidad de mandato o sicariato cabe la tentativa, si el sicario, en cumplimiento del mandato criminal, falla y es detenido antes de consumarlo, tanto para este como para su mandante. Pero si el mandante se arrepintió e intento detener al sicario no obstante se

111 CARRARA, Francesco, *Programa de derecho* criminal, ob. cit., p. 1204.

112 BLANCO LOZANO, Carlos, *Tratado de derecho penal español*, Barcelona: Bosch, 2005, p. 103.

113 PEÑA CABRERA, Raúl, *Estudios de derecho penal: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, ob. cit., p. 99. *Vid.* La posición de FONTÁN BALESTRA sobre la esperanza de lucro.

114 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, *Manual de derecho penal. Parte especial (delitos contra las personas)*, ob. cit., p. 65.

115 FÉLIX REINALDI, Víctor, "Delitos contra la vida humana independiente", en BALCARCE, Fabián (dir.), *Derecho penal. Parte especial 1*, ob. cit., p. 152.

cumple con el pedido, el mandante responderá en grado de tentativa y el sicario en grado de consumación[116].

6.4. Homicidio por placer

Este supuesto "hace alusión a quien mata experimentando una sensación agradable o contento de ánimo. Solo es necesario que la acción sea inspirada por un placer antinatural en la destrucción de la vida humana"[117], o simplemente lo hace por "el gusto o agrado que le produce dicho acto sin otra motivación determinante"[118]. Matar por placer es matar por puro gusto, por ver correr sangre o tener sensaciones sexuales o la que le puede proporcionar la agonía a la víctima u otra semejante. Ello tiene que ser el motivo del obrar del autor pero no es necesario, en definitiva, que haya satisfecho sus expectativas[119]. El placer es "indicativo de un proceso mental que influencia la actividad del homicida y le hace adoptar previsiones que se concilian con el sadismo"[120] o "cualquier gozo"[121]. Creemos que esta figura también se puede subsumir en la ferocidad.

III. BIBLIOGRAFÍA

AGUADO CORREA, Teresa

2013 "Decomiso de los productos de la delincuencia organizada: 'Garantizar que el delito no resulte provechoso'", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, n.º 15, vol. 5, Granada: Criminet.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique

1985 *Principios de derecho penal español, II, El hecho punible*, Madrid: Akal

1989 *Los delitos de homicidio*, Bogotá: Temis.

1999 *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires: Hammurabi.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel

1986 *Manual de derecho penal. Parte especial (delitos contra las personas)*, Madrid: Ceura.

116 FERREIRA sostiene, contrariamente, que en el último caso debe responder ambos a título de consumación. *Vid.* FERREIRA DELGADO, Francisco, *Derecho penal especial*, ob. cit., p. 51; quien

117 FIGARI, Rubén, *Homicidios*, ob. cit., p. 112.

118 CREUS, Carlos, *Derecho penal. Parte especial*, t. I. Buenos Aires: Astrea, 1992, p. 36.

119 FÉLIX REINALDI, Víctor, "Delitos contra la vida humana independiente", en BALCARCE, Fabián (dir.), *Derecho penal. Parte especial 1*, ob. cit., p. 152.

120 SPROVIERO, Juan, *Delito de homicidio*, Buenos Aires: Editorial La Rocca, 1996, p. 215.

121 TERRAGNI, Marco, *Delitos contra las personas*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2000, p. 263.

BAR CENDÓN, Antonio

2010 "La nueva Constitución de la Unión Europea: El Tratado de Lisboa y la reforma de los tratados constitutivos", en *Teoría y realidad constitucional*, n.º 25, UNED: Editorial Centro De Estudios Ramón Areces.

BLANCO CORDERO, Isidoro

1997 *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra: Aranzadi.

BLANCO LOZANO, Carlos

2005 *Tratado de derecho penal español*, Barcelona: Bosch.

BRAMONT ARIAS, Luis

1988 *Temas de derecho Penal*, t. v, Lima: SP Editores.

1990 *Temas de derecho penal*, t. I. Lima: Ed. San Marcos.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis y María GARCÍA CANTIZANO

1998 *Manual de derecho penal parte especial*, 4.ª ed., Lima: Editorial San Marcos.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan

1986 *Manual de derecho penal, Parte especial*, Barcelona: Ariel.

CALDERÓN CEREZO, Ángel José Antonio CHOCLÁN MONTALVO

2001 *Derecho Penal. Parte Especial*, t. II, 2.ª ed., Barcelona: Bosch.

CARRARA, Francesco

1957 *Programa de derecho criminal*, vol. I, Bogotá: Temis.

CHOCANO RODRÍGUEZ, Reiner y Víctor VALLADOLID ZETA

2002 *Jurisprudencia penal. Ejecutorias penales de la Corte Suprema de Justicia (1997-2001)*, Lima: Jurista Editores.

CREUS, Carlos

1992 *Derecho penal. Parte especial*, t. I. Buenos Aires: Astrea.

DELGADO MARTÍN, Joaquín

2001 *La criminalidad organizada*, Barcelona: Bosch.

DIEZ RIPOLLÉS, José Luis y Luis GRACIA MARTÍN, Luis

1993 *Delitos contra bienes jurídicos fundamentales: Vida humana independiente y libertad*, Valencia: Tirant lo Blanch.

1997 *Comentarios al Código Penal, Parte Especial*, t. I, Valencia: Tirant lo Blanch.

FÉLIX REINALDI, Víctor

2007 "Delitos contra la vida humana independiente", en BALCARCE, Fabián (dir.), *Derecho penal. Parte especial 1*, Córdoba: Editorial Lerner.

FELIP I SABORIT, David

2006 "El homicidio y sus formas", en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona: Ariel.

FERRAJOLI, Luigi

2010 "Criminalidad organizada y democracia", en *Revista Iter Crimini*, México: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

FERREIRA DELGADO, Francisco

2006 *Derecho penal especial*, Bogotá: Temis.

FIGARI, Rubén

2004 *Homicidios*, 2.ª ed., Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

GAMA DORDIO, Juan

2012 *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Madrid: Ministerio de Defensa.

GARCÍA DEL RÍO, Flavio

2002 *Manual de derecho penal parte general y especial*, Lima: Ediciones Legales Iberoamericana.

GIMÉNEZ-SALINAS FRAMIS, Andrea

2012 "La delincuencia organizada en Europa: Extensión, factores facilitadores y rasgos principales", en *Lucha contra el crimen organizado en la Unión Europea*, Madrid: Ministerio de Defensa.

GOMEZ DE LIAÑO FONSECA-HERRERO, Marta

2004 *Criminalidad organizada y medios extraordinarios de investigación*, Madrid: Colex.

GÓMEZ LÓPEZ, Orlando

1997 *El homicidio*, 2.ª ed., Bogotá: Temis.

GOMÉZ PAVAJEAU, Carlos y José URBANO MARTÍNEZ

2004 "Delitos contra la vida e integridad personal", en *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

GONZÁLES RUS, Juan José

2000 "Del homicidio y sus formas", en COBO DEL ROSAL, Manuel (dir.), *Compendio de derecho Penal Español, Parte Especial*, Madrid: Marcial Pons.

HURTADO POZO, José

1982 *Manual de derecho penal. Parte especial 1: homicidio y aborto*, Lima.

1994 *Manual de derecho penal. Parte especial 2: Aborto*, Lima.

JAIME-JIMÉNEZ, Óscar y Lorenzo CASTRO MORAL

2010 "La criminalidad organizada en la Unión Europea Estado de la cuestión y respuestas institucionales", en *Revista CIDOB d'Afers Internacionals*, n.º 91, Barcelona: CIDOB.

LÓPEZ BOLADO, Jorge

1975 *Los homicidios calificados*, Buenos Aires: Editorial Plus Ultra.

MILITELLO, Vincenzo

2002 "Una experiencia comparativa: el proyecto común europeo de lucha contra la criminalidad organizada", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, Cristina y María DIEGO DÍAZ SANTOS (coords.), *El Derecho Penal Ante la Globalización*, Madrid: Colex.

MUÑOZ CONDE, Francisco

1988 *Derecho penal. Parte especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.

PEÑA CABRERA, Raúl

1982 *Derecho penal peruano. Parte especial*, vol. II, 4.ª ed., Lima.

1989 *Derecho penal peruano. Parte especial*, vol. II, 6.ª ed., 2.ª reimpr., Lima: AFA Editores e Importadores.

1994 *Derecho Penal peruano. Parte especial*, Lima: Ediciones Jurídicas.

1997 *Estudios de derecho penal: Delitos contra la vida, el cuerpo y la salud*, 5.ª ed., Lima: Editorial San Marcos.

POLAINO NAVARRETE, Miguel

2010 *Lecciones de derecho penal: Parte especial*, Madrid: Tecnos.

POLITOFF, Sergio

1965 *Los elementos subjetivos del tipo legal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2013 *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa.

ROY FREYRE, Luis

1986 *Derecho penal. Parte especial. Delitos contra la vida el cuerpo y la salud, delitos contra el honor*, t. I, 2.ª ed., Lima: Editorial y Distribuidora de Libros.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2013 *Derecho penal: Parte especial*, 5.ª ed., Lima: Iustitia.

SANCHEZ VELARDE, Pablo

2004 *Manual de derecho procesal penal*, Lima: Idemsa.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

1999 *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid: Civitas.

2006 *Lecciones de derecho penal. Parte especial*, Barcelona: Atelier.

SPROVIERO, Juan

1996 *Delito de homicidio*, Buenos Aires: La Rocca.

STRATENWERTH, Günther

1982 *Derecho penal, I, Parte general*, trad. de la 2.ª ed. alemana por Gladys Romero, Madrid: Edersa.

Taller De Dogmática Penal

2006 "Sala Penal. Recurso de Nulidad N.º 1094-2000-Arequipa", en *Jurisprudencia penal*, Lima: Jurista Editores.

TERRAGNI, Marco

2000 *Delitos contra las personas*, Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

URIBE BENITEZ, Óscar

2010 *La Convención de Palermo*, México: Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentaria.

VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe

1983 *Delitos contra la seguridad pública. Delitos de terrorismo*, 2.ª ed, Lima: Sesator.

2006 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

2014 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Grijley.

VITERVO ARIAS, José

1902 *Exposición comentada y comparada del Código Penal del Perú de 1863*, t. III, Lima.

ZAFFARONI, Eugenio

1987 *Tratado de derecho penal-parte general*, Buenos Aires: Ediar.

2007 "Globalización y crimen organizado", en *Revue électronique de l'Association Internationale de Droit Pénal (I Conferencia Mundial de Derecho Penal. El Derecho penal del siglo XXI*, Guadalajara-México: 18-23 noviembre del 2007.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2006 "Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad: Apuntes para el análisis", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio y Nieves SANZ MULAS, Nieves (coords.), *El derecho penal frente al desafío de la criminalidad organizada*, Granada: Comares.

2009 *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares.

ZUGALDÍA ESPINAR, José

2010 *Fundamentos de derecho penal (parte general)*, Valencia: Tirant lo Blanch.

2011 *Derecho penal (parte especial): Un estudio a través del sistema de casos resueltos. Delitos contra las personas*, 3.ª ed., t. I, Valencia: Tirant lo Blanch.

LA TEORÍA DEL DELITO APLICADA AL TIPO PENAL DE SICARIATO COMO EXPRESIÓN DEL DERECHO PENAL DEL ENEMIGO

FERNANDO VICENTE NÚÑEZ PÉREZ*[1]

* Magíster en Ciencias Penales por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor de los cursos Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y Delitos contra la Administración pública, así como responsable académico en la especialidad de Derecho Penal en la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres. Docente en la Unidad de Posgrado en la misma casa de estudios. Docente en la Academia de Práctica Forense del Ilustre Colegio de Abogados de Lima (2005-2015). Diploma de título de especialización en "Teoría Jurídica del Delito" otorgado por la Universidad de Salamanca-España.

1 Este aporte académico implica ser una mayor profundización y análisis realizado en su oportunidad. Para ello, véase. Núñez Pérez, Fernando, "El tipo penal de sicariato como expresión del derecho penal del enemigo", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, pp. 134-157.

SUMARIO: I. La incorporación expresa y autónoma del tipo penal de sicariato en el Código Penal Peruano. II. El aparente y supuesto conflicto normativo entre el tipo penal de sicariato con el todavía vigente tipo penal de asesinato por lucro. III. La estructura típica del delito de sicariato. 1. La estructura de la tipicidad objetiva del delito de sicariato. 2. La estructura de la tipicidad subjetiva del delito de sicariato. 3. La problemática de la responsabilidad restringida en el tipo penal de sicariato. 4. El tipo penal de sicariato con agravantes. IV. La problemática de la criminalización del estadio previo a la lesión del bien jurídico vida humana independiente por medio de los tipos penales de conspiración, ofrecimiento y solicitud al sicariato.1. Una nueva manifestación legislativa del Derecho Penal del Enemigo. 2. La estructura típica del tipo penal de conspiración al sicariato. 2.1. La diferencia entre la conspiración para delinquir y la asociación para delinquir. 2.2. La estructura del tipo penal de conspiración para el sicariato. 2.3. La estructura típica del tipo penal de ofrecimiento y solicitud al sicariato: la proposición y la tentativa de inducción al sicariato. V. Conclusiones interpretativas. VI. Bibliografía consultada.

I. LA INCORPORACIÓN EXPRESA Y AUTÓNOMA DEL TIPO PENAL DE SICARIATO EN EL CÓDIGO PENAL PERUANO

El Poder Ejecutivo por medio del Decreto Legislativo N.º 1181 del 27 de julio del 2015 ha decido incorporar formalmente a nuestro ordenamiento jurídico penal, como una nueva modalidad de homicidio que pueda atentar el bien jurídico vida humana independiente, el tipo penal de sicariato (artículo 108-C del Código Penal[2]), también denominado como homicidio por sueldo

2 Artículo 108-C.- Sicariato
El que mata a otro por orden, encargo o acuerdo, con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años y con inhabilitación establecida en el numeral 6 del artículo 36, según corresponda.

o contraprestación[3], como parte del fortalecimiento de la seguridad ciudadana, lucha contra la delincuencia y el crimen organizado[4], pretendiendo ser una herramienta persuasiva para que tanto aquellas personas que contratan un sicario, como aquellas que ofrecen el servicio lo piensen dos veces antes de cometer el ilícito[5].

Si bien los actos de sicariato o de asesinato por servicio[6], fueron en su oportunidad sancionados penalmente dentro de los cánones y estructura del tipo penal de homicidio por lucro (autores y partícipes)[7], con esta incorporación

---

Las mismas penas se imponen a quien ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario.

Será reprimido con pena privativa de libertad de cadena perpetua si la conducta descrita en el primer párrafo se realiza:

1. Valiéndose de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta
2. Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal
3. Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas
4. Cuando las víctimas sean dos o más personas
5. Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo, 108-A y 108-B primer párrafo.
6. Cuando se utilice armas de guerra

3 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, p. 42.

4 "Keyser Jorge Rodríguez Flores (23) fue capturado luego de asesinar por encargo a Benker Esteban Gariza Franco. Keyser Jorge Rodríguez Flores, con un metro sesenta de estatura y 23 años, recibió S/ 200 y un arma para que con seis disparos elimine a Benker Esteban Gariza Franco en un bar del mercado La Hermelinda, en Trujillo. Capturado en el distrito de Florencia de Mora luego de una intensa persecución, Keyser confesó que le disparó a quemarropa para saldar las cuentas que este tenía con algunos delincuentes. También apresaron a su cómplice, Marcos Jonathan Guerrero Romero, quien lo movilizó hasta el lugar de los hechos. 'El Gringo', otro cómplice aún no identificado, se encuentra como no habido. Keyser tenía el arma oculta en su calzoncillo. Una Glock negra calibre 3.80. Este es el primer caso de sicariato que ocurre en el Perú luego de que se promulgara la ley —el pasado 27 de julio— que sanciona específicamente este delito". *Vid.* PERÚ 21"Trujillo: La primera ciudad del Perú en sancionar el nuevo delito de sicariato", en *Perú 21*, Lima: 04 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1rupQi3>.

5 "Problemas con el 'nuevo' Delito de Sicariato: ¿Es una verdadera "herramienta persuasiva contra el crimen?", en IUS 360, 2 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1rupQi3>.

6 FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, p. 105.

7 "Alejandro Trujillo Ospina condenado a 35 años de prisión por crimen de Myriam Fefer. "Payaso" fue el autor material del crimen. Se fijó una reparación civil de 900 mil nuevos soles en favor de los herededos de la fallecida. El sicario colombiano Alejandro Trujillo Ospina, alias 'Payaso', fue sentenciado a 35 años de prisión por el crimen de la empresaria Myriam Fefer. Así lo dictaminó esta tarde el Poder Judicial Peruano, quien

expresa dentro de nuestro ordenamiento jurídico, se le busca darle autonomía, independencia y con regulación propia, al ser desprendido o individualizado esta forma delictual del tipo penal de asesinato, a pesar de que el bien jurídico o interés de relevancia penal a proteger sigue siendo la misma vida humana independiente[8].

Es falso sostener que si no se ordenaba la incorporación del nuevo tipo penal de sicariato al Código Penal, tal comportamiento se mantendría en impunidad[9], aseveración que más bien implica ser la concretización del populismo penal. Conforme lo señala la doctrina nacional, con la nueva regulación no se avanza, como se ha repetido con triunfalismo ingenuo en la represión de dicho fenómeno antisocial[10]. En ese sentido, cabe afirmar que los partícipes de la dación de esta norma han tenido pírrico, y han dicho que con esto se disminuirá la delincuencia: a ellos hay que decirles que el derecho penal no es el más indicado para solucionar problemas[11].

---

señaló que el extranjero es autor material del cruel crimen perpetrado hace poco más de seis años. "Condenar a Alejandro Trujillo Ospina, o Hugo Armando Trujillo Ospina como autor del delito contra la vida, el cuerpo y la salud, homicidio calificado por lucro en agravio de Myriam Fefer", leyeron en el dictamen. La pena de Trujillo Ospina terminará el 11 de noviembre del año 2044. Cabe indicar que además el tribunal condenó a 30 años de prisión a la hija de la empresaria, Eva Bracamonte y absolvió a Liliana Castro Manarelli, su ex pareja". *Vid.* La República "Alejandro Trujillo Ospina: La última carta contra Ariel Bracamonte", en *La República*, Lima: 11 de octubre del 2012. Recuperado de <http://bit.ly/1T9fH0j>:

8 Pérez López, Jorge A., "El delito de sicariato incorporado al Código Penal mediante el Decreto Legislativo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal,* n.º 75, Lima: Editorial Gaceta Jurídica, setiembre del 2015, p. 14.

9 En ese mismo sentido crítico se encuentra Alejos, Eduardo, "¿El sicariato como delito autónomo?", en *IUS 360,* 27 de marzo del 2015. Recuperado de <ttp://bit.ly/1WlRx7T>. "En vista de lo apuntado, no podemos compartir la idea expuesta en la presente propuesta de ley con relación a la supuesta falta de regulación o prohibición del homicidio por precio o recompensa remuneratoria ni, por tanto, la afirmación de que a raíz de ello se ha generado un clima de impunidad, toda vez que el *crimen sicari* sí es una circunstancia desvalorada al interior de nuestro sistema jurídico. [...] Si a ello, como hemos indicado, sumamos el que cegar la vida de una persona a cambio de una recompensa remuneratoria ya se encuentra tipificado, se concluirá nuevamente que no es necesaria una nueva regulación del *crimen sicari* ni mucho menos pretender justificar tal propuesta recurriéndose al argumento de una situación de excesiva inseguridad que requiere de medidas de emergencia".

10 En este sentido crítico se encuentra el profesor Hurtado Pozo, José, "Breves anotaciones al margen del D. Leg. N.º 1181, relativo al delito de sicariato", en *Actualidad Penal,* vol. 15, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, p. 34.

11 Francisco Rodríguez, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal,* art. cit., p. 107.

Dentro de los diversos y variados proyectos de ley que han existido a fin de poder incorporar el delito de sicariato a nuestro ordenamiento jurídico penal, en resumen, se han manejado tres ideas centrales[12]:

a) La creencia errónea de que tal delito no está previsto en nuestro sistema jurídico penal.

b) Al no estar previsto en nuestro catálogo penal se genera impunidad para los sicarios y los autores intelectuales; y por ello el aumento de los asesinatos en nuestro país.

c) Se considera que las penas para el asesinato por lucro son muy bajas y en consecuencia, deben incrementarse en la creencia también errónea de que las penas ejemplares o altas tienen efectos disuasivos.

A pesar de lo señalado y criticado, es pertinente sostener que una de las particularidades del sicariato es que la relación víctima/victimario es indirecta, viéndose atravesada por la figura de terceros (intermediarios y sicarios), bifurcándose la relación entre perpetrador intelectual y perpetrador material, lo que revela una diferencia organizativa de roles[13].

II. EL APARENTE Y SUPUESTO CONFLICTO NORMATIVO ENTRE EL TIPO PENAL DE SICARIATO CON EL TODAVÍA VIGENTE TIPO PENAL DE ASESINATO POR LUCRO

Para un respetable sector de la doctrina nacional, es muy discutible que se mantenga regulado y en vigencia, en forma paralela, tanto el novedoso delito de sicariato como el delito de homicidio calificado por lucro, ya que ello llevaría al juzgador a aplicar al momento de sentenciar, en ese dilema, la norma penal más favorable al reo[14], siendo en el caso, en concreto, el tipo penal de homicidio calificado por lucro cuya pena privativa de la libertad en su extremo máximo es

12 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal,* art. cit., p. 45. Este mismo autor, hace expresa mención de que el aumento de homicidios cometidos o realizados por sicarios en nuestro país no es producto de la falta de regulación en el Código Penal, toda vez que los supuestos delictivos de homicidio por medio de sicarios ya estaba regulado en el artículo 108.1 del Código Penal de 1991.

13 En este sentido se encuentra DELGADO CASTRO, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal,* vol. 15, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, p. 96.

14 Conforme al artículo 139.11 de la Constitución, es un principio y derecho de la función jurisdiccional, la aplicación de la ley más favorable al procesado en caso de duda o de conflicto entre leyes penales.

de 35 años, siendo la pena definitiva de la cadena perpetua para el supuesto de hecho del sicariato con la presencia de alguna de sus circunstancias agravantes específicas, de modo que el sicariato y sus agravantes perderían eficacia punitiva[15], reclamándose por ello, como medida de corrección, la derogatoria de la modalidad por lucro del asesinato[16], a fin de que no exista conflicto en la aplicación normativa[17]. Esto quiere decir que quizás por descuido o improvisación, la aplicabilidad del delito de sicariato está en juego, por lo que, tal cambio, podría no servir para nada[18], siendo la inserción del artículo 108-C en el Código Penal calificada como superflua[19].

Se busca señalar que la incorporación del mal delito de sicariato es burda debido a que la fórmula legislativa en lugar de establecer en forma clara cuál es el contenido del delito que se pretende establecer, genera confusión con el delito de asesinato por lucro, siendo además incoherente porque su contenido ya está regulado en el artículo 108.1 del Código Penal, siendo que los sicarios o asesinos a sueldo y aquellos que contratan sus servicios, siempre han sido procesados y sancionados, de modo que con la dación del Decreto Legislativo N.º 1181, se señala que actualmente en nuestro sistema jurídico tenemos dos artículos del Código Penal que regulan y sancionan con penas diferentes una misma conducta delictiva, circunstancia lamentable que va a ocasionar que el buen operador jurídico, aplicando el principio de favorabilidad, seguirá invocando el asesinato por lucro por cuanto la pena es menor, por lo que, el delito de sicariato no conseguiría los fines por los cuales ha sido dado[20].

---

15 *Vid.* Caro Coria, Carlos, "Necesarias correcciones del delito de sicariato. A propósito de la reciente modificación al Código Penal", en *La ley*, Lima: 30 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1VxEGAp>.

16 *Vid.* Salinas Siccha, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 40. Salinas Siccha sostiene que lo que debió hacer es modificar el contenido del artículo 108 del Código Penal a fin de poder excluir de su catálogo de agravantes al homicidio por lucro.

17 *Vid.* "Problemas con el 'nuevo' delito de sicariato: ¿Es una verdadera 'herramienta persuasiva' contra el crimen?", en *IUS 360*, 2 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1YFNWCl>. Se apunta que entre el tipo penal de sicariato con respecto al tipo penal de homicidio por lucro existe identidad de hecho, por lo que los jueces tendrían confusión en la norma a aplicar, siendo que en esa duda tendría que aplicarse la que más favorezca al procesado, proponiéndose para ello la derogación del delito de homicidio por lucro.

18 *Vid.* "Para que no te engañen: todo sobre el 'nuevo' delito de sicariato", en *Altavoz*, Lima: 31 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1ruvQrb>.

19 Hurtado Pozo, José, "Breves anotaciones al margen del D. Leg. N.° 1181, relativo al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 35.

20 En este sentido crítico se encuentra Salinas Siccha, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., pp. 38-40.

En ese mismo sentido crítico con respecto a la incorporación del nuevo tipo penal de sicariato, se hace mención que las propuestas nacionales también son inconsecuentes en relación con los modelos que sus autores afirman seguir, ya que, por ejemplo, en el Código Orgánico Integral Penal del Ecuador, en el que si bien se encuentra regulado en su artículo 143 el delito de sicarito, en lo que se refiere a la regulación del delito de asesinato en su artículo 140, este ya no prevé la modalidad o circunstancia del actuar por lucro, situación jurídica similar que se puede constatar en Venezuela, fuentes foráneas que deben haber sido consideradas por los redactores del Decreto Legislativo N.º 1181, siendo una lástima que no las hayan comprendido bien, pues los resultados hubieran sido mejores[21]. Es un proceder básicamente simbólico y que en principio no garantiza una mayor protección de los bienes jurídicos fundamentales afectados, incorporar al Código Penal una norma, como nueva, ya existente, solo por el mayor efecto retórico que ello tiene[22].

Debe recordarse que antes que se incorpore al ordenamiento jurídico penal nacional el tipo penal de sicariato, la doctrina nacional especializada sostenía que el delito de homicidio por lucro podría configurarse en dos modalidades: primero, cuando una persona, actuando por una compensación económica y a pedido de un mandante, da muerte a su víctima; y, segundo, cuando el sujeto activo guiado por la obtención de un beneficio patrimonial, unilateralmente, toma la decisión de segar la vida de su víctima[23]. Conforme a esta concepción jurídica, el homicidio por lucro podía ser entendido más allá de que exista o no una previa orden, encargo o acuerdo, abarcando modalidades unilaterales.

A pesar de lo que un respetable sector de la doctrina nacional sustenta, consideramos que, por el principio de especialidad, estaremos ante un supuesto de sicariato cuando la muerte sea consecuencia de un acto anterior que la motiva: una orden, un encargo o un acuerdo con un tercero, por lo que, en sentido contrario, estaremos ante un homicidio por lucro o codicia cuando el autor realiza el ilícito sin esa orden, encargo o acuerdo con tercero, sino para beneficiarse personalmente de la muerte de la víctima[24]. En esa línea de ideas,

---

21 En este sentido crítico, HURTADO POZO, José, "Breves anotaciones al margen del D. Leg. N.° 1181, relativo al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 36.

22 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 41

23 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., pp. 49 y 50.

24 PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., "El delito de sicariato incorporado al Código Penal mediante el Decreto Legislativo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, art. cit., p. 16. Sin embargo, este mismo autor, en forma que consideramos contradictoria, sostiene en la página 19,

es posible sostener que ambos tipos penales, a la fecha y de *lege lata*, pueden mantener su vigencia y su aplicación autónoma para supuestos distintos, por lo que, no es tan cierto que estos delitos regulen la misma conducta delictiva, no siendo que sea necesario la derogación de la circunstancia del homicidio por lucro que forma parte integrante del tipo penal de asesinato.

Lo característico del sicariato es la presencia de un mandante y un mandatario, cuya relación se establece mediante una orden, encargo o acuerdo en virtud a los cuales se da muerte a un tercero a cambio de una ventaja, principalmente económica. Si bien el sicariato, en su sentido estricto, contiene un elemento económico, la reciente introducción como tipo penal autónomo estipula que también el asesinato por el sicario puede darse en búsqueda de un beneficio de cualquier índole, lo que amplía sobremanera la figura del sicariato[25].

Dentro de la historia evolutiva de nuestra legislación penal, debe recordarse que el Código Penal de 1863, siguiéndose para ello la legislación española, reguló expresamente, como una modalidad del homicidio calificado, el homicidio por precio recibido o recompensa estipulada, sin embargo, con el posterior Código Penal de 1924, ensanchándose la figura penal, reguló el asesinato por lucro, figura penal que, como bien se sabe, es reiterada con el todavía vigente Código Penal de 1991. A pesar del cambio legislativo mencionado, debe hacerse mención que tanto en la doctrina especializada como en la línea jurisprudencial que se venía asumiendo, se seguía interpretando y aplicando el asesinato por lucro, que es un supuesto que abarca mayores modalidades delictivas, como si todavía existiera el reducido homicidio por precio. Debe entenderse que con la regulación actual del delito de sicariato se ha buscado regular de nuevo en forma taxativa el homicidio por precio, pero con la posibilidad de que el sicario tenga fines distintos al económico, identificado como aquel propósito de otra índole, por lo que, la existencia todavía del homicidio por lucro deberá ser aplicada a supuestos concretos, ya que la bilateralidad y la unilateralidad es lo que podrá identificar y distinguir a estas figuras penales: mientras que el sicariato tiene como naturaleza la bilateralidad, en la cual el mandante establece una relación con el mandatario a fin de quitar la vida a un tercero, la cual se construye a partir de los verbos como "orden", "encargo" y "acuerdo", que pueden existir

---

lo siguiente: "El legislador no ha derogado el homicidio por lucro en el artículo 108 del Código Penal. Si subsisten el homicidio por lucro y asesinato, entonces el juez, conforme a los principios de favorabilidad o *in dubio pro reo*, deberá aplicar la norma más beneficiosa, la que implique menor sanción, de modo que el sicariato y sus agravantes podrían perder eficacia punitiva".

25 Francisco Rodríguez, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 107.

como eslabones intermediarios. En el asesinato por lucro, no hay mandante ni mandatario, solo hay un interesado movido por el lucro, como el caso de dar muerte a otro para evitar pagar una deuda, librarse de una carga económica, eliminar al competidor, economizar gastos de orfanato[26].

Conforme se explica, hasta antes de la incorporación a nuestro Código Penal del tipo penal de sicariato, el tipo penal de homicidio por lucro podría ser aplicado e interpretado, por su amplitud, en sus dos posibilidades: la muerte por acción directa de aquel que desea el término de la vida del sujeto pasivo por motivos económicos y afines, esto es, sin que exista previo pacto; y, por acción indirecta, a través de la acción de tercero denominado asesino a sueldo en el que efectivamente sí existe la necesidad de un pacto o acuerdo previo[27].

Insistiéndose en la posibilidad razonable de distinguir los tipos penales de homicidio por lucro (incluyéndose a la codicia) con el sicariato, se debe afirmar que el homicidio por lucro admite el comportamiento delictivo de ser ejecutado-consumado en forma personal y directa por el agente, sin que exista la necesaria presencia de un sujeto sicario a quien se le haya ordenado, encargado o acordado una muerte, pudiéndose matar con interés crematístico en la forma de autoría directa o inmediata.

Es por ello, que al configurar al sicariato como un delito autónomo, diferente a las otras formas de homicidio por lucro, por el principio de especialidad, no resulta ser necesario el derogar a este último tipo penal, como lo han propuesto algunos autores[28], que sin perjuicio de entender que hasta antes de la incorporación de este novedoso tipo penal, era una forma o manifestación delictiva del homicidio por lucro.

Encontrar y describir la diferenciación existente, busca en realidad hacer entender, una vez más, lo que significa que no debería eliminarse del artículo 108.1 del Código Penal el termino lucro sino concretizar a qué modalidad delincuencial de dar muerte por lucro nos estamos refiriendo, en donde si eliminamos el término lucro del artículo 108.1 del Código Penal, esta conducta criminal no

26 En ese sentido y en esa línea explicativa, FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., pp. 115-117.

27 VILLAR RAMÍREZ, Manuela Rosana, "El delito de sicariato: comentarios al D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, p. 130.

28 *Vid.* DELGADO CASTRO, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 93. Este mismo autor apunta que no debe confundirse asesinato por lucro y sicariato, ya que no estamos ante el mismo delito, porque el primero tal como se encuentra tipificado en el Código Penal, no solo venía comprendido al segundo, sino también, a otras modalidades delictivas que tienen motivaciones de carácter patrimonial.

calzaría en el sicariato y quedaría impune desde el punto cualitativo de la sanción penal, por lo que, con la existencia de ambas normatividades penales que hoy existen y que pueden "vivir en paralelo", se debería entender que el homicidio por lucro no necesita la presencia de un intermediario para causar la muerte, dado que no existe pacto, encargo o acuerdo porque de existir pacto, convenio o acuerdo, ingresamos al tipo penal de sicariato con sus modalidades agravantes, porque tampoco es lo mismo un asesinato por lucro sin pacto que un asesinato con pacto que ha hecho dar muerte a otros su modo de vida, siendo que se debe utilizar el principio de especialidad para superar el concurso aparente, en el caso que en el supuesto de hecho o fáctico se plantee el acuerdo entre el instigador y el sicario con fines de dar muerte al sujeto pasivo, activándose el artículo 108-C del Código Penal[29].

En conclusión de este apartado, podemos sostener que el tipo penal de sicariato, dependiendo del punto de vista que se le pueda otorgar, podría ser o no un tipo penal especial con respecto al delito de homicidio por lucro, con base en los siguientes considerandos:

- Desde el punto de vista de la tipicidad subjetiva (tendencia interna trascendente), el homicida por lucro debe matar exclusivamente con la finalidad o móvil de poder obtener una ventaja económica-patrimonial, en tanto que el sujeto sicario, conforme al tipo penal de sicariato, puede matar con la finalidad de poder obtener una ventaja más allá de lo económico. Con esta diferenciación subjetiva, el tipo penal de sicariato es más amplio que el tipo penal de homicidio por lucro, por tener esta última modalidad delictual una finalidad más concreta o específica.
- Desde el punto de vista de la tipicidad objetiva, el homicida por lucro debe matar sin la necesaria presencia de la previa orden, encargo o acuerdo, en tanto que, conforme al tipo penal de sicariato, esta última muerte debe ser consecuencia de la previa orden, encargo o acuerdo. Con esta diferenciación objetiva, el tipo penal de sicariato es más específico o especial con respecto al tipo penal de homicidio por lucro[30].

---

29 Véase el interesante aporte académico de VILLAR RAMÍREZ, Manuela Rosana, "El delito de sicariato: comentarios al D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., pp. 130 y 131.

30 *Vid.* PERÚ 21 "Ley del sicariato: ¿Una solución novedosa o un saludo a la bandera?", en *Perú 21*, Lima: 03 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/24fBBGY>. "Para el Dr. Carlos Caro, el primer problema que presenta la norma es que ahora existe un conflicto entre dos figuras penales que sancionan la misma conducta: homicidio por lucro y sicariato. Agrega que el legislador olvidó eliminar el artículo sobre homicidio

III. LA ESTRUCTURA TÍPICA DEL DELITO DE SICARIATO

1. La estructura de la tipicidad objetiva del delito de sicariato

Si bien este delito adquiere la relevancia de ser un delito común o de carácter impersonal (delito de dominio), ya que para ser considerado autor no se requiere la presencia de alguna cualificación que la distinga, debe hacerse mención que conforme a la estructura típica del novedoso delito de sicariato en su parte objetiva, más allá de su resultado típico o del momento de la consumación formal (el matar a otro como parte del desvalor del resultado), será necesario vincular o relacionar este resultado típico con la previa existencia de una orden, encargo o acuerdo (desvalor de la acción), medios que no difieren de los que el instigador emplea para motivar a una persona a que cometa un delito, ya que el instigador es el tercero que convence, persuade, impulsa al autor material del delito y es reprimido, en principio, con la misma pena que el instigado[31].

Similar a lo que se ha sostenido, el mandante o contratante del sicariato podrá ser cualquier persona, no requiriéndose alguna cualidad o elemento especial, el mismo que dependiendo del verbo rector materializado será calificado como instigador o como coautor[32]. En ese sentido, cabe afirmar que la figura del sicario no solo emerge a través de organizaciones criminales y es que los asesinos a sueldo pueden ser contratados también por personas de modo individual[33].

Por orden se entiende como un mandato que se debe obedecer, observar y ejecutar; aquí nos estamos refiriendo a una disposición en donde prima la je-

---

'por lucro', como así lo planteaba el proyecto de ley presentado por el congresista Norman Lewis. Cuando dos normas penales son aplicables al mismo supuesto, los jueces tienen que preferir aquella que sea más favorable para el reo. En este caso, aplicaría el "homicidio por lucro" que tiene una pena menor, mas no el 'sicariato'. Por eso, Caro recomienda que el Ejecutivo elimine esta última figura. No obstante, esto depende de la interpretación que haga el juez. Por eso, el Dr. Nakazaki explica que podría tratarse de un conflicto aparente. Es decir, que dos normas dan la impresión de entrar en un conflicto que, en realidad puede resolverse aplicando el principio de especialidad. Es decir que se prefiera aplicar una norma especial por sobre una norma general. No importa que ambas modalidades de homicidio tengan un móvil económico, ya que si existe un 'encargo, orden o acuerdo', deberá aplicarse la figura del sicariato por ser una conducta más específica".

31 HURTADO POZO, José, "Breves anotaciones al margen del D. Leg. N.° 1181, relativo al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., pp. 34 y 35.

32 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 53.

33 VILLAR RAMÍREZ, Manuela Rosana, "El delito de sicariato: comentarios al D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 126.

rarquía, el sicario sería un mero ejecutor que tiene que cumplir con el precepto de un ente superior. Por encargo, debemos entender la encomienda, la solicitud bajo responsabilidad de matar a la víctima de parte del mandante respecto del sicario; mientras que al acuerdo se entenderá como el convenio realizado entre el mandante y el sicario, consistente en matar a una persona. Tanto en la orden, en el encargo como en el acuerdo puede existir la participación de un intermediario[34].

Además, la doctrina penal especializada con respecto al contenido de lo que debe entenderse por ordenar, encargar o acordar, asume y entiende de la siguiente manera[35]:

- Cuando el mandante ordena matar al sicario: Esto implica que nos encontramos en una situación en la que tenemos dos flancos: alguien que da la orden, y quien la obedece y ejecuta; de modo que, no cualquier sujeto cumple orden, sino solo aquel que está subordinado a quien le da, situación que solo puede darse en una situación de subordinación, y este tipo de relaciones las encontramos en las relaciones laborales, militares y policiales, en fin, donde haya una organización jerárquica, sea legal o ilegal. En buena cuenta, las relaciones de subordinación esencialmente pueden darse en entidades organizadas conforme a derecho, y las organizadas antijurídicamente. En este caso para que se ejecute la orden no necesariamente media la retribución por ello, pues la orden puede ejecutarse por estar dentro de la criminalidad organizada muy estricta, donde pueden intervenir razones como la venganza o el interés de sobresalir en el grupo y ascender en la jerarquización o en todo caso mostrar al jefe su capacidad de fidelidad o para ganarse el respeto del mismo. Se debe tener en cuenta que, sin perjuicio del tipo penal base que admite la modalidad del sicario que mata a otro por existir una previa orden del mandante, dentro de las circunstancias agravantes específicamente previstas se encuentra aquella que sostiene que la muerte se debe para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal.
- Cuando el mandante encarga matar al sicario: En este caso, una persona que se encuentra interesada en matar a alguien, pide a un tercero que le haga el servicio de matar, existiendo aquí una transferencia o

34 PÉREZ LÓPEZ, Jorge A., "El delito de sicariato incorporado al Código Penal mediante el Decreto Legislativo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, art. cit., p. 14.

35 En ese sentido, véase el interesante aporte académico de FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., pp. 107-109.

traslado de funciones, donde la función de matar le corresponde al que retribuido, porque precisamente se le retribuye para que cumpla el encargo, existiendo así, una relación esencialmente horizontal. Aquí el ejecutor tiene la plena libertad de hacerlo o no hacerlo, no como la orden, donde se tiene que obedecer y ejecutar.

- Cuando el mandante acuerda con el sicario para que mate: En este supuesto el acuerdo implica la existencia de una relación horizontal, en la que las partes se encuentran en el mismo plano.

De acuerdo a lo que se explica, será necesario probar que la muerte sea consecuencia de un acto anterior que lo motiva: una orden, un encargo o un acuerdo con un tercero[36], condición objetiva previa que supone una primera etapa de negocio o pacto ilícito en el que deben mínimamente figurar el contratante y el sicario, sin embargo en el establecimiento de la relación ilícita es común la intervención de un intermediario conforme a mínimas situaciones de materialidad de la ejecución sin la identificación del contratante, siendo factible la presencia de instigadores y colaboradores adicionalmente a los sujetos antes descritos[37], acto anterior que no será necesario probar ni que exista cuando se atribuya un homicidio bajo la circunstancia agravante de la codicia[38]. Así, deberá entenderse que un homicidio será considerado por codicia cuando exista apetito desmesurado de riqueza, es decir, cuando el agente obra con un deseo inmoderado o desordenado de obtener, a través del homicidio de la víctima, dinero, bienes o *in extremis* también distinciones o condecoraciones de orden honorífica, que

36 *Vid.* "7 claves para entender el nuevo delito de sicariato. Ilícito presenta seis modalidades agravadas", en *La Ley*, Lima: 30 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1FmqeoB>.

37 Villar Ramírez, Manuela Rosana, "El delito de sicariato: comentarios al D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 127.

38 Por medio de la Ley N.° 30253 del 24 de octubre del 2014, se ha decidido incorporar al Código Penal, como una nueva modalidad de asesinato, la circunstancia agravante de la codicia. En la doctrina nacional. *Vid.* se hace mención de que existe equilibrio o que se toma como igual al móvil del lucro con la codicia, complicándose la solución entre el asesinato por lucro y el de codicia, tomándose también la codicia como manifestación del animus de lucro. Francisco Rodríguez, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 110, cita 6, citando a los profesores nacionales José Hurtado Pozo y Felipe Villavicencio Terreros, posteriormente, este mismo autor, citando a José Hurtado Pozo, detalla que en el Código de 1924 se regula el asesinato por lucro, traducción de *cupidité* (francés) o *habgier* (alemán), que en verdad significa codicia, pero al castellano se tradujo erróneamente como lucro, lo cual ha hecho que nuestro legislador ahora cuente con asesinato con lucro y el asesinato por codicia, como móviles diferentes.

en vida hubiera correspondido a la víctima, como una característica espiritual del autor, vale decir, por su inclinación exagerada al lucro[39].

No todo acto homicida que realice un sicario deberá ser considerado delito de sicariato, sin perjuicio de poder subsumir tal comportamiento en otra modalidad de homicidio (asesinato, feminicidio, homicidio simple), como cuando un sicario decide matar a una dama por el simple de hecho de que no le acepte la invitación de bailar una pieza musical en una fiesta, o cuando decide matar a un varón que lanzó un piropo o una mirada acosadora a su pareja que le acompañaba.

Si bien, en principio, el tipo penal sanciona la conducta homicida que realiza el sicario encargado, ordenado o acordado, sin embargo, dentro de la misma normatividad se hace expresa mención que la misma pena corresponderá a la persona que ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario, en donde si bien podría existir un debate académico con el objetivo de poderse establecer y delimitar si esta persona que ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario, por la forma de su intervención delictiva, es un autor, un instigador o un cómplice[40], consideramos que, tomando posición sobre el tema, la responsabilidad penal de este interviniente en el tipo penal de sicariato está supeditada al comportamiento con relevancia penal que realice el sicario ordenado, encargado o acordado, ello de acuerdo a los principios de unidad del título de la imputación (unidad de la calificación jurídica) y accesoriedad limitada de la participación (participación accesoria siguiendo la suerte de la autoría principal)[41].

---

39 *Vid.* "Nuevo delito de asesinato por codicia: 5 datos clave que debes saber. Además de la eliminación del homicidio por envenenamiento", en *La Ley*, Lima: 24 de octubre del 2014. Recuperada en <http://bit.ly/1LSsIHS>.

40 Poniendo como punto académico a debatir se encuentra "7 claves para entender el nuevo delito de sicariato. Ilícito presenta seis modalidades agravadas", en *La Ley*, Lima: 30 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1FmqeoB>: "La pregunta es si es que estas conductas configuran actos de autoría o, por el contrario, deben entenderse como instigación o complicidad. Lastimosamente el tipo penal no aclara esta duda. Ahora bien, esta interrogante no es meramente teórica, pues la respuesta podría determinar que quien encarga u ordena el delito puede ser pasible de una pena pese a que el hecho (la muerte del sujeto pasivo) no se llegue a cometer".

41 Perú 21 "Ley del sicariato: ¿Una solución novedosa o un saludo a la bandera?", en *Perú 21*, Lima: 3 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/24fBBGY>. "Además de agravar las penas, esta nueva ley señala que quien [...] ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario, será sancionado con la misma pena. Según el penalista César Nakazaki, esto significa un cambio respecto del homicidio por lucro, ya que bajo esta figura se sanciona al instigador —quien contrata al sicario— con una pena menor a la del sicario, aunque dentro del rango establecido por ley (15 a 35 años).

Asumimos que para que responda penalmente la persona que ordena, encarga o acuerda el sicariato por el tipo penal de sicariato, que es un delito de resultado de lesión, el sicario tiene que haber iniciado la ejecución del acto homicida, cuyo actuar tiene que haber quedado por los menos en grado de tentativa. Consideramos que asumir la posición académica de castigar penalmente, dentro del tipo penal de sicariato y con sus respectivas penas, la sola conducta de ordenar, encargar, acordar un sicariato o el de actuar como intermediario, esto es, en forma independiente o autónoma a que el sicario haya o no realizado la conducta homicida ordenada, encargada u acordada, seria afectar los principios de lesividad y de proporcionalidad de las penas:

- La afectación del principio de lesividad o de ofensividad se presentaría porque no puede tener la misma relevancia penal el solo hecho de ordenar, encargar o acordar un sicariato, supuesto en el que ni siquiera se ha puesto en peligro concreto el bien jurídico vida humana independiente, salvo el de tranquilidad o seguridad pública, como cuando el sicario, conforme a lo previamente acordado y motivado, mata a una persona, supuesto último en donde el bien jurídico vida humana independiente si se encontraría totalmente vulnerado.
- La afectación del principio de proporcionalidad de las penas se presentaría, ya que castigar con las mismas penas el solo acto de ordenar, encargar u acodar un sicariato, así el sicario ordenado, encargado u acordado no haya cumplido con lo previamente comprometido, sería extremada e inconstitucionalmente excesivo. Conforme se hizo mención en líneas anteriores, en el tipo penal de sicariato la pena privativa de la libertad podría llegar hasta la pena definitiva de la cadena perpetua, por lo que sería un exabrupto castigar con esta pena para el sujeto que solo ordene, encargue o acuerde el sicariato así la muerte no se llegue a cometer.

Por tanto, consideramos que cuando la norma penal señala que la misma pena corresponderá a la persona que ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario, no debe ser asumido e interpretado como una forma o manifestación de adelantamiento de la barrera de protección estatal (Derecho Penal del enemigo). En todo caso, el hecho de que el sicario ordenado, encargado o acordado no cumpla con lo previamente comprometido y motivado, tal podrá ser subsumido en tipos penales alternativos que puedan configurarse en cada caso en concreto (Ejemplo: conspiración para el sicariato, en tanto se haya

Para Caro, esto no es una novedad, ya que el artículo 24 del Código Penal indica que el instigador recibe la misma pena que el autor".

participado en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato; marcaje o reglaje, en tanto se hayan realizados actos de seguimiento, vigilancia, acopio o entrega de información con finalidad delictiva; tenencia ilegal de armas, mientras se posea en forma ilegítima un arma o munición, etc.). En este caso, la punición del intermediario y del que contrata o paga por los servicios del sicario, gira en torno a la condición de sicario que tena el que ejecuta el homicidio[42].

Además, cabe señalar que cuando se describe que la misma pena corresponderá a la persona que ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario, es pertinente resaltar que legislador no ha introducido en forma expresa el elemento finalístico de la tendencia interna trascendente, esto es, el "[...] para cometer sicariato [...]", como sí existen en otros tipos penales[43], que nos hubiese permitido entender que tal orden, encargo o acuerdo sí deberían ser entendidos como un adelantamiento a la barrera de punibilidad por significar ser verbos rectores de consumación formal. Además, esta identidad en la punibilidad deberá entenderse en términos de la determinación legal de la pena (pena básica) y no a la determinación judicial de la pena (penal individualizada o concreta).

Si bien el sicario, también conocido como matón a sueldo, asesino por encargo, asesino remunerado, profesional de limpieza humana, es la persona que mata por existir una previa orden, encargo o acuerdo, con el objeto de recibir una compensación económica o de otra índole, este delito se constituye por lo general sobre la base de un conjunto organizado de al menos cuatro actores explícitos: el contratante, el intermediario, el ejecutor y la víctima[44].

Con respecto al intermediario cabe señalar que es aquella persona que funde de puente, de enlace y/o contacto, entre el sicario y quien tiene la intención de contratarlo; algunas veces, el demandante del servicio no estará en condiciones de entablar comunicación directa con el sicario, por lo que se valdrá de una

42 Delgado Castro, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal,* art. cit., p. 94.

43 En el artículo 152 del Código Penal se sanciona penalmente a la persona que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de secuestro, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio (aporte intelectual), o que proporcione deliberadamente los medios para permitir su perpetración (aporte material). En el artículo 200 del Código Penal se sanciona penalmente a la persona que, con la finalidad de contribuir a la comisión del delito de extorsión, suministra información que haya conocido por razón o con ocasión de sus funciones, cargo u oficio (aporte intelectual), o que proporcione deliberadamente los medios para permitir su perpetración (aporte material).

44 Salinas Siccha, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal,* art. cit., pp. 52 y 53.

interpósita persona o, simplemente, para no ver revelada su identidad hará uso de un tercero, igual será en el caso del sicario, de viabilizar el contacto con el demandante del servicio, a través de un intermediario[45]. Este intermediario es el nexo entre mandante y el sicario, cuya función es la de contactar y/o contratar al asesino por encargo del mandante para que asesine a una tercera persona (víctima)[46].

Retomando el punto de esta nueva normatividad penal, cuando se detalla que las mismas penas se deben imponer a quien ordena, encarga, acuerda el sicariato o actúa como intermediario, debe apreciarse que tal regulación concreta no deben ser valoradas o tomadas en cuenta como una redundancia de las normas de la Parte General del Código Penal, con respecto a la participación delictiva (instigación y complicidad), es decir, como si fuera algo inútil o innecesario, ya que el tipo penal de sicariato en vez de ser considerado, a simple vista, un tipo penal sencillo, en solo intervendrían en forma exclusiva el mandante, el mandatario y el intermediario, es más bien un tipo penal complejo, ya que es posible que la profusa y amplia realidad nos presente que en un caso en concreto exista la intervención de una cadena de sujetos, como el supuesto de la instigación en cadena, en donde el legislador por conveniencia político criminal y por evitar la impunidad, ha tenido que fijar la misma pena a todas las formas de participación dentro de la cadena o pluralidad de intervinientes, no existiendo siempre una relación directa o inmediata entre el mandante y el mandatario, sino que es posible la existencia de varias personas que actúen como intermediarios, por lo mismo que no existe el delito de instigación sino la instigación al delito, pues cuando un interesado se contacta con un intermediario, si bien determina a este, pero este no comete un hecho punible[47].

Por otro lado, es posible aceptar la comisión de este delito por omisión impropia, por ejemplo, si se le pagara u ofreciera un beneficio de cualquier tipo a un enfermero para que no brinde los medicamentos necesarios que requiere una paciente para sobrevivir, con la finalidad de que pierda la vida. En este caso, el sicario tendría una posición de garante[48].

45 Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, p. 86.

46 Delgado Castro, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 96.

47 En este términos se pronuncia, Francisco Rodríguez, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 111.

48 Pérez López, Jorge A., "El delito de sicariato incorporado al Código Penal mediante el Decreto Legislativo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, art. cit., p. 14.

2. La estructura de la tipicidad subjetiva del delito de sicariato

Siendo un delito de estructuración dolosa el tipo penal de sicariato, debe entenderse que no se admite ni se encuentra expresamente regulado en su modalidad culposa, sin perjuicio de entender que tal actuar delictivo pueda redefinirse en el tipo penal de homicidio culposo, es decir, dentro de un tipo penal alternativo y/o subsidiario. El ejemplo sería el caso de aquella persona que siendo sicario, en un día cualquiera al manejar su vehículo y al pasarse la luz roja en forma imprudente (imputación del comportamiento), trae como consecuencia la muerte del peatón (imputación del resultado), debiendo por ello responder penalmente por el mencionado delito de homicidio culposo.

Por otro lado, debe hacerse mención que la tipicidad subjetiva del tipo penal de sicariato, además del elemento dolo, que clásicamente es entendido como el conocimiento y voluntad de realizar los elementos que conforman la tipicidad objetiva, es decir, conocer y querer matar a otro por existir previa orden, encargo o acuerdo, o también entendido como el conocimiento y voluntad tanto de la imputación del comportamiento (ordenar, encargar o acordar una muerte) como de la imputación del resultado (muerte), el legislador ha agregado, como un elemento subjetivo adicional al dolo, la tendencia interna transcendente del propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole (finalidad), en el que si bien ello no forma parte de su estructura objetiva ni de su consumativa material, será necesario probarse que la persona que decidió matar tenía el propósito de obtener una ventaja económica o no económica. Con ello, no se debe confundir el tipo objetivo del delito de sicariato, con los objetivos del delito de sicariato.

Conforme a lo que se explica, el sicario brinda el servicio ilegal de dar muerte a una persona a cambio, normalmente, de poder obtener una contraprestación patrimonial, que puede concurrir con otros móviles o motivaciones que no necesariamente se corresponde con la motivación del intermediario y del que contrata al sicario, siendo que estas últimas personas pueden tener como motivaciones intereses de venganza, afán de lucro, control de una plaza o mercado, ambiciones políticas o móviles caseros u ordinarios como celos, odio, etc.[49]. En esos términos, el que contrata a un sicario no necesariamente deberá compartir los mismos o similares intereses-motivaciones, sean económico o no, con el sicario, por lo que, es posible que exista en un caso concreto interés patrimonial por parte del sicario e interés extra-patrimonial por parte del contratante.

49 Delgado Castro, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal,* art. cit., p. 92.

Un dato interesante es el hecho de que el sujeto activo de este delito, en este caso el sicario, no solo podría tener el propósito de querer la obtención de un beneficio de carácter económico, sino que tal beneficio a obtener también podría ser de otra índole o naturaleza. Bajo esa línea de ideas y conforme a lo regulado por nuestro legislador, podría ser sicario y por tanto cometer el delito de sicariato, aquella persona que cometa el delito con el propósito de obtener un beneficio sexual, económico o laboral, que sin perjuicio de lo señalado previamente, sería una forma de poder diferenciar y de marcar distancia entre el delito de sicariato con el homicidio por lucro. Además de lo señalado, podemos citar como ejemplo los siguientes casos: cuando el sicario da muerte a la víctima con el propósito de seguir perteneciendo a la organización criminal, cuando el sicario da muerte a su víctima para vengar a su padre o hermano que fue ofendido o atacado por la víctima, o para vengar la muerte de un miembro de la organización, o vengar a la hermana violentada sexualmente por la víctima, o dar muerte a un colaborador eficaz para que no delate a la organización, o dar muerte a un miembro de la organización criminal rival, etc[50].

Así también, puede ser la búsqueda de reconocimiento en el grupo, recuperar el prestigio de un grupo o simplemente el agradecimiento a quien da la orden, encargo o acuerdo; en cualquier caso puede ser también de índole sexual, honorífica, sentimental, político, profesional, etc[51].

Se debe manifestar que cuando el tipo penal hace expresa mención que con el propósito, no implica que la retribución o ventaja se encuentra como promesa, condicionada a la realización del hecho, pues puede haberse retribuido antes de la realización[52]. Por eso, no es necesario que el agente haya recibido la contraprestación por la conducta ilícita, es decir, que solo basta el acuerdo y la muerte para consumar el hecho porque la finalidad, que puede ser lucrativa, está inmersa en la finalidad de la conducta[53].

50 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 54. Este mismo autor señala que en estos casos el sicario no actúa guiado necesariamente por un sueldo o recompensa económica, sino por un beneficio de estabilidad laboral, emocional, cuidar la honra de la familia o simplemente quedar bien con sus familiares o con los demás miembros de la organización criminal a la que pertenece.

51 FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 109.

52 FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 110.

53 VILLAR RAMÍREZ, Manuela Rosana, "El delito de sicariato: comentarios al D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 127.

Debe quedar claro que no toda conducta homicida que realice un sicario deberá ser considerada sicariato, pues es posible que tal proceder pueda ser subsumido en el tipo penal de homicidio simple, asesinato por ferocidad o feminicidio, como en el caso de que un sicario decida matar a una persona por el simple hecho de que previamente la víctima haya realizado una mirada acosadora o dicho algún piropo a la acompañante de este que se encuentra a su costado, o cuando decide matar a una dama porque esta no acepta bailar una determinada pieza musical en una fiesta.

3. La problemática de la responsabilidad restringida en el tipo penal de sicariato

En lo que se refiere al ámbito de las consecuencias jurídicas del delito, debe hacerse mención que el Decreto Legislativo N.º 1181, que ha incorporado el novedoso tipo penal de sicariato, en forma adicional, ha modificado el artículo 22 del Código Penal, normatividad que regula la circunstancia atenuante de la responsabilidad restringida cuyo segundo párrafo hace literal mención de que se encuentran excluidos del beneficio de la reducción de la pena el agente que haya incurrido, entre otras modalidades delictivas, en los delitos de sicariato, conspiración para el delito de sicariato y ofrecimiento para el delito de sicariato.

Como tema relacionado a lo que se comenta, se debe hacer mención que si bien en determinado momento la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema decidió desaprobar, para el caso en concreto, una sentencia consultada que aplicó el control difuso, al permitirse inaplicar lo regulado en el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal; sin embargo, a pesar de lo señalado, a la fecha cualquier juez penal nacional podrá seguir inaplicando tal normatividad prohibitiva obviamente en forma motivada, ya que a la fecha no existe pronunciamiento de carácter general de la Corte Suprema que establezca que tal exclusión normativizada no viola el principio constitucional de la igualdad y la proscripción de la discriminación.

Para el caso en concreto, se debe hacer mención del Acuerdo Plenario N.º 4-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008[54], en cuyos fundamentos se hace destacar el segundo párrafo del artículo 22 del Código Penal, estableciéndose lo siguiente: "§ 2. La imputabilidad restringida por razón de la edad y control difuso. 10. Igualmente debe establecerse si para los casos de delitos de violación de la libertad sexual se aplica o no la atenuación de pena por responsabilidad restringida, al colisionar el segundo párrafo del artículo

54 Asunto: la nueva aplicación e interpretación del artículo 173.3 del Código Penal.

veintidós del Código sustantivo con el principio derecho fundamental de igualdad ante la Ley. El artículo 22 del Código Penal, modificado por la Ley número veintisiete mil veinticuatro, del veinticinco de diciembre de mil novecientos noventa y ocho, establece en su primer párrafo la regla general. Dice: 'Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, o más de sesenta y cinco años, al momento de realizar la infracción'. Empero, en su segundo párrafo introduce diversas excepciones en función al delito cometido, no a la culpabilidad del autor y a la necesidad preventiva de pena, como pudiera parecer coherente con el fundamento material de la imputabilidad. Así, 'Está excluido el agente que haya incurrido en delito de violación de la libertad sexual, [...] y otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua'. Sobre el particular es de mencionar que existe pronunciamiento de la Sala Constitucional Permanente de la Corte Suprema que, desaprobando una sentencia consultada que hizo control difuso e inaplicó dicho segundo párrafo del artículo veintidós del Código Penal, declaró que dicha norma penal no se contrapone a la Constitución. Esa decisión obliga a establecer si tiene, a su vez, carácter vinculante; y, por ende, si clausura la discusión judicial. 11. El sistema de control de la constitucionalidad de las leyes que asume nuestra Ley Fundamental es tanto concentrado como difuso. El primer modelo es de exclusiva competencia material del Tribunal Constitucional, mientras el segundo corresponde a los jueces ordinarios, que lo ejercen en cada caso particular. Desde esta perspectiva, no corresponde al Pleno Jurisdiccional Penal adoptar un Acuerdo vinculante pronunciándose sobre la legitimidad constitucional de la norma en cuestión, pues —por sus efectos— invadiría las atribuciones exclusivas del Tribunal Constitucional y restaría competencia a la Sala Constitucional de este Supremo Tribunal. El control difuso, como ya se anotó, es de aplicación por todos los jueces de la jurisdicción penal ordinaria. Como tal, los jueces tienen incluso la obligación de inaplicar las normas pertinentes que coliden con la Constitución, sin perjuicio que por razones de seguridad y garantía de unidad de criterio, corresponda la consulta a la Sala Constitucional de la Corte Suprema. Los efectos generales de una sentencia judicial, por su propia excepcionalidad, exige no solo una norma habilitadora sino también una decisión específica, que así lo decida, de dicha Sala Jurisdiccional de la Corte Suprema. Y la única posibilidad, legalmente aceptable, sería que dicha Sala siga el procedimiento establecido en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que por lo demás no ha utilizado en el presente caso. Los jueces penales, en consecuencia, están plenamente habilitados a pronunciarse, si así lo juzgan conveniente, por la inaplicación

del párrafo segundo del artículo 22 del Código Penal, si estiman que dicha norma introduce una discriminación —desigualdad de trato irrazonable y desproporcionada, sin fundamentación objetiva suficiente—, que impide un resultado jurídico legítimo".

Debe aclararse que si bien la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema puede decidirse por aprobar o por desaprobar inaplicaciones legales realizadas vía control difuso, es pertinente tener en cuenta que las mencionadas ejecutorias supremas para que tengan el carácter vinculante u obligatorio más allá del caso en concreto, debe existir fundamentación en forma expresa y con base en lo regulado en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, en donde si no se hace expresa mención, tal decisión judicial no puede tener efectos generales.

En ese sentido y con el ánimo de poder aclarar alguna duda sobre el tema, la doctrina nacional, al establecer las características o las notas esenciales del control difuso, ha puesto de relieve, entre otras, a la siguiente: "(6) Efecto 'inter partes' de la resolución emitida. Solo rige para las partes que han intervenido en proceso de que deriva. Los jueces se limitan a declarar la inaplicación de la norma en cuestión, para el caso en concreto, si afectar su vigencia. Ahora bien, solo podrá tener efecto general y de ese modo acercarse al modelo concentrado cuando la SCS invoca el artículo 22 de la LOPJ y decide instituirla como obligatoria, en función de los principios jurisdiccionales que contiene —la *ratio decidendi*—. Digo que se 'acerca' al modelo concentrado no solo porque en este el TC declara sin efecto la norma cuestionada (artículo 204 de la CN) —que no es el caso de la inaplicación propia del modelo difuso—, sino porque las Ejecutorias Vinculantes pueden ser objeto de desvinculación por los jueces y tribunales explicando los motivos de su decisión —lo que es imposible en modelo concentrado—"[55].

Más adelante, este misma posición doctrinaria hace destacar también lo siguiente: "[...] el gran problema, a lo que se suma su falta de publicidad, es que la SCS no utiliza la potestad de dictar ejecutorias vinculantes, lo que le resta valor operativo y fuerza expansiva a sus fallos en materia de inaplicación normativa"[56].

4. El tipo penal de sicariato con agravantes

La relevancia de la presencia del sicariato con agravantes se presenta porque tanto al sicario, al mandante y al intermediario se les podrá imponer la pena de

55 San Martín Castro, César, "Control difuso en materia penal", en *Estudios de Derecho Procesal Penal*, Lima: Grijley, 2012, p. 92.

56 *Ibid.*, p. 101.

cadena perpetua[57], en tanto se acrediten algunas de las siguientes circunstancias agravantes específicas que serán materia de comentario:

- **Valiéndose de un menor de edad o de otro inimputable para ejecutar la conducta.** En este caso se deberá entender que el sicario es un menor de edad u otro inimputable, es decir, en términos penales, una persona inimputable, considerándose como un instrumento del mandante.
- **Para dar cumplimiento a la orden de una organización criminal.** En este supuesto se podría entender que el sicario ejecutor del comportamiento homicida actúa como parte integrante de una organización criminal, por lo que un superior da la indicada orden delictiva a un subordinado. Sin embargo, si bien un sicario podría cometer un delito de sicariato formando parte de la organización criminal, pero también podrían ser llamados periódicamente[58]. Así también se expresa que en el supuesto de que el mandante sea un jefe, líder o cabecilla de una organización criminal, y el sicario sea un integrante de la organización, por existir una estructura criminal jerárquica o vertical, en aplicación de la teoría de la autoría mediata por dominio de la voluntad a través de aparatos organizados de poder, este debería responder a título de mediato; en tanto que si, por el contrario, en los demás supuestos, en donde el mandante y el intermediario no son parte de una organización criminal, estos responden a título de instigadores del delito de sicariato[59]. En doctrina se discute el caso cuando existe organizaciones exclusivamente dedicadas al sicariato, en donde se discute si el mandante es instigador o cooperador necesario, pues estaría frente a ejecutantes dispuestos a realizar el hecho, como el *omnimodo facturus*[60].
- **Cuando en la ejecución intervienen dos o más personas**[61]. Esta circunstancia busca justificarse por la presencia de la pluralidad de

57 *Vid.* Francisco Rodríguez, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 120.

58 Villar Ramírez, Manuela Rosana, "El delito de sicariato: comentarios al D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 107.

59 Delgado Castro, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, ob. cit., p. 99.

60 Francisco Rodríguez, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 113.

61 La República "Matan a juez que negó libertad a 25 narcos del cartel de Tijuana", en *La República*, Lima: 20 de julio del 2006. Recuperado de <http://bit.ly/1ruK1MS>. "Dos sicarios en motocicleta ubicaron a Hernán Saturno en un restaurante cerca de Palacio de Justicia y uno le disparó en el pecho, el vocal procesaba a integrantes de la mafia mexicana. El vocal Hernán Saturno Vergara integraba la Primera Sala Penal que

sicarios en el momento de su ejecución y no en momentos previos. En

rechazó liberar a narcos. El vocal Hernán Saturno Vergara, integrante de la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel que en junio del año pasado rechazó el pedido de libertad de 25 narcotraficantes pertenecientes al violento cartel de Tijuana, fue asesinado de un balazo por sicarios cuando cenaba en un restaurante de la cuadra tres de la avenida Roosevelt, a una cuadra de Palacio de Justicia. Saturno estaba acompañado por su sobrino, el ex secretario de juzgado y abogado Hugo Miguel Vergara, quien recibió un balazo en la región intercostal izquierda y se encuentra en grave estado. Al magistrado le impactó un balazo en la tetilla derecha. Murió en el mismo lugar. Los atacantes eran dos jóvenes que llegaron montados en una motocicleta. El que iba sentado en la parte posterior bajó, se dirigió hasta la mesa de las víctimas y disparó sin decir una palabra. Luego corrió hacia el vehículo que lo esperaba con el motor encendido. Eran las 6 y 45 de la tarde. Actuaron con frialdad, como profesionales de la muerte. Hernán Saturno no contaba con protección porque, poco antes del crimen, a las cuatro de la tarde, le dijo a su resguardo que se retirara, ya que iba a tener un encuentro con un familiar. El juez le dijo que si lo necesitaba lo llamaría, pero le pidió que se retirara a su casa. Algunos de los comensales dijeron a la policía que no escucharon los disparos, lo que indicaría que los delincuentes son especialistas en la modalidad y que usaron un arma con silenciador. El restaurante donde ocurrieron los hechos se llama 'El búnker' y era uno de los establecimientos favoritos del vocal. El crimen se perpetró en el restaurante favorito del magistrado. En una maniobra para intentar conseguir la libertad, 25 integrantes del cartel de Tijuana capturados en Chimbote en 2002 con 1.7 toneladas de cocaína, se organizaron para reclamar la excarcelación por 'exceso de detención' y no contar con sentencia. Pero el 21 de junio del 2005, en un acto ejemplar, la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel, bajo la presidencia de Carlos Escobar Antezana, y compuesta por Aldo Figueroa y Hernán Saturno Vergara, amplió a 20 meses la prisión de los narcotraficantes. Los delincuentes ese día gritaron y amenazaron. Sin embargo, al poco tiempo, el siete de julio, el juez Freddy de la Cruz Huamán ordenó la excarcelación del presunto cabecilla del cartel de Tijuana en Lima, Miguel Morales Morales. De la Cruz acogió un hábeas corpus contra la Primera Sala Penal de Reos en Cárcel, a la que pertenecía Hernán Saturno. Luego, el presidente de la Sala, Carlos Escobar, fue cambiado por la magistrada Carmen Rojassi Pella, y enviado a un juzgado anticorrupción, lo que produjo retrasos e inconvenientes en el proceso seguido a los integrantes del cartel de Tijuana. Con el asesinato de Hernán Saturno, el Poder Judicial deberá nombrar a un nuevo vocal, perturbándose una vez más el juicio contra los narcotraficantes, quienes buscarían que se cumpla en febrero de 2007 el plazo de la última ampliación de la detención. La viuda del vocal Hernán Saturno, Ana María Huerta, afirmó que desde hace tres días su esposo empezó a recibir amenazas de muerte, pero el magistrado no le dio importancia al hecho. Ana María Huerta sospecha de dos efectivos de la policía que resguardaban a su esposo, porque ellos sabían de todos sus movimientos. 'Las autoridades tienen que investigar a los guardaespaldas', dijo entre sollozos. La otra víctima, Hugo Miguel Vergara, ha sido sometida a una operación de emergencia en la Maison de Santé. Su estado es de sumo cuidado porque, de acuerdo con su hijo, la bala le ha comprometido un pulmón. En total son 54 los procesados del cartel de Tijuana, 25 están presos, siete están con libertad y otros 22 se encuentran en condición de contumaces o reos ausentes. Al principio se detuvo a 50 personas".

nuestra realidad se pueden presentar los casos cuando uno conduce la moto y el otro aprieta el gatillo para dar muerte[62].

- **Cuando las víctimas sean dos o más personas.** En este supuesto debe entenderse que la pluralidad de víctimas, con el fin de que tales resultados lesivos sean subsumidos como parte del concurso aparente de leyes (unidad de ley), deben ser parte del previo acuerdo criminal o *pacto sceleris*, sin embargo, si se acredita que la pluralidad de víctimas son consecuencias de acuerdos previos distintos o independientes, existiría un concurso real de delitos.
- **Cuando las víctimas estén comprendidas en los artículos 107 primer párrafo (sujetos pasivos del parricidio), 108-A (condición especial del sujeto pasivo del homicidio) y 108-B primer párrafo (sujetos pasivos del feminicidio).** En este caso, el pacto delictivo deberá encontrarse dirigido para matar a las siguientes personas: el matar al ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona con quien sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia; el matar a uno de los altos funcionarios comprendidos en la Constitución Política del Perú, a un miembro de la Policía Nacional, de las Fuerzas Armadas, a un magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público o a un miembro del Tribunal Constitucional o a cualquier autoridad elegida por mandato popular, en el ejercicio de sus funciones o como consecuencia de ellas; el matar a una mujer por su condición de tal, en los contextos de violencia familiar, coacción, hostigamiento o acoso sexual, abuso de poder, confianza o de cualquier otra posición o relación que le confiera autoridad al agente, cualquier forma de discriminación contra la mujer, independientemente de que exista o haya existido una relación conyugal o de convivencia con el agente.
- **Cuando se utilice armas de guerra.** Con esta agravante se descartan cualquier otro instrumento considerado arma, ni siquiera por el solo hecho que se trate de un arma de fuego. Se debe entender para este caso que deben tratarse de armas especiales, es decir, para el uso por ejemplo de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional.

62 Francisco Rodríguez, Heydegger, "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 114.

IV. LA PROBLEMÁTICA DE LA CRIMINALIZACIÓN DEL ESTADIO PREVIO A LA LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO VIDA HUMANA INDEPENDIENTE POR MEDIO DE LOS TIPOS PENALES DE CONSPIRACIÓN, OFRECIMIENTO Y SOLICITUD AL SICARIATO

1. Una nueva manifestación legislativa del derecho penal del enemigo[63]

Como una tendencia actual y constante del legislador nacional, con la expresa tipificación de los delitos de conspiración y ofrecimiento al sicariato en la parte especial del Código Penal, se busca castigar penalmente conductas previas al inicio de la ejecución de un acto homicida, reprimiéndose penalmente la preparación delictiva, por lo que con ello se decide elevar a la categoría de delito consumado lo que anteriormente era un externo acto preparatorio por sí solo impune.

Estos nuevos comportamientos delictuales de la conspiración y del ofrecimiento al sicariato hacen uso de la técnica de los delitos de peligro en su versión abstracta. Debe recordarse que clásicamente los actos preparatorios han sido definidos como el proceso por el cual el autor se procura los medios elegidos con miras a crear las condiciones para la obtención del fin[64].

Como bien se conoce, los actos preparatorios como regla general son actos o manifestaciones humanas impunes o inocuas, sobre todo porque estos no constituyen una manifestación suficiente de la voluntad criminal y del fin que el autor persigue, siendo ello una exigencia de la seguridad jurídica[65], así como por la carencia de lesión o de la puesta en peligro concreto de algún bien jurídico penalmente protegido. De acuerdo con lo explicado, preparar el delito es llevar

63 *Vid.* HURTADO POZO, José, "Breves anotaciones al margen del D. Leg. N.° 1181, relativo al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 34. El mismo autor hace mención expresa y en forma interesante señala lo siguiente: "Aun cuando no hayamos logrado acceder a la exposición de motivos del D. Leg. N.° 1181, podemos suponer, sin riesgo de equivocarnos, que criterios similares han inspirado a sus redactores, por lo que no nos deberá sorprender que se produzca [...] el resbalón por la cuesta del *derecho penal del enemigo criollo* que conduce a multiplicar disposiciones sustantivas y procesales para tratar de asegurar la represión, en detrimento de los derechos de los sospechosos, inocentes o no, de cometer el delito de sicariato".

64 BACIGALUPO, Enrique, *Derecho Penal. Parte General*, Lima: Ara Editores, 2004, p. 438.

65 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho Penal. Parte general*, 3.ª ed., t. I, Lima: Grijley, Pontificia Universidad Católica del Perú, Universidad de Friburgo (Suiza), 2005, p. 799.

a cabo una actividad externa dirigida a facilitar su realización ulterior, es decir, dirigida a su ejecución[66], en donde presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado[67].

Por eso se apunta que los actos anteriores al comienzo de la ejecución (actos ejecutivos) son los actos preparatorios, que no son abarcados por la fórmula de la tentativa, sin perjuicio que la ley los prohíba mediante tipos anticipadamente especiales, como ocurre con los delitos de conspiración y ofrecimiento al sicariato, que son delitos de peligro que no admiten la tentativa, porque no son más que tipificaciones de actos previos a ella[68].

Nuestro legislador, siguiendo ese contexto, como excepción a la regla, ha decidido regular como conductas delictivas ciertos actos preparatorios, y subraya de esta manera la importancia del bien jurídico protegido[69], pero en forma anticipada.

No cabe duda que la introducción de estas nuevas tipologías penales implica elevar a la categoría del delito consumado actos preparatorios, esto es, como delito autónomo, que por regla general, conforme a las reglas del *iter criminis*, deberían tener un carácter impune de acuerdo al principio de lesividad y a un Derecho Penal de mínima intervención, tanto en su versión subsidiaria, en donde el Derecho Penal debe ser considerado como ultima ratio, como en su versión fragmentaria, en donde el Derecho Penal debe castigar las conductas más lesivas a los bienes jurídicos penalmente protegidos. Conforme se viene afirmando, en términos de un Derecho Penal nuclear o clásico, la preparación delictiva debería tener un carácter no punible.

El legislador nacional al regular en forma expresa los tipos penales de conspiración y ofrecimiento al sicariato, busca reprimir la preparación delictiva, tema último que es más conocido en la doctrina penal como los actos preparatorios, el mismo que es considerado como el primer momento de la fase externa de la ruta o de los momentos del delito.

Esto ha dado a entender a la doctrina especializada que n.c. a la fecha vivimos en una sociedad de riesgo, ha derivado la existencia de un Derecho Penal del riesgo, institución última que se fundamenta en principios, instituciones y

66 COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte General*, 5.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 714.

67 MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 7.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F, Julio César Faira Editor, 2005, p. 344.

68 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ediar, 2009, pp. 150 y 151.

69 HURTADO POZO, José, *Manual de derecho penal. Parte General*, ob. cit., p. 800.

conceptos distintos a los de un Derecho Penal clásico, haciéndose destacar la existencia de la máxima intervención o expansión del Derecho Penal, la utilización de la técnica del peligro abstracto, como la protección del bien jurídico colectivo o de carácter supraindividual, entre otros supuestos, agregándose que los principios liberales que forman parte del Derecho Penal nuclear son relativizados e incluso anulados por el Derecho Penal del riesgo[70], siendo una medida propia de un Derecho Penal de tipo simbólico (populismo jurídico), donde el objetivo final no es la protección de los bienes jurídicos, sino la obtención de los réditos políticos, para lo cual el camino es dar una respuesta impregnada de aparente firmeza, de forma tal que la sociedad sienta saciada sus demandas de seguridad[71], derogándose así el límite genérico de la punibilidad que el Derecho Penal liberal sitúa en el principio de ejecución, pudiéndose justificar al adelantamiento de las barreras de punición en ciertos supuestos puntuales y concretos, pero en ningún caso autoriza una generalización exasperante[72].

Esta forma de poner en tela de juicio las bases dogmáticas del denominado por algunos como el "buen y viejo Derecho Penal liberal" (Derecho Penal clásico) es producto de la tensión provocada por el moderno Derecho Penal en los cimientos hoy ya no tan rígidos del Derecho Penal clásico de corte individualista o liberal-iluminista de los siglos XVIII y XIX y que han puesto en cuestionamiento, sin lugar a dudas, el carácter subsidiario del Derecho Penal, agregándose que la flexibilización y hasta eliminación, en algunos casos, de principios político-criminales de garantía es "moneda común" y a su vez el resultado de una tendencia universal que responde a la idea de mayor eficacia con el menor

---

70 En estos términos se expresa Figueroa Navarro, Aldo, *El delito de marcaje o reglaje ¿expresión de un Derecho Penal de riesgo?*, Friburgo, p. 9. Recuperado de <http://bit.ly/1iQEhbW>.

71 Morales Cauti, Julio César, "El delito de marcaje o reglaje: ¿Protección de bienes jurídicos o Derecho Penal simbólico?", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 53, Lima: Gaceta Jurídica, noviembre del 2013, p. 23. Este mismo autor nacional expresa más adelante, por medio de la p. 27, que las iniciativas legislativas se acercan a lo que en doctrina se denomina: "Derecho Penal simbólico".

72 Gonzales Orbegozo, Alexander, "¿Es legítimo el acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante la Ley N.º 29859?", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 50, Lima: Gaceta Jurídica, agosto del 2013, pp. 101 y 102. Este mismo autor, en la p. 103, sostiene en lo siguiente: "[...] pero ahora resulta que el Derecho Penal dice: 'ya no voy a esperar a que se ejecute una conducta delictiva que ponga en peligro o lesione un bien jurídico, sino que desde antes del momento de la preparación voy a empezar a criminalizar'. Esto significa que el propio Derecho Penal intensifica sus mecanismos de reacción punitiva y por lo tanto reacciona de manera intensificada. Sin duda, esto marca una ruptura con los criterios tradicionales del Derecho Penal".

costo, convirtiendo al Derecho Penal de *ultima ratio* en un sistema de *prima ratio* o, en no pocos casos, de *sola ratio*[73].

Esta expansión irrefrenable del Derecho Penal a nuevos ámbitos sociales, es decir, en cuanto a la penalización de comportamientos que tienden a colocar en estado de peligro a intereses sociales supraindividuales, ha dado lugar a la llamada modernización del Derecho Penal[74], que obviamente no concuerda con los postulados de un Derecho Penal mínimo sino que se orienta a un Derecho Penal máximo.

Antes de explicar y comentar por qué el adelantamiento de la barrera de punibilidad por medio de los nuevos tipos penales de conspiración y ofrecimiento al sicariato son una manifestación del denominado al día de hoy como Derecho Penal del enemigo[75], es pertinente realizar algunas reflexiones académicas.

Conforme se encuentra regulado en el artículo I del Título Preliminar del Código Penal[76], fin u objetivo que tiene nuestro Derecho Penal es la prevención de los delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad, obligación estatal que en forma necesaria deberá ser cumplida y complementada con la obligación de garantizarse el respeto de los derechos humanos, no pudiendo por ello el Estado excluir y despojar a los excluidos (absoluta o relativamente) de su condición de personas, por lo que un Estado social y democrático de Derecho no podrá nunca considerar como no personas a algunos seres humanos con el fin de poder privársele del goce de algunos derechos fundamentales[77].

---

73 Alcócer Povis, Eduardo, *La inclusión del enemigo en el derecho penal*, Lima: Reforma, enero del 2009, p. 24. Este mismo autor nacional, en la p. 25, busca afirmarse en lo siguiente: "[...] sostengo que este 'nuevo Derecho penal' responde a una 'nueva sociedad', la de riesgos, que exige legítima protección al Estado quien la debe brindar sin socavar las bases de un Estado social y de derecho. Entonces, queda como tarea poner un límite a la actividad estatal de creciente represión sobre la base del modelo de Estado recogido constitucionalmente".

74 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, "Una nueva manifestación tipológica del Derecho Penal del enemigo: El delito de reglaje en el Perú", en *Estudios críticos de derecho penal y política criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*, Lima: Ideas Solución, 2013, p. 461.

75 El denominado derecho penal del enemigo es considerado como expresión de una "criminal política del Estado" frente a un tipo de delincuente y de criminalidad. *Vid.* Alcócer Povis, Eduardo, *La inclusión del enemigo en el derecho penal*, ob. cit., p. 13,

76 "Artículo I.- Este Código tiene por objeto la prevención de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad".

77 En ese sentido académico se expresa Alcócer Povis, Eduardo, *La inclusión del enemigo en el Derecho Penal*, ob. cit., p.11.

En esa línea interpretativa nos adscribimos a la posición dogmática de entender que los nuevos delitos de conspiración y ofrecimiento al sicariato son una manifestación de lo que modernamente se busca denominar como el Derecho Penal del enemigo[78], no solo por intensificar los criterios de imputación en el sentido de permitir la intervención punitiva en niveles previos a la propia conducta lesiva de los bienes jurídicos (adelantamiento de la barrera de la punibilidad), o por el aumento de las consecuencias jurídicas del delito, sino también por la existencia de la flexibilidad y en otros casos el cercenamiento de las garantías procesales.

Como manifestación del denominado Derecho Penal del enemigo, con estas nuevas figuras delictivas se busca castigar la preparación delictiva pero elevándolo a la categoría de la consumación, el solo hecho de participar en una conspiración con la finalidad de poder promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato o el solo hecho de ofrecerse a otros cometer el delito de sicariato, sin que sea necesario esperar que, para que exista perfección delictiva y relevancia penal, se haya iniciado la ejecución del acto homicida en términos de sicariato. Esto lleva a entender que en la actualidad somos testigos del efecto expansivo del Derecho Penal que se manifiesta en una vorágine de intervencionismo estatal sustentada en una creciente flexibilización de los principios, ante rígidos del Derecho Penal clásico[79].

Sin perjuicio de ser categórico en señalar que toda manifestación del Derecho Penal del enemigo, implica considerar a algunos individuos como no personas (enemigos), en la que no se les aplica los fines constitucionales de la pena, doctrina que es contraria al derecho-principio de la dignidad humana así como a las reglas de un Estado que se funda en el principio político democrático, buscando que estos sujetos sean eliminados, en donde estas reglas van en contra de los principios y valores constitucionales, sin embargo, consideramos

78 Analizándose la expresión del derecho penal del enemigo según Gunther JAKOBS, en donde se hace destacar la característica del adelantamiento de la punibilidad. ALCÓCER POVIS, Eduardo, *La inclusión del enemigo en el Derecho Penal*, ob. cit., pp. 53-70. Este autor nacional define al derecho penal del enemigo como aquel: "[...] soporte teórico que explica la constitución de un orden político criminal caracterizado por una constante restricción o, más bien, anulación de principios, asociado con el establecimiento de fenómenos sociales —digamos, graves— como el terrorismo, la criminalidad organizada, tráfico ilícito de drogas, etc. Ciertamente, las actividades de tales individuos se concretan en la realización de hechos delictivos que ponen en cuestión la existencia misma de la sociedad".

79 ALCÓCER POVIS, Eduardo, *La inclusión del enemigo en el derecho penal*, ob. cit., p.53.

que su análisis debe ir más allá de los que puedan estar a favor o en contra de la mencionada institución penal[80].

Por eso, siguiendo en la doctrina nacional a García Cavero, es preferible sostener que en la legislación penal peruana, conforme a los rasgos característicos de los delitos de terrorismo, criminalidad organizada, libertad sexual y corrupción de funcionarios, existe en forma indudable un Derecho Penal del enemigo y debe reconocerse la existencia de esta modalidad de Derecho Penal, aunque pueda no estarse de acuerdo con esta forma de regulación punitiva[81]; por lo que una cosa es su existencia-regulación legal y otra cosa muy distinta es su posible cuestionamiento de legitimidad.

Por tanto, desde una perspectiva crítica, se debe considerar que el estudio del Derecho Penal del enemigo únicamente permitirá, a través de la identificación de sus características, contar con un instrumento que sirva para cuestionar las excesivas intromisiones por parte del Estado en las libertades jurídicamente reconocidas y, a partir de ello, encarar su ilegitimidad[82].

En la política criminal actual es posible hacer mención que existen dos tipos de delincuentes: por un lado, un sujeto que por regla general respeta la norma pero que de manera incidental comete un error en forma de delito (un

80 *Vid.* Meini Méndez, Iván, "Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos", en *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, Francisco Macedo (coordinador), 1.ª ed., Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, abril del 2007, p. 15. Este autor, con respecto al derecho penal del enemigo es del siguiente parecer: "En la discusión jurídico-penal de la actualidad, tal vez, el, así denominado, derecho penal del enemigo —*Freindstrafrecht*— sea el tema que más pasiones despierta y más controversias suscita entre sus seguidores y detractores. A estos se les suele representar como garantistas y liberales; a aquellos se les cataloga de totalitarios y fascistas. Se llega así a proclamar que el Derecho Penal del enemigo legítima reacciones jurídico-penales no acordes con el respeto de los derechos fundamentales, propios de regímenes en donde las cuotas de democracia difícilmente alcanzan un nivel de aceptación. Hasta donde alcanzo a observar, sin embargo, el derecho penal del enemigo es una descripción de la realidad o, mejor dicho, un esfuerzo descriptivo de la forma como, a veces, los Estados reaccionan frente a cierto tipo de criminalidad grave. Como tal, el derecho penal del enemigo adolece de capacidad configurativa; es, en este sentido histórico, avalorativo".

81 García Cavero, Percy, "Existe y debe existir un derecho penal del enemigo", en *Derecho penal de enemigo. El discurso de la exclusión*, vol. 1, Cancio Meliá- Gómez-Jara Diez (coords.), Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: Euros Editores y Montevideo: B de F Ltda., 2006, pp. 925-948.

82 Palomino Ramírez, Walter, "El delito de marcaje como expresión de un 'sistema penal de la exclusión'. Comentarios a propósito de los Proyectos de Ley N.º 2056/2012-CR y N.º 2100/2012-PE", en Gaceta Penal & Procesal Penal n.º 48, Lima: Gaceta Jurídica, junio del 2013, p. 319.

desliz reparable), ya que por obvias razones el ser humano no es perfecto, por lo que después de ello vuelven al respeto usual de la norma; y, por otro lado, un sujeto que no solo persiste en su actitud contraria a la norma sino que luego de cometer un delito, sigue representando hacia el futuro un foco de peligro para los demás, recayendo el concepto del Derecho Penal del enemigo a esta última forma de intervención delincuencial.

En el Derecho Penal actual o del mundo globalizado se hace destacar el concepto del Derecho Penal del enemigo, terminología que fue acuñado por el jurista alemán Gunther JAKOBS en 1985 en una conferencia dictada bajo el nombre de la problemática de la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, apreciándose para ello la legislación de la época que se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico penal alemán, institución penal que no nace con el atentado producido contra las torres gemelas en el World Trade Center de Nueva York, además que el contenido de este derecho existe desde tiempos anteriores.

En ese sentido, es posible afirmar que el Derecho Penal del enemigo tiene una base empírica o realista incuestionable, en donde no se acuña esta terminología con el fin de que se pueda proponer la regulación de algún tipo de normatividad (*lege ferenda*), sino que el mismo busca describir algo que ya existe en la legislación penal vigente dentro de un fenómeno grave de criminalidad (*lege lata*), siendo por ese considerando normas excepcionales, tanto desde del punto de vista cuantitativo, por estar referido a pocos delitos que conforman la normatividad penal, como del punto de vista cualitativo, por estar vinculado a un tipo de criminalidad especialmente contundente y grave que pone de manifiesto el potencial lesivo de los sujetos activos, peligro que también se encuentra la sociedad.

En cuanto a las características o elementos a tener en cuenta dentro del denominado Derecho penal del enemigo podemos hacer mención de las siguientes[83]:

- El adelantamiento de la punibilidad o la anticipación de las barreras de protección estatal. Si bien el Derecho Penal del ciudadano interviene normalmente cuando se ha producido un resultado de lesión o la puesta en peligro concreto de un bien jurídico, en lo que se refiere al Derecho Penal del enemigo existe una anticipación, actuando en una

83 Conforme a la conferencia magistral denominada "Delincuencia Organizada", dictada por el profesor de la Universidad de Sevilla-España, Miguel POLAINO ORTS, en el marco del XLI Congreso Nacional y Asamblea General realizado en la ciudad de Chihuahua-2013, en donde se hace destacar las características que debe ostentar el denominado derecho penal del enemigo y una de sus expresiones como el delito de organización o de estatus (criminalidad organizada, delincuencia organizada u organización delictiva). Recuperado de <http://bit.ly/1G7Mai3>.

situación anterior al inicio de la ejecución, es decir, cuando el riesgo es más prematuro, por lo que el ordenamiento jurídico penal decide no esperar que el riesgo que ahora es pequeño se convierta en forma posterior en un riesgo comparablemente mayor, buscándose atajar el peligro previo o anterior, esto es, cuando el riesgo es menor.

- El paradigma del Derecho Penal prospectivo y no retrospectivo. En la actualidad existe un cambio de paradigma en el Derecho Penal, en el sentido que si bien el Derecho Penal clásico o común es considerado como uno de tipo retrospectivo, justamente por lo sucedido en forma anterior, castigándose por la conducta delictiva cometida en el pasado, en tanto que en el Derecho Penal del enemigo como existe una anticipación o adelantamiento en su actuación, ya no se castiga por lo que el sujeto hizo en el pasado en forma retrospectiva, sino por el peligro que el sujeto activo representa desde hoy hacia el futuro, castigándose penalmente por ello en forma prospectiva.
- La existencia de una pena contundente o la falta de reducción de la pena en forma proporcional al adelantamiento de la barrera de punibilidad. Si el Derecho Penal decide intervenir adelantando las barreras de protección estatal, lo aconsejable es que debería reducirse la pena en una forma proporcional por la peculiar forma de intervención. La pena debería ser menor en los supuestos que el legislador decida regular un delito adelantado por ser un riesgo menor, sin embargo, lo que se puede apreciar es que las normas que conforman el Derecho Penal del enemigo contienen una pena de carácter contundente justamente por sostenerse que el sujeto activo es un ser peligroso por tener un gran potencial lesivo. En muchos casos las penas previstas se equiparan entre este adelantamiento y el delito consumado de lesión posterior.
- La reducción de determinadas garantías penales, procesales y penitenciarias.

Conforme a su naturaleza, fundamentos y características, el denominado Derecho Penal del enemigo se diferencia del Derecho Penal del ciudadano (o liberal), haciéndose destacar las siguientes[84]:

- En el Derecho Penal del ciudadano, que es el destinatario de las normas jurídico-penales o este sujeto de imputación jurídico-penales, además

84 *Vid.* Reyes Tello, Roxana, "El derecho penal del enemigo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal.* n.º 75, Lima: Gaceta Jurídica, setiembre del 2015, pp. 348-355.

de ser la concreción del concepto funcional de persona, presenta cierta garantía cognitiva de que reconoce la existencia del Estado y la vigencia del Derecho, vinculando sus comportamientos al ordenamiento jurídico del Estado de Derecho. Este concepto funcional de persona se encuentra relacionado con la idea de que el ciudadano no es un simple individuo humano psicofísico, sino como una persona configurada socialmente. El delito cometido por este ciudadano no es entendido como un peligro para la existencia del Estado, sino como una reacción incidental, un desliz antijurídico o una simple extralimitación de los ámbitos de libertad.

- En el Derecho Penal del enemigo, el enemigo es aquel que en forma más bien duradera se encuentra al margen del Estado y del Derecho, siendo por ello considerado como una fuente de peligro que amenaza la existencia del Estado, del derecho y de la sociedad. Es considerado un sujeto peligroso al cual se le vincula la privación o negación de la condición de persona, en tanto el concepto persona va más allá de lo natural. La existencia del Derecho Penal del enemigo nos lleva a la de un ordenamiento punitivo diferente con respecto al Derecho Penal del ciudadano.
- En el Derecho penal del ciudadano, por regla general, la relevancia penal de un comportamiento delictivo existirá a partir de que inicie la ejecución de comportamientos que menoscaben bienes jurídicos, significando que los actos preparatorios o la preparación delictiva se encuentran exentos de repercusión penal. Además, en esta modalidad de Derecho Penal las penas se encuentran sujetas al principio de proporcionalidad, tanto en la determinación legal como en la determinación juridicial, extendiéndose también en la cantidad y en la calidad.
- En el Derecho Penal del enemigo su objeto se encuentra comprendido por el peligro que proviene del sujeto considerado enemigo, por lo que, al poseer un objeto distinto, esta modalidad de Derecho Penal tendría fines, principios y reglas distintas con respecto al Derecho Penal del ciudadano.
- El fin del Derecho Penal del ciudadano es la reafirmación o confirmación positiva del Derecho, en tanto que el fin en el Derecho Penal del enemigo es ganar la guerra mediante la aniquilación de esta fuente de peligro a través de la exclusión y la inocuización.

2. La estructura típica del tipo penal de conspiración al sicariato

2.1. La diferencia entre la conspiración para delinquir y la asociación para delinquir[85]

La denominada conspiración para delinquir se presenta, en términos generales, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo o acuerdan ejecutar a futuro un delito determinado o concreto, decidiéndose o resolviéndose ejecutarlo conforme a este acuerdo de voluntades, presentándose como requisitos neurálgicos a tener en cuenta a los siguientes: unión de voluntades, orientación de todas al mismo hecho, decisión firme de ejecutarlo conforme a un plan concreto, actuación dolosa de cada concertado.

Con base en estos requisitos, se debe hacer mención que la conspiración no es un simple intercambio de impresiones o la sola deliberación, sino que se debe haber decidido o resuelto cometer un delito específico, por lo que es necesario haberse intervenido en una concertación con la finalidad de poder realizar delitos a futuro. Por tanto, el solo hecho de haberse ideado o deliberado cometer un delito, pero sin decisión o resolución delictiva, nunca podrá ser considerado conspiración.

A nivel doctrinal, se discute si la conspiración para delinquir implica ser un acto de coautoría anticipada o adelantada, por exigirse que los conspiradores resuelvan o decidan ejecutar el delito como coautores, o en todo caso implica ser una forma de inducción recíproca o mutua, por bastar que los conspiradores adopten la decisión que uno de ellos ejecute el delito.

Con el fin de poderse diferenciar la conspiración para delinquir con el delito de asociación para delinquir[86], se debe tener presente lo siguiente:

- En la asociación para delinquir se persigue o se orienta a cometer una variedad o pluralidad delictiva, en tanto que la conspiración para delinquir tiene como finalidad cometer un delito específico o concreto.
- En la asociación para delinquir, teniéndose un carácter institucional, existe estabilidad, duración en el tiempo, organización y con proyección para cometer un pluralidad de delitos, en tanto que en la conspiración para delinquir se tiene como objetivo cometer un determinado delito como parte de un acuerdo de voluntades.

85 *Vid.* CASTILLO ALVA, José Luis, *Asociación para Delinquir*, Lima: Grijley, 2005, pp. 145 y 146.

86 *Ibid.*, pp. 146-148.

- La asociación para delinquir debe ser considerada como una organización que sigue vigente o subsiste más allá de la comisión de los delitos, en tanto que en la conspiración para delinquir se perfecciona con el acuerdo de cometer un delito concreto.
- La asociación para delinquir es más que la conspiración para delinquir en la medida que se requiere una organización, estabilidad y duración temporal; y, menos porque no es necesario que los asociados tengan la intención o finalidad de ejecutar algún delito concreto.
- En la asociación para delinquir no se requiere conspirar, es decir, proyectar la comisión de un delito en específico, en tanto para conspirar no es necesario ser parte de una asociación para delinquir.
- El objeto de protección en la asociación para delinquir es la tranquilidad pública, en tanto que lo que se protege en la conspiración para delinquir es el mismo bien jurídico del delito específico que se proyecta ejecutar.
- En la asociación para delinquir basta que el sujeto se integre a la organización delictiva, es decir, independientemente del elemento subjetivo o si se pretende o no participar en los hechos delictivos que constituyen la actividad de la organización, pudiendo ser que el asociado nunca intervenga en los delitos a los que se dedica la organización criminal, pero igual responda penalmente por este delito, en tanto que en la conspiración para delinquir se actúa con el *animus autoris*.
- En la asociación para delinquir no es necesario que se ejecute el delito que constituye el programa de la organización delictiva, ya que si este último se configura en la realidad existirá un concurso de delitos, en tanto que en el caso de la conspiración para delinquir, si el fin delictivo se concretiza la conspiración desaparece o queda subsumida debiéndose para ello utilizar las reglas generales de la autoría y participación.

En lo que se refiere a este concreto tema, se debe tener en cuenta que conforme al Acuerdo Plenario N.º 4-2006 del 13 de octubre del 2006[87], nuestra Corte Suprema ha tenido como finalidad brindar un mejor entendimiento sobre los requisitos de tipicidad del delito de asociación para delinquir. Dentro de este contexto, este Acuerdo Plenario ha buscado desarrollar lo siguiente: "12. [...] Así queda claro que el indicado tipo legal sanciona el solo hecho de formar parte de la agrupación —a través de sus notas esenciales, que le otorgan una sustantividad propia, de (a) relativa organización, (b) permanencia

87 Asunto: "Cosa juzgada en relación al delito de asociación ilícita para delinquir".

o estabilidad y (c) número mínimo de personas— sin que se materialice sus planes delictivos. En tal virtud, el delito de asociación ilícita para delinquir se consuma desde que se busca una finalidad ya inicialmente delictiva, no cuando en el desenvolvimiento societario se cometen determinadas infracciones; ni siquiera se requiere que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo. Por ello mismo, tampoco cabe sostener la existencia de tantas asociaciones como delitos se atribuya al imputado. La asociación es autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se cometan —no se requiere llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar—, pudiendo apreciarse un concurso entre ella y estos delitos, pues se trata de sustratos de hecho diferentes y, por cierto, de un bien jurídico distinto del que se protege en la posterior acción delictiva que se comete al realizar la actividad ilícita para la que la asociación se constituyó. 13. En síntesis, es un contrasentido pretender abordar el tipo legal de asociación ilícita para delinquir en función de los actos delictivos perpetrados, y no de la propia pertenencia a la misma. No se está ante un supuesto de codelincuencia en la comisión de los delitos posteriores, sino de una organización instituida con fines delictivos que presenta una cierta inconcreción sobre los hechos punibles a ejecutar".

Como se podrá apreciar, cuando se atribuya ser parte de una asociación para delinquir, a diferencia de una conspiración para delinquir, debe concurrir necesariamente lo siguiente:

- Que el agente debe haber sido parte de una agrupación delictiva dentro de una estructura objetiva, en el que se le pueda distinguir sus roles, funciones y actividades, identificándolo como un mando direccional, mando medio o ejecutor (instrumentos dolosos).
- Que haya existido una asociación delictiva con relativa organización.
- Que haya existido una asociación delictiva con carácter permanente o estable.
- Que haya existido una asociación delictiva en el que, para su consumación, no es necesario el desenvolvimiento societario, en donde ni siquiera se necesitaría que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo.
- Que haya existido una asociación delictiva de tipo autónoma e independiente del delito o delitos que a través de ella se hayan cometido.

Es muy importante que este Acuerdo Plenario haga resaltar que sería un contrasentido pretender abordar e imputar el tipo penal de asociación para delinquir en función de los actos delictivos supuestamente consumados y no de acuerdo en la propia pertenencia a la misma.

Por eso mismo, en la doctrina nacional se ha afirmado lo siguiente: "El delito de asociación ilícita para delinquir, tal como está redactada en el Código Penal peruano, se consuma o se perfecciona desde que el sujeto activo "ingresa" a la organización criminal, y no cuando este cometa los ilícitos penales para los cuales la asociación está destinada. A nuestro juicio, ahí radica el grave problema de que coexistan actualmente en el fuero judicial —y hasta fiscal— tantos y complejos procesos penales por delitos de asociación ilícita. [...] Debemos de tener en cuenta que la ley penal peruana reprime (desde la óptica del delito consumado) a quien es autor del delito de asociación ilícita para delinquir, es decir a quien es parte de una agrupación criminal, y por el solo hecho de ser parte de esta [...]"[88].

En esa misma línea interpretativa, se ha apuntado lo siguiente: "La consumación del delito para cada miembro de la asociación —de la mano del principio del hecho propio y de la personalidad de las penas— requiere tomar en cuenta el momento de la efectiva afiliación y el hecho de formar parte de una organización criminal, sin reparar en la asociación como ente y estructura, en su fecha de constitución o cuando comienza sus actividades o ejecuta un plan criminal"[89].

Así también se considera lo siguiente: "La consumación del delito queda plenamente justificada cuando se forma parte de una agrupación de dos o más personas destinada a cometer delitos; ello de modo independiente a si existe o no alguna fase de realización del programa criminal o se cometen los delitos a los que la organización tiende"[90].

Conforme se puede apreciar, toda imputación por asociación para delinquir debe hacer mención que el agente o el sujeto activo haya sido parte integrante de una organización criminal que hubiese tenido como finalidad la comisión de delitos, que esta organización haya tenido un carácter estable-permanente, así como que haya existido una estructura jerárquica y con división funcional de roles.

En cuanto al concepto doctrinal de la estabilidad y permanencia en la organización criminal, se sustenta lo siguiente: "La doctrina y es pacífica al entender que la asociación ilícita para delinquir no solo implica un acuerdo genérico y/o específico de voluntades, sino que requiere comprobar una situación de estabili-

88 Reátegui Sánchez, James, "Aspectos fundamentales del delito de delito de asociación ilícita para delinquir y su relación con el principio de la cosa juzgada", en *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia penal de la Corte Suprema*, José Luis Castillo Alva (dir.), Lima: Grijley, 2008, p. 859.

89 Castillo Alva, José Luis, *Asociación para delinquir*, ob. cit., p. 138.

90 *Ibid.* p. 140.

dad y permanencia en la organización criminal, tanto en su estructura jerárquica como en la distribución de funciones. Así, asociarse significa unirse voluntaria y permanentemente para conseguir con la actuación colectiva un fin común, en este caso, un fin ilícito. La permanencia de la organización criminal hace referencia al carácter estable de la estructura de la asociación ilícita, la cual subsiste a pesar de cometerse o no los delitos. En definitiva, la permanencia alude al grado de adhesión y pertenencia de los miembros con la empresa criminal [...] En ese orden de ideas, el elemento más importante es la probanza de permanencia del imputado en la organización, elemento diferenciador respecto a otras formas de participación y concurrencia de voluntades en la realización de un delito [...]"[91].

Si bien la asociación para delinquir se consuma con la sola pertenencia a la organización criminal, teniendo un carácter de comisión permanente o de tracto sucesivo, en donde no se castiga, penalmente hablando, la intervención específica en un delito, sino la intervención en una asociación destinada a cometerlos con independencia de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos.

Corroborando lo sustentado, la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Constitucional por medio del Exp. N.º 4118-2004-HC/T-Piura-Luis Alberto Velásquez Angulo (Fundamento Jurídico 22), ha afirmado lo precedentemente fundamentado de la siguiente manera: "22. Otro aspecto en el que es posible diferenciar la participación delictiva del delito de asociación ilícita, es el hecho de que, de acuerdo con lo establecido por el artículo 317 del Código Penal, la configuración del delito de asociación ilícita requiere, para su configuración, que el agente forme parte de una organización de dos o más personas destinada a cometer delitos, por lo que el tomar parte de un delito aislado no puede dar lugar a la sanción por dicho delito. El delito de asociación ilícita requiere, por lo tanto, de una vocación de permanencia. Dicha vocación de permanencia no se presenta en la participación delictiva, la cual opera ante la comisión de un delito aislado"[92].

Por otro lado, si bien dentro del Código Penal, en su parte general, no existe alguna norma vinculada a los actos preparatorios criminalizados o punibles, como el caso de la conspiración para delinquir, sin embargo, en su parte especial, aparte de la conspiración para el sicariato, podemos encontrar otras

91 REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, "Aspectos fundamentales del delito de delito de asociación ilícita para delinquir y su relación con el principio de la cosa juzgada", en *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia Penal de la Corte Suprema*, ob. cit., p. 865.

92 Publicado con fecha 6 de julio del 2005 en la página web de nuestro Tribunal Constitucional.

formas o modalidades de conspiración delictiva regulados, como tipos penales autónomos e independientes, para los siguientes supuestos:

- El tomar parte de una conspiración de dos o más personas para promover, favorecer o facilitar el tráfico ilícito de drogas (artículo 296 del Código Penal). Se ha afirmado que ha sido oportuno la decisión del legislador con respecto a la incorporación de esta concreta modalidad delictiva, porque responde a la influencia contemporánea de las estrategias de la política criminal internacional contra la delincuencia organizada, las cuales se desarrollaron plenamente en la Convención de Palermo. Se trata de actos preparatorios criminalizados autónomamente y donde lo esencial y punible es el intercambio y acuerdo de voluntades en relación a un proyecto delictivo común: la promoción, el favorecimiento o la facilitación del tráfico ilícito de drogas, por lo que, el mero acto conspirativo será típico y punible[93].
- El tomar parte en una conspiración de dos o más personas para cometer delitos de rebelión, sedición o motín (artículo 349 del Código Penal).
- El que participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de terrorismo en cualquier de sus modalidades, figura delictiva que ha sido incorporada a nuestro ordenamiento jurídico por medio del Decreto Legislativo N.º 1233 del 26 de setiembre del 2015, en donde se agregado el artículo 6-B al Decreto Ley N.º 25475[94].

---

93 En ese sentido, PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Proceso Penal y Personas Jurídicas", en *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*, Lima: Idemsa, 2009, pp. 298 y 299. Sin embargo, este mismo autor cuestiona que esta modalidad de conspiración para delinquir solo proyecte su eficacia sobre el delito de promoción, favorecimiento o facilitación del consumo ilegal de drogas mediante actos de fabricación o tráfico de drogas contenido en el primer párrafo del artículo 296 del Código Penal, la que debe también comprender a los supuestos relativos al suministro y tráfico de materias primas e insumos (tercer párrafo del artículo 296 y artículo 296-B, ambos del Código Penal).

94 *Vid.* LA LEY "¿En qué consiste el nuevo delito de conspiración para favorecer al terrorismo?", en *La Ley*, Lima: 28 de setiembre del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1G7Mai3>. "Este nuevo ilícito penal está previsto para aquellos casos en los que, sin necesidad de que se inicie la ejecución de algún acto terrorista, se realicen actos preparatorios incluso previos a la etapa de tentativa. Así, estaremos ante el delito de conspiración para promover el terrorismo cuando el agente participe, por ejemplo, en reuniones, sesiones o planeamientos de estos actos. Es importante tener presente que este delito ha sido publicado luego de la liberación de Peter Cárdenas Schutz, ex cabecilla del MRTA, por lo que podría suponerse que la intención del Ejecutivo ha sido establecer un marco legal que haga frente al eventual accionar delictivo de los líderes terroristas que serán liberados en los próximos meses luego de cumplir sus condenas. ¿De qué forma? Sancionando eventuales actos de promoción, favorecimiento o facilitación

En la doctrina nacional también se apunta que el novedoso tipo penal de marcaje o reglaje (artículo 317-A del Código Penal), es una subespecie del delito de conspiración para delinquir, es decir, tanto por la criminalización de actos preparatorios, como por la finalidad de cometer, planificar o facilitar delitos-fin[95].

Salvo los supuestos de hecho de conspiración que se encuentran expresamente regulados como tipos penales autónomos dentro de la parte especial de nuestro Código Penal, cabe mencionar que conforme al principio de legalidad penal, en los demás supuestos de conspiración para delinquir existe una zona de impunidad al no existir una regulación normativa que los comprenda, ya que como regla general el solo acuerdo para cometer un delito concreto o específico no presenta reproche penal[96].

En términos de *lege ferenda*, debe tenerse presente que el artículo 514 del Proyecto del Nuevo Código Penal, se encuentra proponiendo la regulación expresa del tipo penal de conspiración para cometer delitos, bajo el supuesto de hecho de tomar parte de una conspiración de dos o más personas para cometer, en un sentido amplio y genérico, cualquiera de los delitos que se encuentra previstos en este mencionado proyecto. Conforme se puede apreciar, la idea central de esta propuesta legislativa es establecer que la conspiración para delinquir deje de ser una excepción en su tipificación y pase a ser una regla punitiva en la parte especial del Código Penal.

2.2. La estructura del tipo penal de conspiración para el sicariato

Por medio de la reforma comentada, el legislador nacional ha decidido introducir al ordenamiento jurídico penal dos nuevas expresiones de adelantamiento de las barreras de protección estatal: la conspiración para el sicariato y el ofrecimiento a otros para el sicariato (artículo 108-D del Código Penal[97]).

---

del terrorismo que puedan realizar estos sujetos". Además, véanse las siguientes opiniones académicas en las que se apunta que la incorporación de esta nueva modalidad delictiva va en contra del principio de legalidad penal en PANTA CUEVA, David, "¿El delito de conspiración para favorecer el terrorismo afecta el principio de legalidad penal?", en *La Ley*, Lima: 6 de octubre del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1MTGGAl>; LAMAS PUCCIO, Luis, "El nuevo delito de conspiración para el terrorismo vulnera el principio de legalidad", en *La Ley*, Lima: 3 de octubre del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1VUd2xC>.

95 En estos términos se expresa PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy, "El delito de marcaje o reglaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales", Friburgo: 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1KHO9vb>.

96 *Vid.* CASTILLO ALVA, José Luis, *Asociación para delinquir*, ob. cit., pp. 148 y 149.

97 "Artículo 108-D.- La conspiración y el ofrecimiento para el delito de sicariato.

Con la sanción y punición de la conspiración al delito de sicariato, el legislador adelanta las barreras de punición a la etapa anterior a los actos de ejecución, que de acuerdo al *iter criminis* del delito, serían los actos preparatorios[98].

Un sector importante de la doctrina nacional viene sosteniendo que con el nuevo tipo penal de conspiración para el sicariato nos ubicamos en una fase que inclusive precede a la preparatoria, donde la idea a delinquir empieza a madurar, no se exterioriza aún en la realidad, por lo que siguiendo el aforismo *cogitatione poenam nemo patitur*, aquella no puede ser objeto de incriminación[99].

El tipo penal de conspiración para el sicariato tiene la peculiaridad de castigar penalmente al agente que participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato[100]. Si bien se busca afirmar que el conspirador solo sería aquella persona que actuaría luego como autor del delito

---

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años:

1. Quien participa en una conspiración para promover, favorecer o facilitar el delito de sicariato.
2. Quien solicita u ofrece a otros, cometer el delito de sicariato o actúa como intermediario.

La pena privativa de libertad será no menor de seis ni mayor de diez años, si las conductas antes descritas se realizan con la intervención de un menor de edad u otro inimputable".

98 Delgado Castro, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal,* art. cit., p. 100.

99 Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal,* vol. 15, Lima: Instituto Pacífico, setiembre del 2015, p. 81.

100 "Cuando una persona delinque pasa por varias etapas que van desde que tiene la idea de cometer un delito hasta su ejecución. A este proceso se le llama *iter criminis* o camino al delito. Antes de que una persona ejecute un delito —y por tanto, empiece a poner en peligro un bien jurídico—, existen dos etapas previas que, salvo contadas excepciones, no son sancionadas por la ley penal. La primera es la fase interna, es decir, los actos que están dentro del fuero interno de una persona, por ejemplo, los pensamientos, las ideas, la deliberación o determinación de cometer un delito. Y la segunda, es la fase externa que son aquellos actos que preparan el terreno del delito sin ser lo suficientemente peligrosos como para ser sancionados, es decir, los actos preparatorios, como por ejemplo, comprar una pistola. Según el Dr. Nakazaki, la conspiración es un acto preparatorio y la regla es que no se sanciona a quien los comete. "Salvo el caso de delitos específicos como el tráfico ilícito de drogas donde se castiga el solo hecho de traficar el insumo", agrega. Por regla general, el solo acuerdo entre dos personas para delinquir, o en este caso, para matar a alguien no sería delito. Sin embargo, con esta nueva ley, no importa si no se ejecuta el homicidio. Para que alguien reciba una pena de cinco a ocho años, bastará probar que contrató a alguien para matar a otro. Y si utilizó a menores o inimputables para conspirar, la pena será de seis a diez años". *Vid.* Perú 21 "Ley del sicariato: ¿Una solución novedosa o un saludo a la bandera?", en *Perú 21,* Lima: 3 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/24fBBGY>.

de sicariato, no existiendo, por tanto, participación en la conspiración, sin embargo, en términos de *lege lata* incluye a esta, cuando se hace mención en el tipo objetivo que es para promoverlo, facilitarlo o favorecerlo[101]. Los sujetos que participan en la conspiración pueden ser el mandante, el intermediario y el sicario[102].

Si bien es verdad que todo delito se encuentra previsto y redactado en la parte especial del Código Penal para el autor como sujeto activo principal del hecho punible, siendo más concretamente el autor directo o inmediato, sin embargo, un tipo penal de conspiración para el sicariato, por su propia naturaleza y como toda conspiración, requerirá la presencia de por lo menos dos o más personas que conspiren, presentándose una regulación expresa de coautoría, por lo que no será posible que una sola persona pueda cometer este delito.

Este delito busca proteger el bien jurídico de la vida humana independiente pero haciéndose uso de la técnica de los delitos de peligro, debido a que para su perfeccionamiento no se requiere la presencia de un resultado lesivo (muerte de la víctima) sino su solo puesta en peligro mediante el acuerdo entre dos o más personas para dar muerte a una persona previamente escogida e individualizada[103].

Además, el hecho de que el legislador nacional se permita regular en forma expresa la conspiración para el sicariato implica entender que ha decidido elevar a la categoría de delito consumado comportamientos que antes eran considerados simples actos preparatorios. La conspiración deberá ser entendida como una forma de planificación delictiva o de coautoría adelantada, en donde existe acuerdo delictual pero sin la necesidad de que exista la ejecución posterior conforme a lo previamente acordado. Por tanto, no será necesario para la realización típica que el proyecto criminal se implemente materialmente, ni que su concreción sea exitosa o fracase, o que en su ejecución intervenga directa o indirectamente el conspirador[104].

Un comportamiento de conspiración para el sicariato, como nuevo tipo penal, deberá tener relevancia penal en tanto se planifique o se concierte la ejecución de un futuro delito concreto, debiendo existir la presencia de una futura víctima determinada, no pudiendo caer en lo abstracto o indeterminado aquel

101 En esos términos se refiere PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 82.

102 DELGADO CASTRO, César A., "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 101.

103 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 59.

104 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "Proceso Penal y Personas Jurídicas", en *Nuevo proceso penal. Reforma y Política Criminal*, art. cit., p. 299.

acuerdo criminal. Esta confabulación criminal no debe ser entendida como una mera ideación a delinquir, sino como la plasmación de una conducta que suponga la posibilidad inmediata y no remota de dar muerte a una persona motivado por el lucro, requiriéndose por ello un marco preciso de concreción delictiva, en donde debe vislumbrarse acuerdos criminales que tengan como paso siguiente su ejecución[105].

Conforme al principio de legalidad penal, debe entenderse que el legislador solo ha decidido introducir al Código Penal la conspiración para el sicariato y no la conspiración para cometer cualquier otro modalidad de homicidio, por lo que si se acredita que solo existió planificación, concierto o conspiración para cometer a futuro un homicidio simple, asesinato, feminicidio, parricidio u homicidio piadoso, ello carecerá de relevancia penal.

Así también, se debe descartar a la fecha la existencia, como tipo penal autónomo y conforme al principio de legalidad, la conspiración para cometer delitos de hurto o robo o la conspiración para cometer un acto de violación sexual, salvo que puedan configurarse otros tipos penales (tenencia ilegal de armas, marcaje o reglaje, etc.)[106].

Si bien, conforme se ha explicado en líneas precedentes, el delito de sicariato es un delito que se realiza como consecuencia de un hecho anterior, es decir, por la presencia del acuerdo entre sicario y contratante para dar muerte a determinadas personas, o también el ofrecimiento privado o público que se realiza para cometer homicidio a cambio de dinero u otra ventaja indebida. Sin embargo, muchos de estos acuerdos u ofrecimientos no llegan a materializarse por diferentes circunstancias por no llegar a ponerse de acuerdo en el precio, por desistimiento del sicario, por desistimiento del contratante, por ponerse a buen recaudo la posible víctima, por captura del sicario cuando iba al encuentro de su víctima, entre otras[107].

Conforme a lo expuesto en líneas precedentes, la sola pertenencia de una persona a una organización delictiva, constituye el delito de organización a delinquir, que para su materialidad típica no requiere que sus miembros comentan

105 Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 82.

106 En la doctrina nacional Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., pp. 82 y 83, sostiene que si el agente requiere realizar actos de seguimientos sobre su víctima, por cierto tiempo, estará ya incurso en el tipo penal de reglaje, conforme a los contornos normativos del artículo 317-A del Código Penal.

107 Salinas Siccha, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 57.

delito alguno, por lo que si lo que hacen estos sujetos es agruparse organizativamente con la finalidad de cometer esta clase de hechos punibles, son pasibles de responder por el artículo 317 del Código Penal, que también penaliza los denominados actos preparatorios[108].

Sin perjuicio de entender que el tipo penal de conspiración para el sicariato es un delito doloso, se debe asumir además que es un delito finalístico, ya que dentro de su estructura típica se introduce el elemento subjetivo adicional de la tendencia interna trascendente, elemento que si bien se encuentra en el tipo subjetivo no es necesario ni exigible que se materialice en la realidad para poder entender consumado el delito en forma anticipada.

2.3. La estructura típica del tipo penal de ofrecimiento y solicitud al sicariato: la proposición y la tentativa de inducción al sicariato

Por otro lado, el legislador nacional tomando atención de la información brindada por los distintos medios de comunicación, con respecto a que los denominados sicarios ofrecen sus "servicios" por internet y demás redes sociales[109],

108 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 83.

109 Asesinos a sueldo de Trujillo promocionan sus crímenes por encargo en la web ¡Qué Barato! Los sicarios trujillanos no le dan la espalda a la modernidad y osan promocionarse a través de la Internet. Estos asesinos a sueldo ofrecen sus 'servicios' para matar, según afirman, de manera "seria, profesional y con experiencia". Incluso, prometen viajar a otras partes del país a ejecutar los homicidios. Este es el caso de un hampón que se identifica como 'Van Helsing', quien el 29 de diciembre pasado puso un anuncio en la página web ¡Qué Barato!, donde promocionaba sus crímenes por encargo, asegurando que cuenta con una amplia experiencia en este tipo de 'oficio'. "Trabajo serio, efectivo y discreto. Su problema pasa a ser el mío. Puedes estar seguro que nadie podrá relacionarlo con lo sucedido y que su problema será eliminado", escribe el delincuente. Para cerrar el 'negocio', el hampón pide que le escriban al correo electrónico van.helsin2010@hotmail.com. Agentes de la Divincri creen que detrás de estos anuncios estarían integrantes de la banda 'La Jauría', asentada en el distrito trujillano de La Esperanza. Al respecto, el jefe de la Policía en La Libertad, coronel Óscar Gonzales, manifestó que el Ministerio del Interior ya aprobó la implementación de un Laboratorio Digital Forense en Trujillo. Con esto, aseguró, podrán rastrear cuentas en Facebook, Twitter y blogs en donde se promocionan estos sicarios. Agregó que, tras una capacitación dada por técnicos de la Policía de Lima, la próxima semana ya debe estar operando la nueva oficina digital" PERÚ 21 "Sicarios ofrecen sus 'servicios' por internet", en *Perú 21,* Lima: 21 de enero del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1NMmR8X>. "Sin duda, la intervención de las autoridades en internet es nula pues los servicios se solicitan todos los días y a vista y paciencia de todos. El sicariato en nuestra capital ha ido en aumento y su proliferación no solo se hace a través de contactos sino también a través de avisos en algunas páginas web. Tal es el caso del portal <http://www.quebarato.com.pe/> que permite colocar el

ha decido incorporar el tipo penal de ofrecimiento para el sicariato, supuesto de hecho que consiste en ofrecer a otros el delito de sicariato, comportamiento delictivo que, a diferencia de la conspiración, puede ser realizada por una medio de un autoría directa e inmediata. Se entiende que el que ofrece el servicio puede ser el o los mismos sicarios o un intermediario de él o ellos[110].

Es sabido también que los denominados sicarios no tienen tapujo alguno de ofrecer sus servicios de forma directa; en algunos postes del Callao, se colocan los siguientes avisos o se reparten volantes señalando lo siguiente: "¿Te gustaría desaparecer a alguien? ¿Tienen cuentas pendientes contigo? Yo soy el que buscabas"[111].

El tipo penal de ofrecimiento para el sicariato se encuentra regulado como un delito de mera actividad y de comisión instantánea, consumándose con el solo supuesto de que el agente ofrezca sus "servicios" de sicariato a terceros, no exigiéndose que estos terceros tomen sus servicios o que lleguen a un acuerdo o que simplemente le hagan la "consulta", por lo que, por su propia naturaleza, es un delito que no requiere que el sicario tenga individualizada o determinada a la futura víctima a matar.

Si bien el delito de conspiración para el sicariato implica ser un adelantamiento de las barreras de protección estatal, el tipo penal de ofrecimiento para el sicariato implica ser un mayor adelantamiento. Este delito es también denominado como proposición al sicariato, en el sentido de que lo hace el agente es de sugerir al otro, la perpetración de un injusto penal, identificándose una actuación unilateral, donde el proceder del agente radica en proponer a un tercero cometer el delito de sicariato, sin necesidad de requerirse la aceptación por parte de la otra persona[112].

---

aviso de estos facinerosos que aseguran realizar un trabajo 'responsable' y hasta otros se autodenominan 'especialistas en limpieza humana'. En el tarifario de los sicarios online se ofrecen servicios desde 100 soles, si es que quieres solo asustar a la víctima, hasta 5 mil por terminar con la vida de una persona. Aunque varios de los sitios web que ofrecen oportunidades laborales por Internet tienen filtros y restricciones, nuevamente los denominados mercaderes de la muerte invaden con avisos en la web. Sin duda, la intervención de las autoridades en internet es nula pues los servicios se solicitan todos los días y a vista y paciencia de todos". Correo, "Sicarios online: Aumentan avisos en portales", en *Correo*, Lima: 26 de febrero del 2014: Recuperado de <http://bit.ly/26pje4f>.

110 Salinas Siccha, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 60.

111 Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 84.

112 Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, ob. cit., p. 85. Este mismo autor añade en términos de interpreta-

Sin dejar de ser menos importante, el legislador nacional también ha incorporado el supuesto delictivo de solicitar a otros cometer el delito de sicariato, comportamiento delictual que adquiere relevancia penal con el solo pedido o solicitud de los servicios del sicariato, así no exista ofrecimiento del "vendedor" del servicio o conspiración del mismo.

Esta solicitud de cometer sicariato deberá ser entendido como la búsqueda realizada por aquella persona que desearía, en forma posterior, ordenar, encargar acordar el sicariato, algo así como buscando "ofertas" homicidas o de pretender "comprar" servicios de sicariato.

Este delito se consuma o perfecciona cuando el agente cita, concurre o se encuentra con el sicario o un intermediario de este último y le solicita sus servicios de dar muerte a una persona individualizada, por lo que el agente que requiere los servicios de un sicario, puede realizar personalmente la solicitud o también por medio de un sicario[113].

Esta solicitud de sicariato, también conocido como tentativa de inducción al sicariato o el tratar de convencer a otro, implica el anverso de la figura delictiva anterior, en donde un tercero tiene interés directo en que se elimine a una determinada persona, a tal efecto, lo que hace es agenciarse del órgano ejecutor, de efectuarse contacto con él y así solicita sus servicios personales, en cuanto a el encargo de asesinar a una víctima determinada[114].

Con el fin de poder generar relevancia penal, la doctrina nacional se pregunta si la solicitud o el ofrecimiento a otros a cometer el delito de sicariato, se cumpliría con su única difusión en un medio publicitario o por las redes sociales, se responde que entendiendo que esta publicidad toma lugar de forma indeterminada, donde será el contacto que se establezca con uno de los nave-

---

ción paralela y sistemática, que un planteamiento de esta naturaleza —con sus propios matices—, lo podemos ver en el caso del cohecho pasivo propio o impropio, en la modalidad de solicitar dádiva, promesa o prebenda, que por su singular naturaleza, no requiere de la aceptación del particular, como una sugerencia directa para decidir en la mente del tercero, para que este último adopte la decisión de tomar los servicios del sugerente.

113 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal,* art. cit., p. 60.

114 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal,* ob. cit., p. 85. En la página 86, este mismo autor apunta que para la consumación de esta figura delictiva no es necesario el acuerdo de voluntades entre el instigador y el sicario, ya que si la solicitud a cometer el sicariato, se cuenta ya con la aceptación del asesino, estaríamos en la modalidad delictiva de conspiración y, se inicia ya los actos ejecutivos para su real perpetración, desplazamos el substrato fáctico al artículo 108-C del Código Penal.

gantes, lo que definirá una comunicación directa, por tanto, la posibilidad de llegar a un acuerdo, requiriéndose de una comunicación ya directa, donde los interlocutores pueden intercambiar ideas, entre estas, que uno de ellos pueda proponer al otro la comisión de un hecho punible (sicariato)[115]. De todas maneras consideramos que, sobre el tema en concreto, deberá existir pronunciamiento del Tribunal Constitucional o de la Corte Suprema con el fin de que se genere y brinde seguridad jurídica al justiciable.

V. CONCLUSIONES INTERPRETATIVAS

El delito de sicariato implica matar a otro por orden, encargo o acuerdo (tipo objetivo), con el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole (tendencia interna trascendente).

El novedoso tipo de sicariato conforme a su estructura típica podría entrar en conflicto aplicativo con el asesinato por lucro, por lo que, el juzgador al apreciar que existe una doble tipificación de lo mismo, conforme a sus consecuencias jurídicas, optaría aplicar la normatividad penal más favorable al reo, en este caso el asesinato por lucro.

En esa línea de ideas, sin embargo, es posible sostener que ambos tipos penales, a la fecha y de *lege lata*, pueden mantener su vigencia y su aplicación autónoma para supuestos distintos, por lo que no es tan cierto que estos delitos regulen la misma conducta delictiva, no siendo que sea necesario la derogación de la circunstancia del homicidio por lucro que forma parte integrante del tipo penal de asesinato.

Conforme a la estructura de la tipicidad objetiva del delito de sicariato, la muerte provocada debe ser consecuencia de la previa existencia de una orden, encargo o acuerdo con un tercero que permite después desembocar la presencia del resultado lesivo, por lo que no todo resultado (muerte) que realice el sicario será necesariamente tipificado como sicariato.

De acuerdo a la estructura de la tipicidad subjetiva del delito de sicariato, el sujeto activo del delito que ejecuta y consuma la muerte de la víctima no solo debe actuar con dolo (conocimiento y voluntad de realizar los elementos que conforman el tipo objetivo), sino que se requiere la presencia del elemento subjetivo adicional de la tendencia interna trascendente, esto es, el propósito de obtener para sí o para otro un beneficio económico o de cualquier otra índole.

115 Peña Cabrera Freyre, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 85.

El sujeto activo que decida cometer el delito de sicariato no necesariamente deberá tener el propósito o finalidad de obtener un beneficio económico o patrimonial, sino que podrá tener como fin la obtención de un beneficio de cualquier otra naturaleza: beneficio académico, sexual, profesional, laboral, etc.

Los nuevos tipos penales de conspiración para el sicariato y el ofrecimiento para el sicariato, son expresión de la problemática de la criminalización del estadio previo de la lesión del bien jurídico vida humana independiente, por significar ser parte del adelantamiento de las barreras de protección estatal y del Derecho Penal prospectivo, características que identifican a la doctrina del Derecho Penal del enemigo.

El supuesto delictivo de solicitar a otros cometer el delito de sicariato es un comportamiento delictual que adquiere relevancia penal con el solo pedido o solicitud de los servicios del sicariato, así no exista ofrecimiento o conspiración del mismo.

Un tema que será seguro de mayor debate y que necesariamente deberá ser materia de pronunciamiento jurisprudencial con el fin de poder crear mayor predictibilidad, es la posible presencia de un concurso de delitos o de un concurso aparente de leyes (unidad de ley) para los siguientes casos:

a. El caso donde un sicario decida no solo intervenir en una conspiración para el sicariato, sino que además decide intervenir en forma posterior cometiendo el delito de sicariato (matando a otro): ¿este doble proceder en el tiempo configurará un supuesto de concurso real de delitos o un supuesto de concurso aparente de leyes penales (unidad de ley)? A partir de que la conspiración al sicariato tiene como finalidad ejecutar en forma posterior el delito de sicariato, la materialización o concretización de este último, como resultado de lesión del bien jurídico vida humana independiente, permitirá subsumir o consumir el previo delito de peligro abstracto, existiendo por ello un concurso aparente de leyes, en donde por la unidad de ley solo se permitirá sancionar penalmente al sicario por el delito de sicariato (artículo 108-C del Código Penal). En la doctrina nacional se hace mención que por la estructura misma de la fórmula legislativa se concluye que el delito de conspiración, se consumará antes que se dé inicio a los actos propios del delito de sicariato, por lo que si los actos de conspiración se materializan, esto es, se da inicio el asesinato por lucro en perjuicio de la víctima a manos del o los sicarios, el hecho ya no será calificado como delito de conspiración sino será calificado como delito de sicariato o asesinato por lucro o

sueldo[116]. Además, reafirmándonos en lo sostenido, se apunta que si ya de la idea convergente se pasa a la ejecución de actos, ya no estamos ante un acto de conspiración para el sicariato cuando el agente logra matar a su víctima (consumación) o desenfunda el arma de fuego, pero no logra dar en el blanco (tentativa), esto conforme al principio de consunción[117].

b. El caso donde un sicario decida no solo ofrecer a otros sus servicios de sicariato y participando posteriormente en una conspiración para el sicariato producto de que alguien concuerde tomar sus servicios, sino que además decida intervenir cometiendo el delito de sicariato (matando a otro): ¿este triple proceder en el tiempo del mismo sicario configurará un supuesto de concurso real de delitos o un supuesto de concurso de leyes penales (unidad de ley)? Considerando que tanto el ofrecimiento al sicariato y la conspiración al sicariato tienen como finalidad ejecutar en forma posterior el delito de sicariato, la materialización o concretización de este último, como resultado de lesión del bien jurídico vida humana independiente, permitirá subsumir o consumir los previos delitos de peligro abstracto, existiendo por ello un concurso aparente de leyes, en donde por la unidad de ley solo se permitirá sancionar penalmente al sicario por el delito de sicariato (artículo 108-C del Código Penal). En la doctrina nacional se ha señalado que ambas modalidades delictivas (ofrecer y solicitar servicios de sicariato) constituyen conductas de mera actividad, consumándose en el mismo momento que el agente solicita los servicios del sicario o este último se limita a ofrecer sus servicios de dar muerte a las personas a cambio de un sueldo, no siendo necesario que la otra parte acepte la solicitud o acepte el ofrecimiento de los servicios, modalidades delictivas que se perfeccionan antes que se dé inicio a los actos mismos de sicariato, por lo que si en un caso el sicario da inicio al asesinato por sueldo, el hecho será calificado por este delito[118].

---

116 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal,* art. cit., pp. 59 y 60.

117 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal,* ob. cit., p. 82. Este mismo autor, en la página 84, agrega que una vez que el acuerdo de matar a la víctima es un consenso y se pasa a los actos que ingresan al ámbito de protección del tipo legal del artículo 108-C, ya no se está ante esta figura del injusto, por un tema de consunción tipificadora.

118 SALINAS SICCHA, Ramiro, "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal,* art. cit., p. 60.

c. El caso donde un sicario decida no solo ofrecer a otros sus servicios de sicariato, sino que además decida intervenir en forma posterior en una conspiración para el sicariato: ¿este doble proceder en el tiempo del mismo sicario configurará un supuesto de concurso real de delitos o un supuesto de concurso de leyes penales (unidad de ley)? Debido a que el ofrecimiento al sicariato es una conducta delictiva más lejana o remota que la conspiración al sicariato, estando ambas vinculadas por la misma finalidad del sicariato, el ofrecimiento deberá subsumirse o consumirse en la conspiración, existiendo por ello un concurso aparente de leyes, en donde por la unidad de ley solo se permitirá sancionar penalmente al sicario por el delito de conspiración al sicariato (artículo 108-D.1 del Código Penal). En ese sentido se sostiene que si bien en el delito de ofrecimiento al sicariato implica proponer a un tercero cometer el delito de sicariato, sin necesidad de requerirse la aceptación por parte de la otra persona, en donde si esto último se da, ya no se no podrá estar ante un delito de ofrecimiento al sicariato, sino de conspiración al sicariato[119].

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALCÓCER POVIS, Eduardo

2003 *La inclusión del enemigo en el derecho Penal*, Lima: Reforma.

ALEJOS, Eduardo

2015 "¿El sicariato como delito autónomo?", en *IUS 360*. Recuperado de <http://bit.ly/1WlRx7T>.

ALTAVOZ

"Para que no te engañen: todo sobre el 'nuevo' delito de sicariato", en *Altavoz*, Lima: 31 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1ruvQrb>.

BACIGALUPO, Enrique

2004 *Derecho penal. Parte general*, Lima: Ara Editores.

CARO CORIA, Carlos

2015 "Necesarias correcciones del delito de sicariato. A propósito de la reciente modificación al Código Penal", en *La ley*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1VxEGAp>.

119 PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R., "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 85.

CASTILLO ALVA, José Luis

2005 *Asociación para delinquir,* Lima: Grijley.

COBO DEL ROSAL, Manuel y Tomás VIVES ANTÓN

1999 *Derecho penal. Parte general,* 5.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

DELGADO CASTRO, César A.

2015 "El delito de sicariato y la conspiración a su comisión en el D. Leg. N.° 1181", en *Actualidad Penal,* vol. 15, Lima: Instituto Pacífico.

FIGUEROA NAVARRO, Aldo

2013 *El delito de marcaje o reglaje ¿expresión de un Derecho Penal de riesgo?,* Friburgo. Recuperado de <http://bit.ly/1iQEhbW>.

FRANCISCO RODRÍGUEZ, Heydegger

2015 "El delito de sicariato. Breves consideraciones", en *Actualidad Penal,* vol. 15, Lima: Instituto Pacífico.

GARCÍA CAVERO, Percy

2006 "Existe y debe existir un derecho penal del enemigo", en *Derecho penal del enemigo. El discurso de la exclusión,* vol. 1, CANCIO MELIÁ- GÓMEZ-JARA DIEZ (coords.), Madrid: Edisofer S.L.; Buenos Aires: Euros Editores y Montevideo: B de F Ltda.

GONZALES ORBEGOZO, Alexander

2013 "¿Es legítimo el acto preparatorio de marcaje o reglaje elevado a la categoría de delito consumado mediante la Ley N.° 29859?", en *Gaceta Penal & Procesal Penal,* n.° 50, Lima: Gaceta Jurídica.

HURTADO POZO, José

2015 "Breves anotaciones al margen del D. Leg. N.° 1181, relativo al delito de sicariato", en *Actualidad Penal,* vol. 15, Lima: Instituto Pacífico

2005 *Manual de derecho penal. Parte general,* 3.ª ed., t. I, Lima: Grijley.

IUS 360

2015 "Problemas con el 'nuevo' delito de sicariato: ¿Es una verdadera 'herramienta persuasiva' contra el crimen?". Recuperado de <http://bit.ly/1YFNWCl>.

LA LEY

2014 "Nuevo delito de asesinato por codicia: 5 datos clave que debes saber. Además de la eliminación del homicidio por envenenamiento", en *La Ley.* Recuperado en <http://bit.ly/1LSsIHS>.

2015 "7 claves para entender el nuevo delito de sicariato. Ilícito presenta seis modalidades agravadas", en *La Ley,* Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1FmqeoB>.

2015 "¿En qué consiste el nuevo delito de conspiración para favorecer al terrorismo?", en *La Ley*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1G7Mai3>.

LAMAS PUCCIO, Luis

2015 "El nuevo delito de conspiración para el terrorismo vulnera el principio de legalidad", en *La Ley*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1VUd2xC>.

MEINI MÉNDEZ, Iván

2007 "Notas sobre el derecho penal del enemigo y los derechos humanos", en *Los Caminos de la Justicia Penal y los Derechos Humanos*, Francisco MACEDO (coord.), Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MIR PUIG, Santiago.

2005 *Derecho penal. Parte general*, 7.ª ed., Montevideo-Buenos Aires: B de F, Julio César Faira Editor.

MORALES CAUTI, Julio César

2013 "El delito de marcaje o reglaje: ¿Protección de bienes jurídicos o derecho penal simbólico?", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 53, Lima: Gaceta Jurídica.

NÚÑEZ PÉREZ, Fernando Vicente

2015 "El tipo penal de sicariato como expresión del derecho penal del enemigo", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico.

PALOMINO RAMÍREZ, Walter

2013 "El delito de marcaje como expresión de un 'sistema penal de la exclusión'. Comentarios a propósito de los Proyectos de Ley N.º 2056/2012-CR y N.º 2100/2012-PE", en *Gaceta Penal & Procesal Penal* n.º 48, Lima: Gaceta Jurídica.

PANTA CUEVA, David

2015 "¿El delito de conspiración para favorecer el terrorismo afecta el principio de legalidad penal?", en *La Ley*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1MTGGAl>.

PÁUCAR CHAPPA, Marcial Eloy

2015 "El delito de marcaje o reglaje: un análisis dogmático sobre sus notas esenciales", Friburgo. Recuperado de <http://bit.ly/1KHO9vb>.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso R.

2013 "Una nueva manifestación tipológica del derecho penal del enemigo: El delito de reglaje en el Perú", en *Estudios críticos de derecho penal y política criminal. A partir de la jurisprudencia nacional y los nuevos tipos penales*, Lima: Ideas Solución Editorial.

2015 "Conspiración y ofrecimiento al delito de sicariato", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2009 "Proceso penal y personas jurídicas", en *Nuevo proceso penal. Reforma y política criminal*, Lima: Idemsa.

PÉREZ LÓPEZ, Jorge A.

2015 "El tipo penal de sicariato como expresión del derecho penal del enemigo", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico.

2015 "El delito de sicariato incorporado al Código Penal mediante el Decreto Legislativo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 75, Lima: Gaceta Jurídica.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James

2008 "Aspectos fundamentales del delito de delito de asociación ilícita para delinquir y su relación con el principio de la cosa juzgada", en *Comentarios a los precedentes vinculantes en materia Penal de la Corte Suprema*, José Luis Castillo Alva (dir.), Lima: Grijley.

REYES TELLO, Roxana

2015 "El derecho penal del enemigo", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*. n.º 75, Lima: Gaceta Jurídica.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2015 "El innecesario delito de asesinato a sueldo: sicariato", en *Actualidad Penal*, vol. 15, Lima: Instituto Pacífico.

SAN MARTÍN CASTRO, César

2012 "Control difuso en materia penal", en *Estudios de derecho procesal penal*, Lima: Grijley.

VILLAR RAMÍREZ, Manuela Rosana

2015 "El delito de sicariato: comentarios al D. Leg. N.º 1181", en *Actualidad Penal*, Lima: Instituto Pacífico.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

2009 *Estructura básica del derecho penal*, Buenos Aires: Ediar.

CRIMINALIDAD INFORMÁTICA, CRIMEN ORGANIZADO E INTERNACIONALIZACIÓN DEL DELITO

LUIS MIGUEL REYNA ALFARO*

* Abogado por la Universidad de San Martín de Porres (Perú). Doctorando en Derecho penal y Política Criminal por la Universidad de Granada (España). Experto universitario en Criminología por la UNED (España). Profesor de Derecho Penal Económico y de la Empresa y de Criminología de la Universidad de San Martín de Porres (Perú).

SUMARIO: I. Introducción. II. Los riesgos de la informática y su relación con el crimen organizado. III. Precisión conceptual previa: distinción entre los delitos informáticos propiamente dichos y los delitos computacionales. IV. La regulación de los delitos informáticos en el Perú. 1. Antecedentes legislativos. 2. La legislación vigente (Ley N.º 30096). 3. Elementos trascendentes de la nueva regulación peruana de los delitos informáticos. 3.1. El delito de intrusismo informático. 3.2. El delito de sabotaje informático. V. Crimen organizado y criminalidad informática. 1. Planos en los que articula la relación entre crimen organizado y delito informático. 2. Rasgos de conexión entre el crimen organizado y la criminalidad informática. 2.1. El blanqueo de capitales. 2.2. La pornografía infantil. 2.3. Los fraudes patrimoniales a través de la red: *phishing* y *pharming*. VI. A modo de conclusión: los retos de la justicia penal ante la criminalidad informática. VII. Bibliografía.

> "No foreign nation, no hacker, should be able to shut down our networks, steal our trade secrets, or invade the privacy of American families, especially our kids. We are making sure our government integrates intelligence to combat cyber threats, just as we have done to combat terrorism. And tonight, I urge this Congress to finally pass the legislation we need to better meet the evolving threat of cyber-attacks, combat identity theft, and protect our children's information. If we don't act, we'll leave our nation and our economy vulnerable. If we do, we can continue to protect the technologies that have unleashed untold opportunities for people around the globe".
>
> *Barack Obama*[1]

1 "Ningún país extranjero, ningún hacker, debería ser capaz de bloquear nuestras redes, robar nuestros secretos comerciales o invadir la privacidad de las familias estadounidenses, especialmente de nuestros hijos. Urjo a este Congreso a aprobar la legislación que necesitamos para afrontar con mayores garantías el cambiante reto de los cibera-

I. INTRODUCCIÓN

Dentro del permanente proceso de *contrarreforma* que ha venido sufriendo nuestra legislación penal, patentizado en las casi 600 leyes modificatorias del CP[2], la promulgación de paquetes normativos orientados a "luchar" contra determinadas tipologías delictivas[3] parece ser una especie de *modus operandi* de un legislador cuyas decisiones de política criminal se basan, más que en datos provenientes de la criminología o la ciencia dogmática, en un demagógico discurso represivo que solo hace disfrazar la ineficiencia del Estado en su tarea de prevenir la criminalidad mediante la protección de los bienes jurídicos de sus ciudadanos.

Con esta afirmación inicial no se pretende desconocer la nocividad de ciertas formas de criminalidad ni se pretende afirmar que no sea necesario que el Derecho penal articule respuestas ante las mismas, sino cómo es que el recusable *uso político del Derecho penal* por parte de un legislador que ve en la ley penal no un medio de prevención del delito sino un mecanismo de captación de votos, termina generando una legislación penal de escasa técnica jurídica, con predominio de incongruencias e inconsistencias y poco eficaz desde la perspectiva preventiva[4].

---

taques, combatir el robo de identidad y proteger la información de nuestros hijos. Si no actuamos, dejaremos nuestra nación y nuestra economía vulnerables. Si lo hacemos, podremos continuar protegiendo las tecnologías que hemos desencadenado hacia oportunidades indecibles para las personas alrededor del globo". Discurso "State of the Union 2015". Recuperado de <http://cnn.it/1yHGjQd>.

2 La Ley "El Código Penal ha sido modificado 577 veces", en *La Ley*, 21.ª ed., Lima: 21 de diciembre del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1MWkgON>.

3 La utilización de referencias bélicas en el plano de la prevención de la criminalidad y, especialmente respecto del crimen organizado, es común en el derecho comparado. Ver al respecto Stuntz, William, *The collapse of american criminal justice*, Massachusetts: Harvard University Press, 2011, pp. 158 y 159; Dübber, Markus Dirk, "Policing possession: The war on crime and the end of criminal law", en *Journal of Criminal Law and Criminology*, vol. 91.4, Northwestern University, 2001, p. 831 y ss.
Tras los ataques informáticos de Corea del Norte al *website* de Sony Pictures Entertainment se ha extendido el uso de la expresión "cyberterrorismo". *Vid.* El País "El FBI acusa a Corea del Norte formalmente del ciberataque a Sony", en *El País*, Madrid: 19 de diciembre del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1xu5A0q>.

4 Sobre el uso político del derecho penal, Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Irracionalidades punitivas y violencia doméstica: A su vez, una demostración de la trascendencia de la investigación criminológica como mecanismo de contención del uso político del Derecho penal", en Villavicencio Terreros, Felipe; Nancy Guzmán Ruiz de Castilla; Luis López Pérez y Edvar Cueva Castro (coords.). *Temas de ciencias penales*, vol. II, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2013, pp. 670-676.

En ese contexto poco feliz es que se ubica la incorporación de una serie de normas que han orientado su finalidad al incremento de la seguridad a través del enfrentamiento a ciertas formas específicas de criminalidad y surge así la Ley contra el Crimen Organizado (Ley N.º 30077)[5] que involucra, como se observa en el artículo 3 de la mencionada ley, los delitos informáticos descritos en los artículos 207-B y 207-C del Código Penal (en adelante, CP)[6].

Posteriormente, sin embargo, se promulgó la Ley N.º 30096, Ley de Delitos Informáticos (en adelante, LDI)[7], que estableció un régimen legal autónomo en torno a las conductas delictivas de tipo informático. La LDI fue objeto de modificación legal mediante la Ley N.º 30171[8].

El objeto de este trabajo, además de examinar los delitos informáticos que son calificados por la Ley N.º 30077 como delitos *graves* y que habilitan la aplicación de las reglas procesales, penológicas y de ejecución penal desarrolladas por la Ley contra el Crimen Organizado, es reconocer, a partir de ciertas dinámicas de corte sociológico, el impacto criminológico de estos fenómenos delictivos y los desarrollos de la política criminal en estas materias.

II. LOS RIESGOS DE LA INFORMÁTICA Y SU RELACIÓN CON EL CRIMEN ORGANIZADO

Hoy en día existe consenso absoluto, tanto en la Sociología como en el Derecho penal, sobre el impacto de las nuevas tecnologías y de la informática en

5 Publicada en el diario oficial *El Peruano* del 20 de agosto del 2013. Modificada en los aspectos procedimentales por la Ley N.º 30133, publicada en el diario oficial *El Peruano* del 20 de diciembre del 2013 y en los aspectos de ejecución penal por las Leyes N.º 30262 y 30332, publicadas en el diario oficial *El Peruano* del 6 de noviembre del 2014 y 6 de junio del 2015.

6 Debe tenerse presente los antecedentes conformados por la Ley N.º 27378, del 21 de diciembre del 2000 (Ley que establece beneficios por colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada, utilizaba incorrectamente la expresión "criminalidad organizada"), la Ley N.º 28959 (Ley contra la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes), así como los recientes Decretos Legislativos N.ºs 1180 (que establece beneficios de recompensa para promover y lograr la captura de miembros de organizaciones criminales, organizaciones terroristas y responsables de delitos de alta lesividad) y 1182 (que regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado) publicados en el diario oficial *El Peruano* del 27 de julio del 2015.

7 Congreso de la República, *Ley N.º 30096: Ley de delitos informáticos*, Lima: 2 de octubre del 2013.

8 Congreso de la República, *Ley N.º 30096: Ley que modifica la ley N.º 30096, Ley de delitos informáticos*, Lima: 2 de octubre del 2013.

las modernas sociedades del riesgo, haciendo eco de los planteos de la sociología de Ulrich BECK.

En su conocida obra *La sociedad del riesgo* el sociólogo Ulrich BECK reconoce los impactos de la modernidad sobre los niveles de riesgo que enfrenta la sociedad y como estos riesgos tienen, a diferencia del modo en que aquellos se expresaban anteriormente, carácter global y dimensiones catastróficas[9]. Pues bien, uno de los factores centrales del modo en que se encuentra articulada la *sociedad del riesgo* es la informática y, sobre todo, la internet[10] que impone al ordenador como *el nuevo soberano*[11].

Quizá sea conveniente resaltar cómo el carácter global de los nuevos riesgos guarda relación directa con los efectos de la internet en la estructura social moderna. El *ciberespacio,* conforme es resaltado por Zygmunt BAUMAN, otro sociólogo de renombre, es el factor determinante de la conformación de una *nueva élite global* que reside ya no en el "mundo ortodoxo de la soberanía, con sus fronteras alambradas y sus puestos de control fronterizos que velaban por la seguridad del territorio de los Estados-Nación" sino que opera dentro de un "nuevo espacio global, transnacional y transestatal"[12]. En este espacio (*ciberes-*

9 BECK, Ulrich, *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* traducción de Jorge NAVARRO, Daniel JIMÉNEZ y María ROSA BORRAS, Barcelona: Paidós, 2006, pp. 29, 31 y 33. Examinando su impacto político criminal: PRITTWITZ, Cornelius, "A função do direito penal na sociedade globalizada do risco. Defensa de un papel necesariamente modesto", en AMBOS, KAI y María Laura BÖHM, (coords.). *Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha,* Brasilia: Gaceta Jurídica, 2013, p. 53 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2.ª ed., Madrid: Civitas, 2001, p. 26 y ss.; MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo,* Madrid: Civitas, 2001, pp. 24 y ss.

10 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* ob. cit., p. 27; DE GIORGI, Alessandro, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud,* traducción de BRANDARIZ, José Ángel y Hernán BOUVIER, Madrid: Mapas, 2006, p. 139; MENDOZA BUERGO, Blanca, *El derecho penal en la sociedad del riesgo,* ob. cit., p. 27 (quien destaca cómo es que los riesgos de la modernidad son *Nebenfolgen* —consecuencias necesarias— del progreso tecnológico); MAZUELOS COELLO, Julio, "Los delitos informáticos: Una aproximación a la regulación del Código penal peruano", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* n.º 2, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2001, p. 254.

11 Expresión con la que SARTORI destaca la primacía que la informática ha adquirido en las últimas décadas: SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida,* traducción Ana Díaz, Madrid: Taurus, 2012, p. 36.

12 BAUMAN, Zygmunt, *La sociedad sitiada,* traducción de Mirta Rosenberg, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 284 y ss.; similar SIEBER, Ulrich, "Capítulo V: El control de la complejidad en el ciberespacio global: La armonización de los delitos

pacio) las posibilidades —como señala Giovanni SARTORI— son "infinitas, para bien y para mal"[13].

El uso masificado de la informática y la internet, derivado del desarrollo de la tecnología y el efecto de la globalización de mercados sobre el precio de la tecnología, tienen impacto criminológico significativo[14], lo que ha obligado a la articulación de respuestas político criminales que pretendan equilibrar el avance imparable de la tecnología y sus posibles usos delictivos con la eficacia de la legislación penal a cargo de su prevención[15].

---

informáticos", en DELMAS- MARTY, Mireille; Mark PIETH y Ulrich SIEBER, (dirs.), *Los caminos de la armonización penal,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 157.
La existencia de una *nuevo espacio* cibernético se reconoce con claridad a través de la idea de la "informática en nube" o *cloud computing* [así, Documento de Trabajo elaborado a propósito de la realización del 12.º Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y Justicia Penal en torno al tema "Novedades recientes del uso de la ciencia y la tecnología por los delincuentes y por las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia, incluido el delito cibernético" (en adelante, Documento de Trabajo 12.º Congreso de las Naciones Unidas), p. 2. Recuperado de <http://bit.ly/1NwV6q5>.

13 SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida,* ob. cit., p. 59. Destaca, desde la perspectiva penal, la el doble sentido —positivo-negativo— del uso de la informática: ROMEO CASABONA, Carlos María, "Los llamados delitos informáticos de carácter patrimonial", en *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio,* vol. II, Arequipa: Adrus, 2004, p. 421; RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón, "Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias", en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política,* N.º 3, 2006, p. 2. Recuperado de <http://bit.ly/1pC0w7M>.

14 En torno a la criminalidad organizada, *vid.* ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Política criminal,* Madrid: Colex, 2001, p. 265; en torno a los delitos informáticos, *vid.* REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* Lima: Jurista, 2002, p. 127-130.

15 Hay que recordar las palabras de ZAFFARONI: "el impacto de la explosión tecnológica es un problema que la política criminal conoce sobradamente. La técnica siempre es un arma y cada avance fue explotado criminalmente, en forma tal que siempre el criminal está más tecnificado que la prevención del crimen"; así en ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "Consideraciones político criminales sobre la tutela de los derechos de autor", en: El mismo. *Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas,* Buenos Aires: Hammurabi, 1982, p. 133. Como señala VOGEL, el primer reto en esta materia es lograr la definición correcta de los delitos informáticos de forma compatible con la velocidad en que la tecnología informática cambia; así en: VOGEL, Joachim, "Towards a Global Convention against cybercrime", 2008, p. 1. Recuperado de <http://bit.ly/1TbDdcX>; similar, haciendo referencia a la complejidad de la criminalidad informática derivada de los avances de la tecnología informática, SIEBER, Ulrich, "Capítulo V: El control de la complejidad en el ciberespacio global: La armonización de los delitos informáticos", en DELMAS-MARTY, Mireille; Mark PIETH y Ulrich SIEBER, (dirs.), *Los caminos de la armonización penal,* ob. cit., p. 157.

El nuevo riesgo, conformado por el uso delictivo de la tecnología informática, tiene una alta potencialidad lesiva en nuestras sociedades cuya dependencia al ordenador las hace sumamente vulnerables[16]. Esta potencialidad lesiva se encuentra —como dice DE GIORGI— en continua expansión[17] y tiene —debemos agregar— efectos directos en la trascendencia actual de la criminalidad organizada.

En ese proceso expansivo es que la criminología ha venido reconociendo la utilización cada vez mayor por parte de las organizaciones criminales de la tecnología informática como instrumento de realización de sus actividades delictivas[18]. Este fenómeno guarda relación con el carácter global o transnacional de la criminalidad organizada, asociado a los efectos de la globalización sobre los límites

---

La *aceleración tecnológica* permite reconocer, pese a tratarse de una tipología delictiva novedosa, la existencia de hasta tres generaciones de delitos informáticos: la primera conformada por el simple uso de los ordenadores para la comisión de delitos, la segunda conformada por la utilización de internet como ambiente criminógeno y la tercera asociada al desarrollo de la web 2.0 y la utilización de sistemas de mensajería instantánea. Al respecto, véase MIRÓ LLINARES, Fernando, "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.º 15, 2013, p. 3. Recuperado de <http://bit.ly/1WRsDgK>.

16 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* ob. cit., p. 125.

17 DE GIORGI, Alessandro, *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud,* ob. cit., p. 139.

18 ANARTE BORRALLO, Enrique, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva, 1999, p. 23; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales", en Granados, PÉREZ, Carlos (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 150; MILITELLO, Vincenzo, "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", traducción de Cristina MÉNDEZ, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ; Diego DÍAZ-SANTOS y María ROSARIO (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas tecnologías,* Madrid: Colex, 2001, p. 178 (quien destaca que es la "proyección internacional común" la conexión entre crimen organizado y tecnologías informáticas); CALLEGARI, Andre y Maiquel DEZORDI WERMUTH, "La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* n.º 24, Lima: Idemsa, 2012, p. 106; GÓMEZ MONT, Fernando, "Política criminal en materia de delincuencia organizada", en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales,* n.º 1 Especial, México: CEPOLCRIM, 1999, p. 229; LAMAS PUCCIO, Luis, "Criminalidad organizada, seguridad ciudadana y reforma penal", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* n.º 23, Lima: Idemsa, 2012, p. 314.

estatales impuestos para la realización de operaciones económicas con el exterior que han fomentado su aumento, fluidez y que han derivado en una tendencia hacia la homogenización de los mercados[19]. La globalización como acertadamente refiere GRACIA MARTÍN "conlleva la aparición de condiciones específicas para la práctica de una nueva criminalidad o delincuencia asociada a la globalización [...] la globalización es un fenómeno de significado fundamentalmente económico. Por ello, no puede sorprender que la criminalidad de la globalización sea una de carácter, por un lado, fundamentalmente económico en razón de su contenido"[20].

Por todo esto, en el Prefacio de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional el entonces secretario general de la ONU KOFI ANNAN es claro en señalar a este respecto lo siguiente: "Los grupos delictivos no han perdido el tiempo en sacar partido de la economía mundializada actual y de la tecnología sofisticada que la acompaña".

Aunque no pretendemos ingresar a la tortuosa discusión respecto del concepto *crimen organizado*[21], expresión que ha llegado al punto de ser calificada

19 GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 89. No tiene que sorprender, por tanto, que CHOCLÁN MONTALVO haya señalado que la criminalidad organizada es un "nuevo riesgo derivado de la globalización política y económica". Así en CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de autoría y participación", en Granados Pérez, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2001, p. 218. De manera similar, SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *El rol de la criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea,* Madrid: Dykinson, 2014, p. 380.

20 GRACIA MARTÍN, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia,* ob. cit., 90. Es importante destacar en este punto la idea, remarcada por Juan TERRADILLOS, en el sentido de que es precisamente el carácter *global* del fenómeno que lo hace "irremediablemente incompatible" con el derecho penal en la medida que constituye una "manifestación genuina de soberanía estatal". Al respecto, TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El derecho penal de la globalización: Luces y sombras", en CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (coords.) *Transformaciones del derecho en la mundialización,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 185.

21 CONGRESO DE LA REPÚBLICA, *Ley N.º 27378: Ley que establece beneficios por la colaboración eficaz en el ámbito de la criminalidad organizada,* Lima: 21 de diciembre del 2000. Es utilizaba incorrectamente la expresión "criminalidad organizada", conforme referí en REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Comentarios a la legislación anticorrupción,* Lima: Jurista, 2002, pp. 47-58. Esa visión orientada a relacionar la criminalidad organizada fundamentalmente con la corrupción pública puede apreciarse en: MEINI MÉNDEZ, Iván, "Problemas de autoría y participación en la criminalidad organizada", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* n.º 14, Lima: Idemsa, 2004, p. 235.

como "hueca"[22], sí es del caso destacar la trascendencia de unos (solo uno) de sus elementos más reconocidos: su alcance transnacional[23] que deriva de su finalidad

22 ZAFFARONI, Eugenio Raúl, "En torno al concepto de 'crimen organizado'", en VIRGOLINI, Julio y Alejandro SLOKAR (coords.). *Nada personal. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia,* Buenos Aires: Depalma, 2001, p. 9. Destacan las dificultades para la conceptualización del concepto en los siguientes articulos: CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos,* art. cit., p. 235; HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises, "La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada", en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología,* Lima: UNMSM, 2004, p. 188; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa, "Autoría y participación en la criminalidad organizada", en Diego DÍAZ-SANTOS; María ROSARIO y Virginia SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.). *Hacia un Derecho penal sin fronteras,* Madrid: Colex, 2000, p. 25.

23 ANARTE BORRALLO, Enrique, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y ANARTE BORRALLO, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* ob. cit., p. 16; DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales", en GRANADOS, PÉREZ, Carlos (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y* orgánicos, art. cit., p. 149; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* Granada: Comares, 2009, pp. 61-65; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* n.º 14, Lima: Idemsa, p. 374; MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI, "Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad", traducción de Raúl Carnevali, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* n.º 2, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales, 2001, pp. 125 y 126; YACOBUCCI, Guillermo, "Capítulo II. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado", en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización,* Buenos Aires: Ábaco, 2005, p. 116.

El carácter *transnacional* del crimen organizado está íntimamente vinculado al impacto de la globalización sobre las economías que llevan a la movilización global de los capitales, inversiones y el comercio [así: WILLIAMS, James W. y Margaret BEARE, "The bussiness of bribery: Globalization, economic liberalization, and the 'problem' of corruption", en BEARE, Margaret (ed.), *Critical reflections on transnational organized crime, money laundering and corruption,* Toronto: University of Toronto Press, 2005, pp. 100 y 101; ROSENFELD, Richard y Steven MESSNER, *Crime and the economy,* Londres: Sage, 2013, p. 88 y ss.: quien evalúa el impacto de las prohibiciones de comercialización de ciertos productos, como el alcohol etílico en los EE. UU., en las actividades de las organizaciones criminales; ANDREAS, Peter, "El crimen transnacional y globalización económica", en Berdal, Mats y Mónica Serrano, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad,* México: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 62; PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 23 ss. (quien hace referencia a la idea de *economía mundo)*; BLANCO CORDERO, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales,* en *Eguzkilore,* n.º 11, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología, 1997, p. 214]. Lo que

económica[24] y que determina una serie de consecuencias, como su carácter global

facilita no solo la movilización de los bienes y servicios ilegales así como de sus ganancias, sino que permite el desplazamiento de las actividades de las organizaciones criminales de un país a otro según el mayor o menor control penal existente [en esa línea, DURAND, Francisco, *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva,* Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2007, p. 93].

No debe dejar de observarse el sesgo reconocido por la fallecida criminóloga venezolana Rosa DEL OLMO, quien asociaba el carácter transnacional del tráfico ilícito de drogas (una de las principales actividades ilícitas desarrolladas por las organizaciones criminales) con la utilización de empresas transnacionales por parte del crimen organizado. Véase, al respecto, DEL OLMO, Rosa, "Las drogas y sus discursos", en BAIGÚN, David; Eugenio ZAFFARONI; Antonio GARCÍA-PABLOS, Antonio y José PIERANGELI (coords.), *De las penas. Libro homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti,* Buenos Aires: Depalma, 1997, p. 150 y 151.

24 La criminalidad organizada tiene un móvil o propósito esencialmente lucrativo conforme se desprende del concepto de "grupo delictivo organizado" propuesto por la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (se entenderá —como tal— un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material). Distinta es, por el contrario, la opción seguida en la Ley N.° 30077 (Ley contra el Crimen Organizado, artículo 2 que prescinde de cualquier referencia al móvil de la organización criminal).

En la doctrina, véase, CASTALDO, Andrea, "Capítulo IX. Una introducción al problema", en Yacobucci, Guillermo (coord.). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización,* Buenos Aires: Abaco, 2005, pp. 271 y 272; CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en Granados Pérez, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos,* ob. cit., p. 236; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* ob. cit., p. 60 (quien introduce adicionalmente el componente político); TERRADILLOS BASOCO, Juan, "El derecho penal de la globalización: Luces y sombras", en CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (coords.) *Transformaciones del derecho en la mundialización,* ob. cit., p. 187 (haciendo referencia en términos generales a la criminalidad de la globalización); VIRGOLINI, Julio, *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción,* Buenos Aires: Del Puerto, 2004, p. 189; LEVI, Michael, "Liberalización y crimen financiero transnacional", en BERDAL, Mats y Mónica SERRANO, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad,* ob. cit., p. 90; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* ob. cit., p. 366; YACOBUCCI, Guillermo, "Capítulo II. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado", en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización,* ob. cit., 118; SERRANO TÁRRAGA, María Dolores, *El rol de la Criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea,* ob. cit., p. 380; LÓPEZ-MUÑOZ, Julián, *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos,* Madrid: Dykinson, 2015, pp. 22 y 23 (quien destaca la relación del crimen organizado con

(ya no se trata más de un problema de algunos países), la homologación de sus actividades (las tipologías criminales son homogéneas en los diversos países), la ampliación del catálogo de conductas realizadas por las organizaciones criminales, las dificultades para su persecución penal, etc.[25]

III. PRECISIÓN CONCEPTUAL PREVIA: DISTINCIÓN ENTRE LOS DELITOS INFORMÁTICOS PROPIAMENTE DICHOS Y LOS DELITOS COMPUTACIONALES

Una cuestión metodológica fundamental para el desarrollo de este trabajo es aquella de la autonomía del concepto de *delito informático*. Es que la doctrina penal ha persistido en un amplio debate en torno a si estamos únicamente frente a nuevas formas de criminalidad convencional o si estamos frente a una nueva tipología delictiva.

Un sector de la doctrina especializada, entre quienes cabe citar a BRAMONT ARIAS TORRES[26], GARCÍA CANTIZANO[27], SALINAS SICCHA[28], MONTANO[29], NÚÑEZ

---

la venta de bienes y servicios); MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal,* Managua: INEJ, 2009, pp. 45 y 46; ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Delincuencia organizada transnacional,* Guayaquil: Edilex, 2011, p. 62; CALLEGARI, Andre y Maiquel DEZORDI WERMUTH, "La expansión del derecho penal, sociedad del riesgo y crimen organizado", ob. cit., p. 106; de forma indirecta: SÁENZ TORRES, Alexei Dante, "Algunas consideraciones en torno a la criminalidad organizada en el Perú", en *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos,* Lima: Ara, 2008, p. 735; HARB, Benjamín Miguel, "Delincuencia organizada", en *Derecho penal. Homenaje al doctor Raúl Peña Cabrera,* Lima: Ediciones Jurídica, 1990, p. 399 y ss.

25 ANARTE BORRALLO, Enrique, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos & ANARTE BORRALLO, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* ob. cit., pp. 17 y 18.

26 BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto, *El delito informático en el Código penal peruano,* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 1997, p. 58 (en realidad no existe un bien jurídico protegido en el delito informático, porque en verdad no hay como tal un "delito" informático. Este no es más que una forma o método de ejecución de conductas delictivas que afectan a bienes jurídicos que ya gozan de una específica protección por el derecho penal).

27 GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen, "La delincuencia informática en el ordenamiento jurídico penal peruano", en *Gaceta Jurídica,* n.º 78-B, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, pp. 69 y 70 (el delito informático es "aquel en el que para su comisión se emplea un sistema automático de procesamiento de datos o de transmisión de datos").

28 SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* 2.ª ed., Lima: Jurista, 2006, p. 436 (siguiendo la posición defendida por BRAMONT ARIAS TORRES).

29 MONTANO, Pedro, "Delito informático, interpretación de los tipos penales", en AA.VV. *Nuevos desafíos en derecho penal económico,* Buenos Aires: B de F, 2012, p. 192.

PONCE[30], BLOSSIERS MAZZINI/ CALDERÓN GARCÍA[31], GUIBOURG/ ALENDE/ CAMPANELLA[32], entiende que la expresión *delito informático* alude únicamente a aquellos delitos tradicionales que han encontrado, merced a la tecnología informática, nuevas formas de realización. Este sector descarta la existencia de un nuevo interés jurídico digno de tutela penal tras la realización de conductas que atentan contra los sistemas informáticos.

Otro sector de la doctrina, cada vez más significativo, entiende que la informática no solo ha supuesto la aparición de nuevas formas de realización de los delitos convencionales, sino que ha determinado la aparición de un nuevo interés social vital (bien jurídico penal). Quienes adoptan esta postura (ADAMSKI[33], GONZÁLEZ RUS[34], GUTIÉRREZ FRANCÉS[35], DEL ROSAL BLASCO[36],

---

Nosotros, por ahora, entendemos que no se trata de un nuevo tipo de delitos, sino que estamos ante formas delictivas novedosas que plantean una serie de problemas difíciles de resolver, pero que no llegan a presentar una entidad suficiente desde el punto de vista conceptual y dogmático.

30 NÚÑEZ PONCE, Julio, *Derecho informático*, Lima: Marsol, 1996, p. 253. En el plano de la dogmática jurídico penal, la criminalidad informática puede suponer una nueva versión de delitos tradicionales.

31 BLOSSIERS MAZZINI, Juan José y Sylvia CALDERÓN GARCÍA, *Los delitos informáticos en la banca,* Lima: Rao, 2000, p. 66.

32 GUIBOURG, Ricardo; Jorge ALENDE y Elena CAMPANELLA, *Manual de informática jurídica,* Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 273. El llamado delito informático no constituye una nueva categoría delictiva. Los hechos ilícitos que se cometen —o se facilitan— mediante el empleo del ordenador son, en principio, los mismos que desde hace milenios las sociedades han castigado de una forma o de otra.

33 ADAMSKI, Andrzej, "Crimes related to the computer network. Threats and opportunities: A criminological perspectives", en JOUTSEN, Matti (ed.), *Five issues in European criminal justice,* Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control, 1999, p. 218.

34 GONZÁLEZ RUS, Juan José, "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* Monográfico n.º 12, Madrid, 1982, pp. 116 y 117 (diferenciando entre los comportamientos en los que el sistema informático o sus elementos son el objeto material del delito y los actos en los que estos son el instrumento del delito).

35 GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz, "Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el entorno virtual)", en: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja,* n.º 3, 2005, p. 78. Recuperado de <http://bit.ly/1UfwEuT>; GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz, "Notas sobre la delincuencia informática: Atentados contra la 'información' como valor económico de empresa", en MAZUELOS COELLO, Julio (comp.), *Derecho penal económico y de la empresa,* Lima: San Marcos, 1996, p. 387 y ss.

36 DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales", en Granados, PÉREZ, Carlos (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y* orgánicos, ob. cit., pp. 152-158 (quien distingue entre nuevos valores que generan nuevos conflictos,

PÉREZ LUÑO[37], JIJENA LEIVA[38], MATELLANES RODRÍGUEZ[39], ABOSO[40], AROCENA[41], CARRIÓN[42], LUZ CLARA[43], entre otros) distinguen entre *delitos informáticos,* categoría que identifica aquellos delitos que afectan la información como valor económico[44], y los *delitos computacionales*, que identifica las nuevas formas de comisión de los delitos convencionales[45].

---

nuevos conflictos que involucran a valores tradicionales y nuevas formas de contemplar viejos valores).

37 PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Manual de informática y derecho,* Barcelona: Ariel, 1997, p. 69 (quien define la criminalidad informática como "aquel conjunto de conductas criminales que se realizan a través del ordenador electrónico, o que afectan al funcionamiento de los sistemas informáticos".

38 JIJENA LEIVA, Renato Javier, "La criminalidad informática: Situación de lege lata y de lege ferenda en Chile", en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho,* Mérida, 1994, p. 508. En este artículo, el autor califica como delito informático "[...] Toda acción típica, antijurídica y culpable, para cuya consumación se usa la tecnología computacional o se afecta la información contenida en los sistemas de tratamiento automatizado de la misma [delito informático propiamente tal]".

39 MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal", en: Diego DÍAZ-SANTOS, María Rosario y Virginia SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), *Hacia un derecho penal sin fronteras,* Madrid: Colex, 2000, p. 131.

40 ABOSO, Gustavo Eduardo, "La nueva regulación de los llamados 'delitos informáticos' en el Código penal argentino: Un estudio comparado", en URQUIZO OLAECHEA, José; Manuel ABANTO VÁSQUEZ y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann,* vol. I, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres, 2011, p. 330.

41 AROCENA, Gustavo, "La regulación de los delitos informáticos en el Código penal argentino. Introducción a la ley nacional N.º 26388", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* n.º 135, Distrito Federal: UNAM, 2012, p. 950.

42 CARRIÓN, Hugo Daniel, "Presupuestos para la incriminación del *hacking*", en QUEIROZ, Tarcisio; Erick IRIARTE y Marcio Morena (coords.), *Informática e internet. Aspectos legais internacionais,* Río de Janeiro: Explanada, 2001, p. 31.

43 Quien recoge la distinción entre delitos contra el sistema informático y delitos mediante el sistema informático. *Vid.* LUZ CLARA, Bibiana, *Manual de derecho informático,* Rosario: Nova Tesis, 2001, p. 118.

44 Dentro de los atributos de la *información* se reconocen su confidencialidad, su integridad y su disponibilidad; en ese sentido, ya el *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (Budapest, 23 de noviembre del 2001). Esta posición fue adoptada en REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* ob. cit., pp. 239-252.

45 Posición que he adoptado desde REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* ob. cit., pp. 132 y 133.

Ambas categorías suelen ser incluidas dentro del rótulo laxo de *criminalidad informática* o *computer related crimes*[46], expresión que sirve para comprender la —denominada por MATA Y MARTÍN— *ambigua y polimórfica realidad*[47] que impide, conforme se va apreciando por la falta de consenso doctrinal, utilizarla como una categoría jurídico penal[48]. La utilidad de las expresiones antes expuestas —delito informático, delito computacional, delito relacionado a computadores, etc.— es, más bien, de corte criminológico[49] en la medida que sirve para identificar un tipo específico de actividad delictiva —aquella relacionada con el procesamiento automatizado de datos[50]—.

---

46 Posición que parece adoptar TIEDEMANN, Klaus, "Criminalidad mediante computadoras", en *Temas de derecho penal económico y ambiental,* Lima: Idemsa, 1999, p. 334 (al asumir que los crímenes mediante computadoras son "todos los comportamientos según la ley vigente —o socialmente perjudiciales y por eso punibles en el futuro— realizados merced al empleo de un equipo automático de procesamiento de datos"). Por esta razón RIQUERT defiende la utilización de la expresión genérica de *delincuencia informática;* así en: RIQUERT, Marcelo, "Capítulo IX: Delitos informáticos", en Carrera, Daniel y Humberto VÁZQUEZ (dir.), *Derecho penal de los negocios,* Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 304. Dicho término es también utilizado por ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el Patrimonio,* vol. I, Lima: Grijley, 2000, p. 271.

47 MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delincuencia informática y derecho penal,* Managua: Hispamer, 2003, p. 31. En esa línea, destacando la amplitud de los fenómenos delictivos relacionados con la informática SIEBER, Ulrich, "Capítulo V: El control de la complejidad en el ciberespacio global: La armonización de los delitos informáticos", en DELMAS-MARTY, Mireille; Mark PIETH y Ulrich SIEBER, (dirs.), *Los caminos de la armonización penal,* ob. cit., p. 157.

48 MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delincuencia informática y derecho penal,* ob. cit., p. 31; ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los llamados delitos informáticos,* ob. cit., p. 422; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra el patrimonio,* ob. cit., p. 271.

49 MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delincuencia informática y derecho penal,* ob. cit., p. 35; similar MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria, "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal", en: Diego DÍAZ-SANTOS, María ROSARIO y Virginia SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras,* ob. cit. p. 132; RIQUERT, Marcelo, "Capítulo IX: Delitos informáticos", en CARRERA, Daniel y VÁZQUEZ, HUMBERTO (dir.), *Derecho penal de los negocios,* ob. cit., p. 304. De distinta opinión, ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los llamados delitos informáticos,* ob. cit., p. 423 (quien sostiene que la utilidad criminológica —además de la político criminal— del concepto "delito informático" es igualmente escasa).

50 Similar SIEBER, Ulrich, "Capítulo V: El control de la complejidad en el ciberespacio global: La armonización de los delitos informáticos", en DELMAS- MARTY, Mireille; Mark PIETH y Ulrich SIEBER, (dirs.), *Los caminos de la armonización penal,* ob. cit., p. 161; VOGEL, Joachim, "Towards a Global Convention against cybercrime", art. cit. p. 01; MIRÓ LLINARES, Fernando, "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*", en *Revista electrónica de ciencia penal y criminología,* art. cit., pp. 2 y 3; MAZUELOS COELLO, Julio, "Modelos de imputación en

De hecho, si se aprecia la LDI se podrá concluir que se reconocen allí los múltiples matices que posee el *cybercrime* al señalar (artículo 1 de la Ley N.º 30096) que el objeto de la ley es "prevenir y sancionar las conductas que *afectan los sistemas y datos informáticos* —delitos informáticos propiamente dichos— y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación —delitos computacionales—"[51].

IV. LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS INFORMÁTICOS EN EL PERÚ

1. Antecedentes legislativos

El itinerario de la regulación de la criminalidad informática en el Perú se inicia con la incorporación, dentro del párrafo final del artículo 186 del CP de 1991, de una circunstancia agravante —novedosa en su momento dentro de la legislación penal latinoamericana[52]— del delito de hurto aplicable cuando el delito se cometía "mediante la utilización de sistemas de transferencia electrónica de fondos, de la telemática en general o la violación del empleo de claves secretas".

Posteriormente, la reducida cobertura del artículo 186 *in fine* del CP de 1991[53] y los problemas generados por las dificultades en la aplicación de tipos penales tradicionales respecto de conductas delictivas realizadas a través de mecanismos informáticos que provocaban dificultades de subsunción merced al imperio del principio de *ley estricta*[54], derivaron en la expedición de la Ley

---

el derecho penal informáticos", en *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias penales y Criminológicas,* n.º 85, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 40 y 41.

Para ABOSO, por su parte la utilidad de la expresión "delito informático" reside en su funcionalidad que, sin embargo, impide reflexionar seriamente sobre la identidad del bien jurídico en esta clase de conductas. *Vid.* ABOSO, Gustavo Eduardo, "Cibercriminalidad y Derecho penal: El nuevo paradigma de la sociedad moderna", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* N.º 15, Lima: Idemsa, 2004, p. 26.

51 Entrelineado nuestro.

52 PEÑA CABRERA, Raúl, *Tratado de derecho penal. Parte especial,* t. II-A, Lima: Ediciones Jurídicas, 1995, p. 112.

53 Aludiendo a las insuficiencias del artículo 186 del CP, véase SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* ob. cit., p. 437.

54 En ese sentido, REYNA ALFARO, Luis Miguel, "El intrusismo informático ¿Legalidad penal o impunidad?: Reflexiones a partir del caso argentino del 'X Team'", en *El Derecho penal. Doctrina y jurisprudencia,* edición de marzo del 2003, Buenos Aires: Universitas, 2003, p. 31 y ss. Haciendo referencia a los problemas de aplicación de las estructuras delictivas típicas a la criminalidad informática respecto al delito de estafa: KINDHÄUSER, Urs, "La estafa por medio de computadoras: ¿Una estafa?", traducción de Percy

N.º 27309, del 17 de julio del 2000, que incorporó al CP los artículos 207-A, 207-B y 207-C que tipificaron los delitos de intrusismo informático y sabotaje informático. Sin embargo, ya la existencia de una serie de deficiencias de técnica legislativa iba determinando la necesidad de una auténtica *reforma* —en el sentido valorativo propuesto por BOTTKE[55]— de la regulación de los delitos informáticos.

A poco de promulgarse la LDI, se emitió la Ley N.º 30076 (Ley que modifica el Código penal, Código procesal penal, Código de ejecución penal y el Código de los niños y adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana[56]) que incorporó el artículo 207-D del Código penal que sancionaba el intrusismo informático orientado al tráfico de datos personales.

2. La legislación vigente (Ley N.º 30096)

Con fecha 22 de octubre del 2013 se promulgó la Ley N.º 30096 (LDI) que derogó el artículo 186 —numeral 3, segundo párrafo— (hurto agravado por uso de la telemática) y los artículos 207-A, 207-B, 207-C y 27-D del Código penal (delitos informáticos). Esta ley además significó la introducción de una serie de cambios en la legislación penal (CP), procesal (CPP) y en la legislación especial destinada a enfrentar el fenómeno de la criminalidad organizada (Ley N.º 30097, Ley contra el Crimen Organizado). A través de la LDI el legislador penal peruano ha tratado, con la incorporación de una serie de planteos contenidos en el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest, de compatibilizar

García, en *Idem, Estudios de derecho penal patrimonial,* Lima: Grijley, 2002, pp. 174 y 175; PASTOR MUÑOZ, Nuria, "Delitos contra el patrimonio II", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.). *Lecciones de derecho penal. Parte especial,* Barcelona: Atelier, 2006, p. 219. Respecto de los problemas de subsunción del sabotaje informático en el delito de daños, véase DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Leyre HERNÁNDEZ DÍAZ, "El delito de daños informáticos: Una tipificación defectuosa", en: *Estudios penales y criminológicos,* vol. XXIX, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2009, p. 322. Respecto del delito de falsedad documental, BACIGALUPO, Enrique, "Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental", en *Ley, razón y justicia,* n.º 9, Neuquén: Alveroni, 2005, p. 111 y ss.

55 De *reforma* como mejora del estado de la legislación y no como mero activismo legislativo; así en: BOTTKE, Wilfried, "Sexualidad y delito: Las víctimas de los delitos sexuales", en REYNA ALFARO, Luis Miguel (dir.), *Derecho, proceso penal y victimología,* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003, pp. 312 y 313.

56 Publicada en el diario oficial *El Peruano* del 19 de agosto del 2013.

la regulación nacional de los delitos informáticos con la adoptada en el derecho comparado[57].

La primera cuestión trascendente —ya referida en líneas anteriores— es aquella del alcance de esta ley. Tal como se precisó, el artículo 1 de la LDI reconoce como objeto de la ley "prevenir y sancionar las conductas ilícitas que afectan los sistemas y datos informáticos y otros bienes jurídicos de relevancia penal, cometidas mediante la utilización de tecnologías de la información o de la comunicación, con la finalidad de garantizar la lucha eficaz contra la ciberdelincuencia", con lo que se adopta una concepción amplia del término *delito informático*.

En ese concepto, los delitos informáticos propiamente dichos se encuentran descritos en los artículos 2, 3 y 4 (delitos contra datos o sistemas informáticos) de la LDI en tanto que los delitos computacionales se encuentran descritos en los artículos 5 (delitos informáticos contra la libertad e indemnidad sexuales), 6 (delitos informáticos contra la intimidad y el secreto de las comunicaciones), 8 (fraude informático) y 9 (suplantación de identidad) de la LDI. Asimismo, se introducen como disposiciones de aplicación general tanto para los delitos informáticos propiamente dichos como para los computacionales, la criminalización de la tenencia de instrumentos destinados a la comisión de delitos informáticos (artículo 10 de la LDI) y las circunstancias agravantes (artículo 11 de la LDI)[58].

Ahora, es evidente que estas no son las únicas tipologías delictivas que pueden ser ejecutadas a través de medios informáticos y que provocan una intensificación de las dificultades de la ley penal en la persecución del delito: delitos

57 Conforme refiere el Documento de Trabajo n.º 12 del Congreso de las Naciones Unidas (p. 5), la compatibilización de las regulaciones penales nacionales pretende evitar que existan "refugios seguros" para los delincuentes informáticos. Como se indica en el mencionado documento, "La tecnología informática y de red que se utiliza en la actualidad es básicamente la misma en todo el mundo" (p. 6); sin embargo son los diferentes enfoques jurídicos nacionales los que, en ocasiones, impiden la efectiva sanción de los delitos informáticos a partir de la no satisfacción de la exigencia de doble incriminación requerida para la cooperación judicial internacional. El caso del virus informático "love bug" desarrollado en el 2000 en Filipinas es un ejemplo de persecución penal frustrada por los defectos de la regulación penal nacional.

58 Aunque en el contenido la LDI recoge gran parte de los aportes del *Convenio sobre la Ciberdelincuencia* (Budapest, 23 de noviembre del 2001), la sistemática propuesta por la LDI difiere bastante del Convenio que distingue entre (i) delitos contra la confidencialidad, la integridad y la disponibilidad de los datos y sistemas informáticos (acceso ilícito, interceptación ilícita, ataques a la integridad de los datos y del sistema, abuso de los dispositivos); (ii) delitos informáticos (falsificación informática, fraude informático); (iii) delitos relacionados con el contenido (pornografía infantil); (iv) delitos relacionados con infracciones de la propiedad intelectual y de los derechos afines.

contra el honor cometidos por medios informáticos (artículo 132 CP), trata de personas (artículos 153 y 153-A CP), publicitación de prostitución sexual infantil por medio de prensa (artículo 182-A CP), pornografía infantil (artículo 183-A CP), delitos contra la propiedad intelectual (Título VII del Libro II del CP), entre otras. Esta circunstancia deja serias dudas en torno a la conveniencia del recurso al *Derecho penal secundario* por parte del legislador nacional en la regulación de los delitos informáticos.

Es que aunque podría pensarse que la promulgación de una ley especial beneficiaría las finalidades preventivas de la ley de cara al tratamiento autónomo de una materia caracterizada por su especialidad[59], es también cierto que la complejidad y alcance de la informática en la actividad delictiva harán siempre insuficiente cualquier pretensión de regulación globalizadora capaz de dar cobertura al fenómeno delictivo informático en su real dimensión[60].

A esta circunstancia —incapacidad de dar cobertura a la totalidad de vertientes generadas por la informática en el fenómeno criminal— cabría sumar el efecto de pérdida de perspectiva de los bienes jurídicos cuya tutela se pretende[61] con indudables impactos en el proceso de interpretación y aplicación de la ley penal en el que la identidad del bien jurídico constituye una *guía.*

3. Elementos trascendentes de la nueva regulación peruana de los delitos informáticos

Los estudios en torno a la cibercriminalidad han reconocido los difíciles contornos existentes entre el *hacking ético* y el *hacking*, circunstancia que determinó el surgimiento de planteamientos de *lege ferenda* orientados a introducir criterios orientados a mejorar la técnica de regulación de los delitos informáticos más relevantes, de modo consistente con los planteos de *soft law* en torno a la

59 En favor de la regulación mediante ley penal especial, véase VELARDE, José Luis, "Delitos informáticos. Mitos y verdades de la novísima legislación", en *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano,* n.º 479, Lima, 2013, p. 6.

60 En esa línea, MORALES PRATS destaca la técnica legislativa española que optó por descartar la vía de la legislación especial y regular las conductas delictivo-informáticas a lo largo del Código penal. *Vid.* MORALES PRATS, Fermín, "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, María Rosario DIEGO DÍAZ-SANTOS, (coords.), *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías,* Madrid: Colex, 2011, p. 112.

61 Así en: ROMEO CASABONA, Carlos María. *Los llamados delitos informáticos,* ob. cit., p. 425.

criminalidad informática. Examinaré, a continuación, los aspectos más saltantes de la modificación legal.

3.1. El delito de intrusismo informático

En ese sentido, se introdujo en el artículo 1 de la LDI (intrusismo informático) la exigencia —ya propuesta como variable de reducción del tipo penal desde el Convenio sobre la Ciberdelincuencia de Budapest[62] y que se ha mantenido como parte de las recomendaciones hechas por la Conferencia de Ministros de Justicia de los países Iberoamericanos relativa a la tipificación y sanción de la Ciberdelincuencia (28 de mayo del 2014)— que la conducta penalmente relevante se realice "*con vulneración de medidas de seguridad establecidas para impedirlo*". De este modo, se dio solución legal a uno de los principales defectos observados por la doctrina en torno a la regulación anterior que, por ausencia de referencias expresas, habilitaba —en claro desmedro de los principios de ofensividad y de intervención mínima— la posibilidad de aplicación del tipo penal a supuestos de *hacking blanco*[63].

Otra de las mejoras observadas en la actual regulación del delito de intrusismo informático tiene que ver con el reemplazo del elemento normativo *indebidamente,* que calificaba la acción típica de utilización o ingreso al sistema informático, por la referencia más directa y, por lo tanto, más conveniente desde la perspectiva de la legalidad penal y el principio de certeza, a que el comportamiento debe producirse *sin autorización* o *excediendo la autorización* otorgada por el titular del bien jurídico[64].

---

62 *Convenio sobre la ciberdelincuencia*:
"Artículo 2.- Cada parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que resulten necesarias para tipificar como delito en su derecho interno el acceso deliberado e ilegítimo a todo o parte de un sistema informático. *Las partes podrán exigir que el delito se cometa infringiendo medidas de seguridad,* con la intención de obtener datos informáticos u otra intención delictiva, o en relación con un sistema informático conectado a otro sistema informático".

63 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Manual de derecho penal económico y de la empresa. Parte general y especial,* Lima: Gaceta Jurídica, 2002, p. 332.

64 Aunque la doctrina especializada identificaba ya la expresión "indebidamente" con la ausencia de consentimiento, la modificación legislativa, sin duda, gana en claridad y deja poco espacio a la incertidumbre. *Vid.* MAZUELOS COELLO, Julio, "Consideraciones sobre el delito de daños informáticos. Especial referencia a la difusión de virus informáticos", en *Jus. Doctrina & Práctica,* n.º 3, Lima: Grijley, 2008, p. 31; SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra el patrimonio,* ob. cit., p. 443.
Por el contrario, PEREIRA CHUMBE en una columna de opinión ha planteado una posición crítica bastante controvertida, escasamente argumentada y conveniente personalmente

3.2. El delito de sabotaje informático

A las mejoras observadas en torno al delito de intrusismo informático, aplicables al sabotaje informático (antes artículo 207-B del CP, actualmente artículo 3 de la LDI), corresponde reconocer otras variaciones positivas en la nueva regulación del sabotaje informático.

La primera de ellas es la reducción de los medios típicos. El *mutis* del ahora derogado artículo 207-B del CP permitía interpretar el mencionado tipo penal en línea a considerarlo como un delito de *medios indeterminados* por lo que daba igual si la destrucción de los datos informáticos se realizaba a través de medios tecnificados o a través de la destrucción de los componentes físicos del ordenador (*hardware*). Esta circunstancia no solo permitía posibles alegaciones de concurso entre esta figura y el delito de daños (artículo 205 del CP) sino que generaba dudas respecto de los alcances auténticos del delito de sabojate informático. El artículo 3 de la LDI cambia el panorama completamente, restringiendo el alcance del tipo penal a los supuestos en que el comportamiento se haya realizado "a través de las tecnologías de la información o de la comunicación". Con este cambio se permite reconocer con mayor claridad las causas que determinan el mayor desvalor del comportamiento y que es, precisamente, la que justifica una punición más intensa en relación con el delito de daños: la mayor capacidad criminal del agente que, por sus conocimientos especiales, coloca a la víctima en posición de especial indefensión y hace más difícil el descubrimiento y acreditación judicial del delito.

Sin embargo, el cambio más trascendente es la corrección de la principal deficiencia del ahora derogado artículo 207-B del CP. Como hicimos notar en su oportunidad[65], los derogados tipos penales de intrusismo y sabotaje informático estaban construidos, en cuando al tipo penal objetivo, exactamente del mismo modo, de modo tal que las distinciones se ubicaban en sede de tipicidad subjetiva: en el delito de intrusismo informático, el dolo del agente era de acceso a la información; en el delito de sabotaje informático, el dolo del autor era de alteración, daño o destrucción de los datos informáticos. Esta fórmula legal

---

(pues es abogado del periodista imputado por *hacking* Rudy Palma) al señalar, entre algunas de sus ideas, que la LDI respecto del intrusismo informático "No define a qué tipo de autorización se requiere para no incurrir en un delito ni tampoco el contexto o el tipo de dato informático sobre el que debe recaer la conducta"; *Vid.* PEREIRA CHUMBE, Roberto, "Cibernautas en riesgo", en *El Comercio*, Lima: 23 de octubre del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1pFdeCK>.

65 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal*, ob. cit., p. 261.

generaba la inaplicación práctica del tipo penal de sabotaje informático, pues ante la imposibilidad de probar los elementos de tendencia interna trascendente incorporados por el legislador para este delito, se tendría que recurrir al tipo penal de intrusismo informático[66], sancionado con menor penalidad. En la LDI esos elementos se han objetivado de forma tal que las distinciones entre ambos delitos son notorias en ambos aspectos del tipo penal (objetivo y subjetivo).

Finalmente, al incorporarse dentro del halo de conductas sancionables la de "hace(r) inaccesibles datos informáticos" se reconoce con claridad que la lesividad en este delito se dirige no solo hacia la integridad de la información, sino también hacia su accesibilidad, esto es, aquellos casos en que los datos informáticos permanecen indemnes pero por acción del agente no pueden ser de acceso de su titular, lo que permite introducir al debate la relevancia penal del uso malicioso del *spam* y el *electronic mail bombing*[67].

V. CRIMEN ORGANIZADO Y CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

1. Planos en los que se articula la relación entre crimen organizado y delito informático

Aunque la regla general era que los delitos informáticos sean obra de personas aisladas y que solo en ocasiones intervengan en su realización grupos organizados[68], hoy en día se aprecia un incremento de la comisión de estos delitos a través de grupos organizados[69]. El objeto de este acápite es analizar las relaciones entre el crimen organizado y la criminalidad informática, teniendo presente la existencia de dos planos en los que dicha relación se articula: La utilización

66 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* ob. cit., p. 261. Ya antes BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto, "El delito informático (Ley N.º 27309, de 17 de julio del 2000)", en *Gaceta Jurídica,* n.º 81-B, Lima: Gaceta Jurídica, 2000, p. 74.
De hecho, en un conocido caso, el del periodista Rudy Palma, imputado de haber *hackeado* la cuenta de correo electrónica de una serie de funcionarios públicos, su defensa de basó en sostener que la obtención de las claves de seguridad informática había sido circunstancial al "adivinar" las claves de seguridad de los correos. EL COMERCIO "(Editorial) ¿Acá vamos otra vez?", en *El Comercio,* Lima: 20 de mayo del 2012. Recuperado de <http://bit.ly/1WorWen>.

67 REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* ob. cit., pp. 250 y 251.

68 Documento de Trabajo n.º 12 Congreso de las Naciones Unidas, p. 10.

69 "Cybercrimen", en *Interpol.* Recuperado de <http://bit.ly/1iwtzTz>.

por parte de organizaciones criminales de las tecnologías de la información y la comisión de delitos informáticos por organizaciones criminales[70].

Respecto de la primera cuestión (utilización por parte de organizaciones criminales de las tecnologías de la información), es posible reconocer la cada vez mayor utilización por parte de organizaciones criminales de la tecnología informática con el propósito de mejorar su efectividad, garantizando el anonimato de sus integrantes, o ampliando el mercado al que se dirigen (reconociendo que el propio *ciberespacio* es un auténtico mercado)[71]. No es de extrañar que el reciente Decreto Legislativo N.º 1182 que "regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado"[72] haya dirigido su objeto hacia "fortalecer las acciones de prevención, investigación y combate [...] (d)el crimen organizado, a través del uso de tecnologías de la información y comunicaciones por parte de la Policía Nacional del Perú"[73].

Respecto de la segunda cuestión (la comisión de delitos informáticos por organizaciones criminales), las cifras en torno a los delitos contra la propiedad intelectual en la red y la pornografía infantil son dos buenos ejemplos del impacto de la criminalidad informática en las actividades de las organizaciones criminales.

2. Rasgos de conexión entre el crimen organizado y la criminalidad informática

Dos son los rasgos comunes entre ambos fenómenos criminales. Uno es su carácter *transnacional*[74], el otro la alta *cifra negra* de criminalidad asociada a ambas tipologías delictivas[75].

---

70 Documento de Trabajo n.º 12 Congreso de las Naciones Unidas, p. 10.

71 *Loc. cit.*

72 Congreso de la República, *Decreto Legislativo N.º 1182: regula el uso de los datos derivados de las telecomunicaciones para la identificación, localización y geolocalización de equipos de comunicación, en la lucha contra la delincuencia y el crimen organizado*, Lima: 27 de julio del 2015.

73 La referencia al dispositivo legal no supone conformidad con su regulación; sobre sus problemas, puede observarse suscintamente: Caro Coria, Dino Carlos, "La inconstitucionalidad de la ley de 'localización' y 'geolocalización'", en *Gestión*, Lima: 31 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1qTKWFx>.

74 (Se detaca el carácter transnacional de la criminalidad informática). Documento de Trabajo n.º 12 Congreso de las Naciones Unidas, p. 4

75 A este respecto, recurriendo a Gracia Martín, conviene tener presente que ambas expresiones de la *criminalidad de la globalización* se llevan a cabo "en el marco de las llamadas economías sumergidas y los denominados mercados negros". Así en Gracia Martín, Luis, *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho*

Las organizaciones criminales y sus integrantes se mueven alrededor de las *ganancias* que constituye su elemento nuclear y esta clase de delitos (los *profit-driven crimes* o delitos de enriquecimiento) son más fáciles de cometer y más difíciles de detectar gracias a la globalización y las tecnologías modernas[76]. Las innovaciones tecnológicas facilitan las comunicaciones a distancia entre los integrantes de las organizaciones criminales y permiten el traslado de las ganancias ilícitas obtenidas por aquellas[77]. Como señala GUTIÉRREZ FRANCÉS, "la revolución tecnológica ha potenciado (propiciándola) la delincuencia transnacional, globalizada, sin fronteras"[78].

Respecto de la criminalidad informática, SIEBER señalaba ya en 1992 que de acuerdo a las estadísticas provenientes del FBI solo 1 de cada 22,000 autores de delitos informáticos serían condenados por los tribunales[79]. En realidad, la *data* existente en torno a este tipo de criminalidad es bastante limitada, poco fidedigna[80] y deja poco espacio para un cálculo serio de la incidencia real de la criminalidad informática. Sin embargo, la poca información existente es ciertamente alarmante.

---

penal y para la crítica del discurso de resistencia, ob. cit., 94.

76 NAYLOR, R. T., "Predators, parasites, or free-market pioneers: Reflections on the nature and analysis of profit-driven crimes", en BEARE, Margaret (ed.), *Critical reflections on transnational organized crime, money laundering and corruption,* Toronto: University of Toronto Press, 2005, p. 35.

77 MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal,* ob. cit., p. 43.

78 GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz, "Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el entorno virtual)", en: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja,* ob. cit., p. 74.

79 Citado por MATA Y MARTÍN, Ricardo, *Delincuencia informática y Derecho penal,* ob. cit., p. 38. Destacan también la magnitud de la cifra oculta de la criminalidad informática: MAZUELOS COELLO, Julio, "Consideraciones sobre el delito de daños informáticos. Especial referencia a la difusión de virus informáticos", en *Jus. Doctrina & Práctica,* ob. cit., p. 264; PEÑA LABRIN, Daniel, "Delitos informáticos contra la indemnidad y libertades sexuales: Ley N.º 30096", en *Actualidad Penal,* N.º 8, Lima: Pacífico, p. 153. Dentro de los factores que contribuyen a la incertidumbre de la cifra oculta de la criminalidad informática está asociada al uso social expandido de los ordenadores y las redes que hacen que seamos, como dice GUTIÉRREZ FRANCÉS "un gremio de afectados"; *vid.* GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz, "Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el entorno virtual)", en: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja,* ob. cit., p. 70. Sobre la *computer dependency,* REYNA ALFARO, Luis Miguel, *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* ob. cit., p. 126 y ss.

80 Documento de Trabajo 12.º Congreso de las Naciones Unidas, pp. 2 y 3.

En el 2010, el Documento de Trabajo elaborado a propósito de la realización del 12.º Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y Justicia Penal en torno al tema "Novedades recientes del uso de la ciencia y la tecnología por los delincuentes y por las autoridades competentes en la lucha contra la delincuencia, incluido el delito cibernético" daba cuenta (i) que entre el 75 % y el 90 % de la totalidad de correos electrónicos que circulan en el ciberespacio son *correo basura*[81]; (ii) el número de *websites* comerciales de pornografía infantil se mantuvo estable entre 2006 y 2008, revelando la ineficiencia de la ley penal[82]; (iii) las pérdidas anuales de empresas e instituciones de los EE. UU. como consecuencia de delitos informáticos se calculan en 67,000 millones de dólares americanos[83].

El anonimato que permite el uso de los ordenadores[84], las dificultades probatorias derivadas de aquella circunstancia[85] y el poco interés de las víctimas (principalmente en caso de empresas del sistema financiero por temor a la publicidad negativa[86]) de denunciar los delitos informáticos sufridos, son circunstancias que abonan a favor del crecimiento de la cifra oculta de criminalidad en este ámbito[87].

2.1. El blanqueo de capitales

La actividad desarrollada por las organizaciones criminales genera ganancias que deben ser sometidas a proceso de *limpieza* (disimulando su origen) en la

81 Documento de Trabajo 12.º Congreso de las Naciones Unidas, p. 2.

82 Documento de Trabajo 12.º Congreso de las Naciones Unidas, p. 2 (citando el Informe Anual del 2008 de la *Internet Watch Foundation*).

83 Documento de Trabajo 12.º Congreso de las Naciones Unidas, p. 3 (citando información de la *FBI computer crime survey*).

84 Para Morón Lerma, el anonimato es uno de los derechos del ciudadano digital; al respecto: Morón Lerma, Esther, *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red,* Pamplona: Aranzadi, 1999, p. 27.

85 Derivadas de la *invisibilidad del delito informático*; al respecto: Herrera Moreno, Myriam, "El fraude informático en el Derecho penal español", en *Actualidad penal,* N.º 39, Madrid: La Ley, 2001; *et passim* Reyna Alfaro, Luis Miguel, "Aproximaciones victimológicas al delito informático", en *Capítulo Criminológico,* N.º 31.4, Zulia: Universidad de Zulia, 2003, p. 100.

86 Documento de Trabajo 12.º Congreso de las Naciones Unidas, p. 3. También Adamski, Andrzej, "Crimes related to the computer network. Threats and opportunities: A criminological perspectives", en Joutsen, Matti (ed.), *Five issues in European criminal justice,* ob. cit., pp. 236 y 237.

87 Sin menoscabar el impacto del anonimato como génesis de comportamientos informáticos como el cyberbulling o la pornografía; Borja Jiménez, Emiliano, *Curso de política criminal,* Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, p. 305.

medida que es el fruto de su actividad delictiva el mecanismo a través del cual los órganos de persecución del delito pueden alcanzar el descubrimiento de los hechos delictivos y sus responsables[88].

El blanqueo de la ganancia ilícita, como refiere BLANCO CORDERO, "se ha convertido en una necesidad para las organizaciones criminales"[89] y se configura como —usando expresiones de VIGNA— un "motor esencial de los negocios"[90].

Como es sabido, una de las principales utilidades prácticas de la informática y de la internet es el *e-banking*. La mayoría de instituciones bancarias en el mundo tienen implementadas plataformas informáticas mediante las cuales

88 Las ganancias generadas por las organizaciones criminales es ingente. Según datos proporcionados por BLANCO CORDERO (BLANCO CORDERO, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, ob. cit., pp. 214-215) las organizaciones criminales más significativas (*cosa nostra, camorra, N'drangheta, yacuzas* japonesas, triadas chinas, los cárteles de la droga) mueven un volumen anual de un billón de dólares (mensualmente se moverían masas superiores a los 3,000 millones de dólares), suma que supera en un triple el presupuesto anual de Francia. El citado autor español señala, por ejemplo, que el narcotráfico alcanzó en 1996 una facturación equivalente al 8 % o 9 % del comercio mundial. Por su parte, Peter ANDREAS, de forma más conservadora, señala que el volumen de flujos financieros ilícitos se elevó hasta 600,000 millones de dólares al año (*Vid.* ANDREAS, Peter, "El crimen transnacional y globalización económica", en BERDAL, Mats & SERRANO, Mónica, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad, b. cit.*, p. 65). De modo más genérico, MOISÉS MORENO (MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal*, ob. cit., pp. 45 y 46) y GÓMEZ MONT (GÓMEZ MONT, Fernando, "Política criminal en materia de delincuencia organizada", en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales*,ob. cit., p. 229) ha señalado que "a la delincuencia organizada se le ha identificado como todo un *sistema económico clandestino* con ingresos que sobrepasan el Producto Interno Bruto de algunas naciones". Finalmente, HERNÁNDEZ QUINTEROS refiere que el GAFI (Grupo de Acción Financiera) identificó la ganancia bruta obtenida por la venta de marihuana, cocaína y heroína en aproximadamente 122,000 millones de dólares por año para Europa y Norteamérica, de los que se lavaron dos tercios aproximadamente [así en: HÉRNÁNDEZ QUINTEROS, Hernando, "Informática y lavado de activos", en: *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias penales y Criminológicas*, N.º 84, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 48 y 49].

89 BLANCO CORDERO, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales*, ob. cit., p. 220. Resaltando el blanqueo de capitales como parte del núcleo de actividades desarrolladas por las organizaciones criminales: ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, ob. cit., p. 63 y 73; LAMAS PUCCIO, Luis, "Criminalidad Organizada, seguridad ciudadana y reforma penal", en *Revista Peruana de Ciencias Penales*, N.º 23, ob. cit., p. 318 (aunque sin precisar las razones).

90 VIGNA, Piero, "Capítulo VII. La cooperación judicial frente al crimen organizado", en Yacobucci, Guillermo (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Buenos Aires: Ábaco, 2005, p. 224.

resulta posible realizar complejas operaciones de reciclado sin que sea necesario el traslado material de las ingentes ganancias que producen las actividades de las organizaciones criminales[91]. Ejemplos significativos del modo en que las organizaciones criminales movilizan sus capitales a través de los sistemas financieros lo proporcionan los casos *La Mina* que comprende al cártel de Medellín que "lavó" más de 1,000 millones de dólares[92] y el caso del BCCI (Banco de Crédito y Comercio Internacional) y que permitió en su momento el traslado fuera de los Estados Unidos de América de más de 12,000 millones de dólares[93].

Estas circunstancias motivaron, ya desde finales del siglo pasado, la existencia de iniciativas internacionales orientadas a destacar la trascendencia criminológica del blanqueo de capitales a través de la red y proponer fórmulas de prevención[94]. En esa línea se destacan, entre otras, la Resolución del Parlamento Europeo del 28 de octubre de 1997 ("Plan de acción contra la criminalidad organizada")[95] y

91 MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI, "Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad", traducción de Raúl Carnevali, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* ob. cit., p. 125; VIGNA, Piero, "Capítulo VII. La cooperación judicial frente al crimen organizado", en Yacobucci, Guillermo (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización,* ob. cit., p. 226; MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal,* ob. cit., p. 43.

92 Dicha organización criminal utilizó una sociedad mercantil denominada "La Mina" con sede en Los Ángeles (EE. UU.) que realizaba movimientos de dinero que involucraron a las sucursales en Nueva York y Miami de los bancos españoles Bilbao-Vizcaya, Exterior de España, Santander, Español de Crédito, Banesto Banking Corporation y Urquijo Unión, y los bancos norteamericanos Continental Bank International, Citibank, Chase Manhattan Bank, Bank of America, Republic National Bank, Marion Midland Bank y Citizens and Southern National Bank; al respecto: BLANCO CORDERO, Isidoro, *Criminalidad organizada y mercados ilegales,* ob. cit., p. 227.

93 HÉRNÁNDEZ QUINTEROS, Hernando, "Informática y lavado de activos", en: *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias penales y Criminológicas,* ob. cit., p. 60.

94 Precisamente el uso del *e-banking* es una de las formas a través de la cual la economía delictiva impuesta por las organizaciones criminales se infiltra en la economía formal; al respecto: DURAND, Francisco, *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva,* ob. cit., p. 91.

95 Que señala la necesidad de establecer mecanismos de cooperación internacional para enfrentar la criminalidad organizada derivada del "advenimiento del mercado interno y de la introducción de las modernas tecnologías de la información (internet y *electronic banking*)" y reconoce la lentitud de los Estados en reconocer el impacto de la "criminalidad de alta tecnología" de cara al "blanqueo de los efectos procedentes de la comisión de delitos a través de Internet"; al respecto: MILITELLO, Vincenzo, "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", traducción de Cristina MÉNDEZ, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ,

las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)[96] que establecen ciertas pautas de prevención del lavado de activos a través del uso de las nuevas tecnologías[97].

2.2. La pornografía infantil

El mercado ilegal de pornografía infantil es uno de aquellos escenarios que permite reconocer el impacto de las nuevas tecnologías en la criminalidad. No se puede sino estar de acuerdo con MORALES PRATS, cuando enfatiza la trascendencia de los mecanismos informáticos en la amplificación internacional del tráfico de la pornografía infantil y que han "transformado las pautas de producción y difusión de este tipo de material"[98], o con ABOSO quien sostiene que "este género delictivo ha sido el que más se aprovechó de la utilización abusiva de la red informática"[99].

Ahora, aunque es cierto que el mercado ilegal asociado a la pornografía infantil es de significativo interés para las organizaciones criminales, debe tenerse presente que los medios tecnológicos han abierto la compuerta al intercambio de material pornográfico infantil sin fines de lucro (entre pedófilos). Como dice MORALES PRATS, "puede trazarse una línea evolutiva que desplaza la elaboración

---

Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ; Diego DÍAZ-SANTOS y María ROSARIO (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas tecnologías,* ob. cit., pp. 178 y 179.

96 *Vid.* WINTER ETCHEBERRY, Jaime, "Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación", en *Las recomendaciones del GAFI,* 2012. Recuperado de <http://bit.ly/1GjEYPA>. en AMBOS, Kai; José A. CARO; John Miguel POLAINO-ORTS; Dino Carlos CARO CORIA; Luis Miguel REYNA ALFARO; Gustavo URQUIZO VIDELA; Andy CARRIÓN ZENTENO; Manuel A. ABANTO VÁSQUEZ; Pablo GALAIN PALERMO; Diana Marisela ASMAT COELLO y Jaime WINTER ETCHEBERRY, "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en *Lavado de activos y compliance,* Lima: Jurista Editores E.I.R.L., 2015, p. 111 y ss.

97 La recomendación N.º 15 pone énfasis en la necesidad de identificar y evaluar los riesgos derivados del desarrollo de nuevos productos y nuevas prácticas comerciales, incluyendo nuevos mecanismos de envío, y el uso de nuevas tecnologías o tecnologías en desarrollo para productos tanto nuevos como los existentes. La recomendación N.º 16 plantea la necesidad de que las instituciones financieras requieran información sobre el origen y destinatario de las transferencias electrónicas que se realicen, asimismo impone en ellas obligaciones de monitoreo respecto a la cadena de pago.

98 MORALES PRATS, Fermín, "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, María Rosario DIEGO DÍAZ-SANTOS, (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas* tecnologías, ob. cit., p. 119.

99 ABOSO, Gustavo Eduardo, "Cibercriminalidad y Derecho penal: El nuevo paradigma de la sociedad moderna", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* ob. cit., 51.

y producción de la pornografía infantil de parámetros comerciales organizados a ámbitos descentralizados 'amateurs' o domésticos"[100].

2.3. Los fraudes patrimoniales a través de la red: *phishing* y *pharming*

El crecimiento del comercio de productos financieros que permiten el flujo de capitales a través de transacciones electrónicas realizadas a través de la red constituye factores determinantes del actual impacto de esta manifestación de la criminalidad informática[101] mediante la cual los agentes del delito acceden indebidamente a las claves personales secretas de las víctimas para hacer posterior uso de las mismas a través de transferencias electrónica en su perjuicio[102]. Nos encontramos frente a lo que la doctrina especializada denomina *ciberfraude*[103].

El artículo 8 de la LDI introduce la figura del *fraude informático* al ordenamiento jurídico penal nacional, a través de una fórmula extensiva que comprende, finalmente, a "cualquier interferencia o manipulación de un

100 Morales Prats, Fermín, "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular", en Zúñiga Rodríguez, Laura; Cristina Méndez Rodríguez, María Rosario, Diego Díaz-Santos, (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas* tecnologías, ob. cit., p. 120. Este autor destaca cómo es que "El vídeo casero y la implantación de Internet han convertido la pornografía infantil en una 'sofisticada industria casera' al alcance de muchos" (p. 119).

101 Ruiz Rodríguez, Luis Ramón, "Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias", en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, ob. cit., p. 11.

102 Flores Mendoza, Fátima, "Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de *phishing* bancario", en *Estudios penales y criminológicos,* vol. XXXIV, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2014, p. 302. El perjuicio generado por estas conductas en EE. UU. en el 2003 se calcula en 2,400 millones de dólares y constituya la modalidad más habitual de fraude informático (al respecto, Flores Mendoza, Fátima, "Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de *phishing* bancario", en *Estudios penales y criminológicos*, ob. cit., p. 306). Por su parte, Miró Llinares da cuenta del incremento de casos de *phishing* de 10.047 en junio del 2006 a 55,643 en abril del 2007 (*Vid.* Miró Llinares, Fernando, "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* ob. cit., pp. 7 y 8).
Vid. "Lima: Aumentan casos de robo de identidad", en *Perú 21.*, Lima: 15 de junio del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1QAAIyV>: En el Perú, se trata de una actividad delictiva informática en crecimiento.

103 El *phishing,* sin embargo, es solo una de las tantas expresiones del ciberfraude. Los fraudes de tarjetas de crédito, de cheques, las estafas de inversión, las estafas piramidales en línea, las estafas de la lotería, las ventas en línea en las que no se envía el producto o este no tiene las características ofertadas, *scam,* son algunas de las expresiones más comunes del fraude cibernético. Al respecto: Miró Llinares, Fernando, "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* ob. cit., pp. 5 y 6.

sistema informático" realizada a través de las tecnologías de la información y la comunicación que provoque perjuicio patrimonial en un tercero. Esta figura se complementa con la de suplantación de identidad del artículo 9 de la LDI y con la producción de dispositivos informáticos con fines delictivos del artículo 10 de la LDI.

En la realización de conductas de *phishing* —en cuyo entramado intervienen conforme a identificado correctamente MIRÓ LLINARES: "los que redactan el *spam,* quienes envían los correos de *phishing,* quienes diseñan las webs falsas, los que se ocupan de lograr la transferencia patrimonial y, finalmente, los cibermuleros, que reciben en sus cuentas el dinero y se encargan de transmitirlo por canales seguros a los jefes de la organización"[104]— suelen intervenir en sus diversas etapas organizaciones criminales. Desde el envío del mensaje —anzuelo— (a través del envío masivo de correos electrónicos, mediante el uso de sitios web, a través de troyanos y programas espía o *spyware*), hasta la obtención de las claves personales hasta la utilización simultánea de dichas claves secretas y el posterior retiro final del dinero extraído en diversos países del extranjero[105].

FLORES MENDOZA señala respecto de las agrupaciones ilícitas dedicadas al *phishing*: "Estas bandas constituyen verdaderas organizaciones criminales formadas por un número considerable de personas, dotadas de una estructura organizativa, jerarquizada y de reparto bien delimitado de tareas entre sus miembros, que generalmente proceden de la Europa del Este y cuentan con una elevada cualificación tecnológica, lo que permite hablar de delincuencia organizada" [106]. No es distinta la situación respecto del *pharming,* consistente en la utilización de web falsas (generalmente de instituciones financieras) a las que se redirecciona a la víctima quien actúa en la creencia que ingresa su información personal a la web auténtica.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN: LOS RETOS DE LA JUSTICIA PENAL ANTE LA CRIMINALIDAD INFORMÁTICA

La delincuencia informática y el crimen organizado son ejemplos paradigmáticos de la criminalidad del siglo XXI y constituyen tipologías criminales

104 MIRÓ LLINARES, Fernando, "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* ob. cit., p. 31. Sobre la responsabilidad penal de los cibermuleros y la idoneidad del tipo penal de lavado para obtener su efectiva punición, véanse las páginas 31 y ss.

105 FLORES MENDOZA, Fátima, "Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de *phishing* bancario", en *Estudios penales y criminológicos,* ob. cit., pp. 303-305.

106 FLORES MENDOZA, Fátima, "Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de *phishing* bancario", en *Estudios penales y criminológicos,* ob. cit., p. 306.

reveladoras de la escasa capacidad de rendimiento del Derecho penal frente a formas de criminalidad altamente complejas.

En efecto, conforme se ha podido apreciar a lo largo de este trabajo, el uso de la informática y su tecnología no solo ha servido para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos sino que ha potenciado la capacidad lesiva de las organizaciones criminales, no solo mediante la habilitación de nuevas formas criminales sino mediante el incremento de las posibilidades de eludir la persecución del delito.

El carácter global de la criminalidad informática y la criminalidad organizada y la técnica subyacente al uso de medios informáticos genera serias dificultades para la persecución de estas tipologías delictivas en las que el camino adecuado parecer ser el reforzamiento de la cooperación internacional tanto a nivel policial como fiscal y judicial. Si se tratan los casos de criminalidad informática reportados por los medios de comunicación, se apreciará que su efectivo descubrimiento y prosecución es consecuencia de la intervención conjunta de nuestra División Policial Especializada (División de Investigación de Delitos de Altas Tecnologías-DIVINDAT) y los órganos policiales de otros países (FBI[107], Brigada de Investigación Tecnológica española).

No es este, sin embargo, el único efecto de la globalidad del delito informático. La interconectividad de los ordenadores, el uso predominante de redes informáticas y el tráfico de los datos informáticos a través de diversos países generan posibles conflictos en torno a la ley penal aplicable. La continua intervención del Federal Bureau of Investigation (FBI) norteamericano en las intervenciones policiales por delitos informáticos en diversas partes del mundo[108] (Costa Rica[109], Eslovenia[110], Nicaragua[111], etc.) da cuenta de dicha realidad.

---

107 "Piura: Intervienen cabina de Internet por envío de pornografía", en *RPP Noticias*, Lima: 11 de abril del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1NA5wp0>.

108 "El FBI detiene a hackers financieros", en *Expansión en alianza con CNN*, 26 de junio de 2012. Recuperado de <http://bit.ly/21fkUcP>, en la que se da cuenta que "Decenas de personas en cuatro continentes fueron detenidas gracias a una trampa del FBI contra el mercado negro del fraude financiero en línea, revelaron este martes agentes federales. Las detenciones en Estados Unidos, Europa, Asia y Australia pusieron fin a una investigación de dos años del FBI contra ciberpiratas que robaban información de tarjetas de crédito, bancos y otros datos financieros en Internet".

109 MÉNDEZ, Alexander, "Detienen hombre buscado por FBI", en *Diario Extra*, San José: 14 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1UhhHZl>.

110 "Guardia Civil y FBI detienen al creador de una red mundial de robos cibernéticos", en *El Mundo*, Madrid: 28 de julio del 2010. Recuperado de <http://bit.ly/1SKhZ8O>.

111 "Nicaragua: Detienen y deportan a a estadounidense más buscado por el FBI", en *RPP Noticias*, Lima: 23 de abril del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1MZJBYb>.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABOSO, Gustavo Eduardo

2004 "Cibercriminalidad y Derecho penal: El nuevo paradigma de la sociedad moderna", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* N.º 15, Lima: Idemsa.

2011 "La nueva regulación de los llamados 'delitos informáticos' en el Código penal argentino: Un estudio comparado", en URQUIZO OLAECHEA, José; Manuel ABANTO VÁSQUEZ y Nelson SALAZAR SÁNCHEZ (coords.), *Dogmática penal de Derecho penal económico y política criminal. Homenaje a Klaus Tiedemann,* vol. I, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

ADAMSKI, Andrzej

1999 "Crimes related to the computer network. Threats and opportunities: A criminological perspectives", en JOUTSEN, Matti (ed.), *Five issues in European criminal justice,* Helsinki: European Institute for Crime Prevention and Control.

ANARTE BORRALLO, Enrique

1999 ANARTE BORRALLO, Enrique, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en Ferré Olivé, Juan Carlos & Anarte Borrallo, Enrique (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos,* Huelva: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Huelva.

ANDREAS, Peter

2005 "El crimen transnacional y globalización económica", en BERDAL, Mats & SERRANO, Mónica, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad,* México: Fondo de Cultura Económica.

AROCENA, Gustavo

2012 "La regulación de los delitos informáticos en el Código penal argentino. Introducción a la ley nacional N.º 26388", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado,* N.º 135, México: UNAM.

BACIGALUPO, Enrique

2005 "Documentos electrónicos y delitos de falsedad documental", en *Ley, razón y justicia,* N.º 9, Neuquén: Alveroni.

BLANCO CORDERO, Isidoro

1997 *Criminalidad organizada y mercados ilegales,* en *Eguzkilore,* N.º 11, San Sebastián: Instituto Vasco de Criminología.

BLOSSIERS MAZZINI, Juan José y Sylvia CALDERÓN GARCÍA

2000 *Los delitos informáticos en la banca,* Lima: Rao.

BRAMONT ARIAS TORRES, Luis Alberto

1997 *El delito informático en el Código penal peruano,* Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2000 "El delito informático (Ley N.º 27309, de 17 de julio del 2000)", en *Gaceta Jurídica,* N.º 81-B, Lima: Gaceta Jurídica.

BAUMAN, Zygmunt

2007 *La sociedad sitiada,* traducción de Mirta Rosenberg, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

BECK, Ulrich

2006 *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad,* traducción de Jorge NAVARRO, Daniel JIMÉNEZ y María ROSA BORRAS, Barcelona: Paidós.

BORJA JIMÉNEZ, Emiliano

2003 *Curso de política criminal,* Valencia: Tirant lo Blanch.

BOTTKE, Wilfried

2003 "Sexualidad y delito: Las víctimas de los delitos sexuales", en REYNA ALFARO, Luis Miguel (dir.), *Derecho, proceso penal y victimología,* Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.

CALLEGARI, Andre y Maiquel DEZORDI WERMUTH

2012 "La expansión del Derecho penal, Sociedad del Riesgo y Crimen Organizado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* N.º 24, Lima: Idemsa.

CARO CORIA, Dino Carlos

2015 CARO CORIA, Dino Carlos, "La inconstitucionalidad de la ley de 'localización' y 'geolocalización'", en *Gestión,* Lima: 31 de julio del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1qTKWFx>.

CARRIÓN, Hugo Daniel

2001 "Presupuestos para la incriminación del hacking", en QUEIROZ, Tarcisio; Erick IRIARTE y Marcio MORENA (coords.), *Informática e internet. Aspectos legais internacionais,* Río de Janeiro: Explanada.

CASTALDO, Andrea

2005 "Capítulo IX. Una introducción al problema", en Yacobucci, Guillermo (coord.). *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización,* Buenos Aires: Ábaco.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio

2001 "Criminalidad organizada. Concepto. La Asociación Ilícita. Problemas de autoría y participación", en Granados Pérez, Carlos (dir.). *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

DE GIORGI, Alessandro

2006 *El gobierno de la excedencia. Postfordismo y control de la multitud,* traducción de BRANDARIZ, José Ángel y Hernán BOUVIER, Madrid: Mapas.

DE LA MATA BARRANCO, Norberto y Leyre HERNÁNDEZ DÍAZ

2009 "El delito de daños informáticos: Una tipificación defectuosa", en: *Estudios penales y criminológicos,* vol. XXIX, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

DEL OLMO, Rosa

1997 "Las drogas y sus discursos", en BAIGÚN, David; Eugenio ZAFFARONI; Antonio GARCÍA-PABLOS, Antonio y José PIERANGELI (coords.), *De las penas. Libro homenaje al Profesor Isidoro de Benedetti,* Buenos Aires: Depalma.

DEL ROSAL BLASCO, Bernardo

2001 "Criminalidad organizada y nuevas tecnologías: Algunas consideraciones fenomenológicas y político criminales", en GRANADOS PÉREZ, Carlos (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

DÜBBER, Markus Dirk

2001 "Policing possession: The war on crime and the end of criminal law", en *Journal of Criminal Law and Criminology,* vol. 91.4, Northwestern University.

DURAND, Francisco

2007 *El Perú fracturado. Formalidad, informalidad y economía delictiva,* Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, María Teresa

2000 "Autoría y participación en la criminalidad organizada", en Diego DÍAZ-SANTOS; María ROSARIO y Virginia SÁNCHEZ LÓPEZ (coords.). *Hacia un Derecho penal sin fronteras,* Madrid: Colex.

FLORES MENDOZA, Fátima

2014 "Respuesta penal al denominado robo de identidad en las conductas de *phishing* bancario", en *Estudios penales y criminológicos,* vol. XXXIV, Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

GARCÍA CANTIZANO, María del Carmen

2000 "La delincuencia informática en el ordenamiento jurídico penal peruano", en *Gaceta Jurídica,* N.º 78-B, Lima: Gaceta Jurídica.

GÓMEZ MONT, Fernando

1999 "Política criminal en materia de delincuencia organizada", en *Revista de Política Criminal y Ciencias Penales,* N.º 1 Especial, Distrito Federal México: CEPOLCRIM.

GONZÁLEZ RUS, Juan José

1982 "Aproximación al tratamiento penal de los ilícitos patrimoniales relacionados con medios o procedimientos informáticos", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid,* Monográfico N.º 12, Madrid.

GRACIA MARTÍN, Luis

2003 *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia,* Valencia: Tirant lo Blanch.

GUIBOURG, Ricardo; Jorge ALENDE y Elena CAMPANELLA

1996 *Manual de informática jurídica,* Buenos Aires: Astrea.

GUTIÉRREZ FRANCÉS, Mariluz

1996 "Notas sobre la delincuencia informática: Atentados contra la 'información' como valor económico de empresa", en MAZUELOS COELLO, Julio (comp.). *Derecho penal económico y de la empresa,* Lima: San Marcos.

2005 "Reflexiones sobre la ciberdelincuencia hoy (en torno a la ley penal en el entorno virtual)", en: *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de la Rioja,* N.º 3, 2005, p. 78. Recuperado de <http://bit.ly/1UfwEuT>.

HARB, Benjamín Miguel

1990 "Delincuencia organizada", en *Derecho penal. Homenaje al Doctor Raúl Peña Cabrera,* Lima: Ediciones Jurídicas.

HERNÁNDEZ PLASENCIA, José Ulises

2004 "La codelincuencia en organizaciones criminales de estructura jerarquizada", en *XVI Congreso Latinoamericano, VIII Iberoamericano y I Nacional de Derecho penal y criminología,* Lima: UNMSM.

HÉRNÁNDEZ QUINTEROS, Hernando

2007 "Informática y lavado de activos", en: *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias penales y Criminológicas,* N.º 84, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

HERRERA MORENO, Myriam

2001 "El fraude informático en el Derecho penal español", en *Actualidad penal,* N.º 39, Madrid: La Ley.

JIJENA LEIVA, Renato Javier

1994 "La criminalidad informática: Situación de lege lata y de lege ferenda en Chile", en *Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho,* Mérida.

KINDHÄUSER, Urs

2002 "La estafa por medio de computadoras: ¿Una estafa?", traducción de Percy García, en El mismo. *Estudios de Derecho penal patrimonial,* Lima: Grijley.

LAMAS PUCCIO, Luis

2012 "Criminalidad Organizada, seguridad ciudadana y reforma penal", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* N.º 23, Lima: Idemsa.

LEVI, Michael

2005 "Liberalización y crimen financiero transnacional", en BERDAL, Mats y Mónica SERRANO, *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional. Cambio y continuidad,* México: Fondo de Cultura Económica.

LÓPEZ-MUÑOZ, Julián

2015 *Criminalidad organizada. Aspectos jurídicos y criminológicos,* Madrid: Dykinson.

LUZ CLARA, Bibiana

2001 *Manual de Derecho Informático,* Rosario: Nova Tesis.

MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI

2001 "Derecho penal 'mínimo' y nuevas formas de criminalidad", traducción de Raúl Carnevali, en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N.º 2, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales.

MATA y MARTÍN, Ricardo

2003 *Delincuencia informática y Derecho penal,* Managua: Hispamer.

MATELLANES RODRÍGUEZ, Nuria

2000 "Algunas notas sobre las formas de delincuencia informática en el Código penal", en: Diego DÍAZ-SANTOS, María ROSARIO & SÁNCHEZ LÓPEZ, Virginia (coords.), *Hacia un Derecho penal sin fronteras,* Madrid: Colex:

MAZUELOS COELLO, Julio

2001 "Los delitos informáticos: Una aproximación a la regulación del Código penal peruano", en *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales,* N.º 2, Lima: Instituto Peruano de Ciencias Penales.

2007 "Modelos de imputación en el Derecho penal informáticos", en *Derecho penal y Criminología. Revista del Instituto de Ciencias penales y Criminológicas,* N.º 85, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

2008 "Consideraciones sobre el delito de daños informáticos. Especial referencia a la difusión de virus informáticos", en *Jus. Doctrina & Práctica,* N.º 3, Lima: Grijley.

MENDOZA BUERGO, Blanca

2001 *El Derecho penal en la sociedad del riesgo,* Madrid: Civitas.

MILITELLO, Vincenzo

2001 "Iniciativas supranacionales en la lucha contra la criminalidad organizada y el blanqueo en el ámbito de las nuevas tecnologías", traducción de Cristina MÉNDEZ, en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ; Diego DÍAZ-SANTOS y María ROSARIO (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas tecnologías,* Madrid: Colex.

MIRÓ LLINARES, Fernando

2013 "La respuesta penal al ciberfraude. Especial atención a la responsabilidad de los muleros del *phishing*", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* N.º 15. Recuperado de <http://bit.ly/1WRsDgK>.

MONTANO, Pedro

2012 "Delito informático, interpretación de los tipos penales", en AA.VV. *Nuevos desafíos en Derecho Penal Económico,* Buenos Aires: B de F.

MORALES PRATS, Fermín

2011 "La intervención penal en la red. La represión penal del tráfico de pornografía infantil: Estudio particular", en ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura; Cristina MÉNDEZ RODRÍGUEZ, María ROSARIO, Diego DÍAZ-SANTOS, (coords.), *Derecho penal, Sociedad y nuevas tecnologías,* Madrid: Colex.

MORENO HERNÁNDEZ, Moisés

2009 *La internacionalización del delito, de la política criminal y del Derecho penal,* Managua: INEJ.

MORÓN LERMA, Esther

1999 *Internet y Derecho Penal: Hacking y otras conductas ilícitas en la red,* Pamplona: Aranzadi.

NAYLOR, R. T.

2005 "Predators, parasites, or free-market pioneers: Reflections on the nature and analysis of profit-driven crimes", en Beare, Margaret (ed.), *Critical reflections on transnational organized crime, money laundering and corruption,* Toronto: University of Toronto Press.

NUÑEZ PONCE, Julio

1996 *Derecho informático,* Lima: Marsol.

PASTOR MUÑOZ, Nuria

2006 "Delitos contra el Patrimonio II", en SILVA SÁNCHEZ, Jesús María (dir.). *Lecciones de Derecho penal. Parte Especial,* Barcelona: Atelier.

PEÑA CABRERA, Raúl

1995 *Tratado de Derecho penal. Parte Especial,* t. II-A, Lima: Ediciones Jurídicas.

PEÑA LABRIN, Daniel

2015 "Delitos informáticos contra la indemnidad y libertades sexuales: Ley N.º 30096", en *Actualidad Penal,* N.º 8, Lima: Pacífico.

PEREIRA CHUMBE, Roberto

2013 "Cibernautas en riesgo", en diario *El Comercio,* Lima: 23 de octubre del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1pFdeCK>.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique

1997 *Manual de Informática y Derecho,* Barcelona: Ariel.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo

2007 *El Derecho penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista,* Valencia: Tirant lo Blanch.

PRITTWITZ, Cornelius

2013 PRITTWITZ, Cornelius, "A funcao do direito penal na sociedade globalizada do risco. Defensa de un papel necesariamente modesto", en AMBOS, KAI y María Laura BÖHM, (coords.), *Desenvolvimentos atuais das ciencias criminais na Alemanha,* Brasilia: Gaceta Jurídica.

REYNA ALFARO, Luis Miguel

2002 *Los delitos informáticos. Aspectos criminológicos, dogmáticos y de política criminal,* Lima: Jurista.

2002 *Manual de Derecho penal económico y de la Empresa. Parte General y Especial,* Lima: Gaceta Jurídica.

2003 "El intrusismo informático ¿Legalidad penal o impunidad?: Reflexiones a partir del caso argentino del 'X Team'", en *El Derecho penal. Doctrina y Jurisprudencia,* edición de marzo de 2003, Buenos Aires: Universitas.

2003 "Aproximaciones victimológicas al delito informático", en *Capítulo Criminológico,* N.º 31.4, Zulia, Universidad de Zulia.

2013 "Irracionalidades punitivas y violencia doméstica: A su vez, una demostración de la trascendencia de la investigación criminológica como mecanismo de contención del uso político del Derecho penal", en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Nancy GUZMÁN RUIZ DE CASTILLA; Luis LÓPEZ PÉREZ y Edvar CUEVA CASTRO (coords.). *Temas de ciencias penales,* vol. II, Lima: Fondo Editorial de la Universidad de San Martín de Porres.

RIQUERT, Marcelo

2004 "Capítulo IX: Delitos informáticos", en Carrera, Daniel & Vázquez, Humberto (dir.), *Derecho penal de los negocios,* Buenos Aires: Astrea.

ROJAS VARGAS, Fidel

2000 Fidel, *Delitos contra el Patrimonio,* vol. I, Lima: Grijley.

ROSENFELD, Richard y Steven MESSNER

2013 *Crime and the economy,* Londres: Sage.

ROMEO CASABONA, Carlos María

2004 "Los llamados delitos informáticos de carácter patrimonial", en *Las transformaciones del Derecho penal en un mundo en cambio,* vol. II, Arequipa: Adrus.

RUIZ RODRÍGUEZ, Luis Ramón

2006 "Uso ilícito y falsificación de tarjetas bancarias", en *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política,* N.º 3. Recuperado de <http://bit.ly/1pC0w7M>.

SÁENZ TORRES, Alexei Dante

2008 "Algunas consideraciones en torno a la criminalidad organizada en el Perú", en *Cuestiones actuales del sistema penal. Crisis y desafíos,* Lima: Ara.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2006 *Delitos contra el Patrimonio,* 2.ª ed., Lima: Jurista.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

2004 "Función político criminal del delito de asociación para delinquir: Desde el Derecho penal político hasta la lucha contra el crimen organizado", en *Revista Peruana de Ciencias Penales,* N.º 14, Lima: Idemsa.

SARTORI, Giovanni

2012 *Homo videns. La sociedad teledirigida,* traducción Ana Díaz, Madrid: Taurus.

SERRANO TÁRRAGA, María Dolores

2014 *El rol de la Criminología para la seguridad en la sociedad contemporánea,* Madrid: Dykinson.

SIEBER, Ulrich

2009 "Capítulo V: El control de la complejidad en el ciberespacio global: La armonización de los delitos informáticos", en DELMAS-MARTY, Mireille; Mark PIETH y Ulrich SIEBER, (directs), *Los caminos de la armonización penal,* Valencia: Tirant lo Blanch.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

2001 *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales,* 2.ª ed., Madrid: Civitas.

STUNTZ, William

2011 *The collapse of american criminal justice,* Massachusetts: Harvard University Press.

TERRADILLOS BASOCO, Juan

1999 "El derecho penal de la globalización: Luces y sombras", en CAPELLA HERNÁNDEZ, Juan Ramón (coords.) *Transformaciones del derecho en la mundialización,* Madrid: Consejo General del Poder Judicial.

TIEDEMANN, Klaus

1999 "Criminalidad mediante computadoras", en *Temas de Derecho penal económico y ambiental,* Lima: Idemsa.

VELARDE, José Luis

2013 "Delitos informáticos. Mitos y verdades de la novísima legislación", en *Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano,* N.º 479, Lima.

VIGNA, Piero

2005 "Capítulo VII. La cooperación judicial frente al crimen organizado", en YACOBUCCI, Guillermo (coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización,* Buenos Aires: Ábaco.

VIRGOLINI, Julio

2004 *Crímenes excelentes. Delitos de cuello blanco, crimen organizado y corrupción,* Buenos Aires: Del Puerto.

VOGEL, Joachim

2008 "Towards a Global Convention against cybercrime", 2008, p. 1. Recuperado de <http://bit.ly/1TbDdcX>.

WILLIAMS, James W. y Margaret BEARE

2005 "The bussiness of bribery: Globalization, economic liberalization, and the 'problem' of corruption", en Beare, Margaret (ed.), *Critical reflections on transnational organized crime, money laundering and corruption,* Toronto: University of Toronto Press.

WINTER ETCHEBERRY, Jaime

2015 "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en *Lavado de activos y compliance,* Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

YACOBUCCI, Guillermo

2005 "Capítulo II. Los tipos penales relacionados con el crimen organizado", en *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización,* Buenos Aires: Ábaco.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl

1982 "Consideraciones político criminales sobre la tutela de los derechos de autor", en: El mismo. *Política criminal latinoamericana. Perspectivas y disyuntivas,* Buenos Aires: Hammurabi.

2001 "En torno al concepto de 'crimen organizado'", en VIRGOLINI, Julio y Alejandro SLOKAR (coords.). *Nada personal. Ensayos sobre crimen organizado y sistema de justicia,* Buenos Aires: Depalma.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso

2011 *Delincuencia organizada transnacional,* Guayaquil: Edilex.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2001 *Política criminal,* Madrid: Colex.

2009 *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal,* Granada: Comares.

CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN MATERIA AMBIENTAL: A PROPÓSITO DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL

DINO CARLOS CARO CORIA*

* Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca (España). Estancias de investigación postdoctorales en el Max Planck Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht, de Freiburg im Breisgau (Alemania). Profesor de Derecho Penal en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad de Lima. Director del Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.cedpe.com). Director del Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa (www.adpeonline.com). Miembro del Consejo Científico del Centro de Estudios de Derecho Penal y Procesal Penal Latinomericano de la Universidad de Göttingen (Alemania) (cedpal.uni-goettingen.de). Socio Fundador de Caro & Asociados (www.ccfirma.com).

SUMARIO: I. Introducción. II. Criminalidad organizada y delitos ambientales. III. Medidas legislativas adoptadas para combatir la criminalidad en materia ambiental. IV. El tipo base del delito de minería ilegal. 1. Minería informal, minería ilegal y delito de minería ilegal. 2. Consecuencias nocivas de la actividad minera ilegal: consecuencias sobre el ambiente, sobre la economía nacional y cifras de la minería ilegal. 3. Sobre el fundamento para la represión penal del delito de minería ilegal. 4. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido. 5. Tipo objetivo. 6. Tipo subjetivo. V. Modalidades agravadas del delito de minería ilegal. 1. En zonas no permitidas para el desarrollo de la actividad minera. 2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas. 3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares. 4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida la salud o el patrimonio de las personas. 5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano. 6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público. 7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La criminalidad organizada, que tradicionalmente se le asocia con delitos de extorsión, estafas, tráfico de drogas y otros, actualmente viene modernizándose y agrupando entre sus miembros a personas técnicas y profesionales, especialistas en una determinada área de la actividad económica a efectos de expandir el alcance de sus delitos. Dentro de esta expansión tenemos a los delitos en materia ambiental y en concreto el delito de minería ilegal, el cual según cifras oficiales del Estado peruano, viene moviendo una cantidad de dinero ilícito mucho mayor que el tráfico de drogas.

Es innegable que la actividad minera ilegal afecta gravemente al ambiente, por lo que la primera reacción del Estado peruano para enfrentar este fenómeno social fue recurrir al derecho administrativo para regular la actividad minera informal e ilegal y de esta manera proyectar la transformación de esta minería en minería legal. Sin embargo, los esfuerzos del Estado no cumplieron la expectativa deseada, pues cada vez es mayor el número de mineros ilegales cuyas actividades dañan gravemente al ambiente, al punto que actualmente la minería ilegal e informal se viene desarrollando en casi todo el territorio nacional.

En este sentido y atendiendo a la escasa investigación existente sobre la materia, hemos consideramos adecuado realizar una investigación sobre esta nueva forma de criminalidad, desde el punto de vista de la política criminal y dogmática penal, a efectos de poder contribuir a la correcta interpretación y aplicación del delito de minería ilegal y de sus formas agravadas.

II. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y DELITOS AMBIENTALES

El crimen organizado constituye uno de los fenómenos más característicos de la criminalidad desde el último tercio del siglo XX, fenómeno que según todos los indicios va a ser igualmente dominante en el siglo que acabamos de comenzar. Efectivamente, en las últimas décadas se han producido transformaciones de gran relevancia en la criminalidad en el ámbito mundial: mientras que las actividades delictivas clásicas eran llevadas a cabo básicamente de manera individual, se observa en la actualidad una evolución hacia una criminalidad conducida por grupos de delincuentes bien estructurados y que asumen el crimen como empresa, como negocio: esto es lo que denominamos a grandes rasgos crimen organizado[1], el cual proyecta sus efectos en el plano nacional e internacional, trascendiendo en diversas ocasiones las fronteras de un concreto ordenamiento jurídico.

Un análisis correcto de la criminalidad organizada debe partir del enfoque criminológico a efectos de entender la fenomenología del crimen organizado, así como el perfil criminológico de la organización criminal. Este enfoque nos permitirá obtener resultados como la tipología de las conductas delictivas cometidas por las organizaciones criminales, a partir de las cuales halla fundamento la peligrosidad de la criminalidad organizada frente a otras formas de criminalidad convencional, máxime si los efectos del crimen organizado atienden a la desestabilización del sistema político y económico; así también podremos obtener un

1 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La Criminalidad Organizada. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 21.

mayor conocimiento acerca de las características estructurales —organización criminal jerárquica, horizontal o fluida— y personales[2] de estas organizaciones criminales.

A partir este enfoque criminológico, podemos afirmar que en nuestro país la criminalidad organizada no viene siendo entendida estrictamente en los términos del *Enterprise Crime*, es decir, en el sentido de que la criminalidad organizada es por naturaleza económica o, a la inversa, que la criminalidad económica apunta a ser cada vez más organizada[3]. Sin embargo, sin desconocer que el factor económico no es ajeno a la criminalidad organizada, en nuestra realidad social[4] el crimen organizado también se manifiesta mediante la comi-

---

2 En la actualidad, es común apreciar el constante aumento de intelectuales profesionalmente formados como integrantes o miembros de las organizaciones criminales, especialmente en el ámbito de la criminalidad económica. En este sentido, tenemos que el Informe del Consejo de Europa sobre el Crimen Organizado del año 1998 señaló como tendencias apreciables la creciente sofisticación y profesionalización, mediante la integración de profesionales de sectores como las finanzas y la economía, el comercio, la administración, la tecnología de las comunicaciones, la logística y el derecho (abogados, notarios); unos años después, el informe del año 2004 constató la fuerte combinación con los sectores ilegales del grupo de profesionales que operan en la vertiente legal. Todo ello tiene que ver con la caracterización de los grupos criminales modernos como verdaderas empresas criminales. Al respecto, Cfr. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La Criminalidad Organizada. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, p. 21, ob. cit., p. 63.

3 Al respecto, en la doctrina hay autores que suelen asociar la criminalidad organizada a la criminalidad de empresa, básicamente en virtud a las características definidas de estos tipos de criminalidad. Sobre ello, Cfr. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en *Criminalidad de Empresa y Criminalidad Organizada. Dos modelos para armar en el Derecho penal*, Colección de Ciencias Penales N.º 4, Lima: Jurista Editores-Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa-CEDPE, 2013, p. 28 (nota 2), señala: "Aunque los contornos de este tipo de criminalidad sean difíciles de definir, hay dos aspectos fundamentales que asimilan la criminalidad de empresa a la criminalidad organizada: son la organización y los fines de lucro". En el mismo orden de ideas, Cfr. BOTTKE, Wilfried, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, N.º 2, Madrid: La Ley, 1998, p. 2, señala, "Criminalidad organizada significa la criminalidad de varios miembros de la sociedad, que más que para un hecho concreto, se asocian generalmente por tiempo indeterminado y organizan su actividad criminal como si fuera un proyecto empresarial. La criminalidad que produce beneficios es la criminalidad organizada «Industrial»; su lema es: 'Delinquir merece la pena en el mercado'. Así como el mercado rebasa progresivamente las fronteras del Estado nacional e incluso se «globaliza», también el elemento de la criminalidad organizada es la transgresión de las fronteras de los Estados nacionales. Teóricamente, los sectores comerciales de la criminalidad organizada son todos los ámbitos de la actividad lucrativa".

4 Sobre la influencia de las realidades nacionales (políticas) y sociales de un país en la

sión de diversos delitos graves que escapan del ámbito propiamente económico, como son los delitos contra la salud pública, los delitos contra el Ambiente, los delitos de corrupción de funcionarios, entre otros[5]. Para el caso de los delitos ambientales, podemos afirmar que sin ser necesariamente delitos económicos, comparten múltiples características con estos[6].

Actualmente es innegable que las organizaciones criminales están enfocando su accionar delictivo, entre otros, en el ámbito de los delitos ambientales. Esta realidad social, asumida por el legislador aunque de modo parcial —seguramente por intereses políticos[7]— ha conllevado a que se reconozca en el artículo 3 de la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado publicada el diario oficial *El Peruano* en fecha 20 de agosto del 2013, que dentro del ámbito de delitos cometidos por una organización criminal se encuentran los delitos ambientales regulados por los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código penal.

Ahora bien, tomando en consideración que el derecho penal ambiental es un instrumento más de la política ambiental[8] y que en la actualidad diversos delitos ambientales vienen siendo cometidos por organizaciones criminales, con efectos nocivos que transcienden el plano ambiental y afectan incluso a la economía del propio Estado, no entendemos los motivos por los cuales el legislador ha optado por inobservar este fenómeno criminal y excluir de los alcances normativos de

---

determinación de un concepto de criminalidad organizada y su relación con la criminalidad económica, Cfr. FOFFANI, Luigi, "Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Trad. María José PIFARRÉ DE MONER, Caracas: Livrosca CA., 2002, p. 199 y ss.

5 Básicamente nos referimos a los diversos delitos regulados por el art. 3 de la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen Organizado, que escapan al ámbito propiamente económico.

6 CARO CORIA, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente,* Serie Tesis Seleccionadas N.º 2, Lima: BFU, 1995, p. 207.

7 Sobre esta afirmación, es ilustrativo lo expuesto por la plataforma ciudadana "Alerta Ambiental", donde expresamente se señala que debido a intereses políticos que imperaron en el debato legislativo, se ha excluido del ámbito de aplicación de la Ley N.º 30077 al delito de Minería Ilegal. En: "Excluyen minería ilegal de Ley contra el Crimen Organizado", en *Alerta Ambiental,* Madre de Dios: 9 de febrero del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1YVEDfU>. Adicionalmente, y sobre la discusión en el ámbito político, resulta ilustrativa la observación realizada por el legislador Belaunde Moreyra que expresamente sostiene "[...] hay algo que aparentemente aquí se ha olvidado, la minería ilegal tal como está definida en los Decretos Legislativos 1099 al 1107, dictados en virtud de la delegación de facultades que dio este Congreso por la Ley 29185, esa minería ilegal no es formalizable". Al respecto, se puede consultar "Segunda Legislatura Ordinaria de 2012" en *Diario de los Debates*, 6.ª I Sesión, Lima: 18 de julio del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/24mDf9L>.

8 CARO CORIA, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente,* ob. cit., p. 185.

la Ley N.º 30077 a los delitos ambientales regulados por los artículos 304, 305, 306, 307, 307-A, 307-B, 307-D, 307-E, 308, 308-A, 308-B, 308-C, 308-D, 309, 310, 311, 312 y 313 del Código penal.

Adicionalmente, podríamos afirmar que la opción excluyente tomada por el legislador no guarda concordancia con la regulación actual de nuestro Código Penal, ni con las finalidades de Política Criminal del Estado expuestas en los considerandos del Decreto Legislativo N.º 1102, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de febrero del 2012, emitido por el Poder Ejecutivo en el marco de la delegación de facultades legislativas otorgadas mediante Ley N.º 29815.

Así tenemos que en los considerandos del Decreto Legislativo N.º 1102, que a nuestro criterio exponen la política criminal del Estado en la lucha contra la criminalidad organizada en materia ambiental, expresamente se sostiene que en el marco de las acciones adoptadas por el Estado en la lucha contra la criminalidad organizada y, particularmente, contra las diversas formas delictivas que atentan gravemente contra el medio ambiente y el ecosistema, resulta necesaria la adecuación de las modalidades delictivas previstas por el ordenamiento jurídico-penal que atentan contra este interés supraindividual, que si bien corresponde a la sociedad en general, es asumido formalmente por el Estado. La necesidad de abordar legislativamente esta particular cuestión en el marco jurídico-penal se halla plenamente justificada en la medida en que actualmente el ordenamiento penal, si bien prevé figuras delictivas que protegen el medio ambiente de forma genérica, no cuenta con un mecanismo normativo que contemple especiales formas de criminalidad de naturaleza pluriofensivo, como es la minería ilegal, en sus diversas formas y modalidades.

En este sentido, tenemos que el propio Estado peruano a través del Poder Ejecutivo está reconociendo que es una realidad social innegable que actualmente diversos delitos contra el ambiente, especialmente en el ámbito de la minería ilegal, vienen siendo cometidos por organizaciones criminales, por lo que se ha optado por la modificación del Título XIII del Código Penal en el marco de la lucha contra la criminalidad organizada.

Por lo que respecta a nuestro Código Penal, tenemos que el vigente artículo 314-D que prevé la cláusula de reducción o exclusión de penas, respectivamente, para al agente o partícipe que proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la comisión de un delito ambiental, siempre que la información proporcionada haga posible la desarticulación de organizaciones criminales vinculadas a la minería ilegal, entre otros.

En consecuencia, tenemos que el artículo 314-D del Código Penal reconoce la posibilidad que existan organizaciones criminales vinculadas a la actividad

minera ilegal, por lo tanto, reiteramos que no compartimos el criterio asumido por el legislador en el sentido de excluir de los alcances normativos del artículo 3 de la Ley N.º 30077 a otros delitos ambientales independientes a los regulados en los artículos 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal, como es, por ejemplo, el delito de minería ilegal (art. 307-A CP).

III. MEDIDAS LEGISLATIVAS ADOPTADAS PARA COMBATIR LA CRIMINALIDAD EN MATERIA AMBIENTAL

Las necesidades ambientales de nuestra época exigen una visión holística y sistemática tendente a la estructuración de una política y gestión ambientales adecuadas del uso de los recursos naturales[9], que hagan posible la estructuración de un modelo legislativo funcional que permita el *"desarrollo sostenible de los recursos"*. Con ello, se estaría reconociendo el compromiso de los poderes públicos y de la sociedad en general de transmitir a las generaciones futuras un medio ambiente en el mejor estado de conservación posible, para que también ellas puedan disfrutar del mismo. Ello obliga directamente a poner en marcha políticas económicas sostenibles: al día de hoy se sabe ya que el medio ambiente es finito[10].

Que el ambiente es hoy un bien jurídico digno de protección penal está fuera de dudas. En todo caso, se puede cuestionar el alcance o el cómo de la intervención penal, pero no la necesidad misma o el sí de la intervención penal[11], ya que la defensa del ambiente constituye hoy un inaplazable desafío para el Derecho penal[12]; aunque, ciertamente, exista un sector de la doctrina que propugne el abolicionismo del Derecho penal ambiental[13].

---

9 CARO CORIA, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente,* ob. cit., p. 103.

10 ALCALE SÁNCHEZ, María, "Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente", en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (coord.), en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Parte especial (Derecho Penal Económico),* t. IV, Madrid: Iustel, 2012, pp. 302 y 303.

11 ALONSO ÁLAMO, Mercedes, "Trama de la vida y Protección penal del Ambiente", en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad Mundial del Riesgo,* SERRANO–PIEDECASAS, José Ramón y Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.), Madrid: Colex, 2010, p. 156. A favor de la protección punitiva del medio ambiente, Cfr. GARCÍA RIVAS, Nicolás, *Delito ecológico, Estructura y aplicación judicial,* Barcelona: Praxis, 1998, p.123 y ss.

12 TERRADILLOS BASOCO, Juan, "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Derecho penal del Medio Ambiente,* Madrid: Trotta, 1997, p. 40.

13 En este sentido, cfr. MÜLLER–TUCKFELD, Jens Christian, "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", en *La insostenible situación del Derecho penal.*

Si bien es cierto existen cuestionamientos en torno a la legitimidad del Derecho penal ambiental, dirigidos a plantear que podría resultar suficiente un sistema de sanciones administrativas que regule la materia, consideramos que dichos cuestionamientos son insuficientes. En efecto, como es conocido, existe, por ejemplo, en Italia y en Alemania un sistema de sanciones administrativas en relación a comportamientos de una dañosidad relativa. La aplicación de este sistema sería sostenible en relación a conductas poco graves, pero las lesiones al medio ambiente, especialmente cuando se han realizado dolosamente, afectan a valores sociales y a bienes jurídicos tan fundamentales como los propios fundamentos de la vida, la salud del hombre y los animales. Por ello, en los Códigos penales modernos por regla general se ha seguido la senda del Derecho penal, como muestran el Código penal alemán y el español[14], ciertamente también en Francia mediante leyes penales especiales.

Estos cuestionamientos carecerían de fundamento en la medida que el legislador atendiendo a la problemática social del fenómeno criminal en materia ambiental, intervenga mediante el derecho penal respetando los principios de utilidad, fragmentariedad y subsidiariedad[15]. Creemos que únicamente de esta manera se podría tener una legislación penal ambiental debidamente coordinada con la normativa extrapenal sobre la materia, con lo cual la función de protección de los intereses tutelados será legítima y eficiente.

Desde que los delitos ambientales fueron regulados por primera vez en nuestra legislación, han transitado por tres etapas. La primera etapa engloba su regulación inicial en el Código Penal de 1991, Decreto Legislativo N.º 635, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 8 de abril de 1991. Con anterioridad a ello, tan solo existió una protección fragmentaria o, dicho en otros términos, "legislación de relevancia ambiental casual", donde a partir de la protección de

---

Granada: Comares, 2000, p. 527, quien señala: "El derecho penal solo es permeable frente aquellos problemas y situaciones indeseables que pueden imputarse a autores individuales. Ello explica que el Derecho penal solo pueda ocuparse del problema de la contaminación del medio ambiente de una forma completamente inadecuada para resolver semejante problemática. Por este motivo, y si es cierta la tesis expuesta sobre los mensajes secretos del Derecho penal ambiental, esta aún puede formularse en un tono más agudo: cuanto más Derecho penal del medio ambiente exista, menos política medioambiental habrá. Con todo, en la cuestión de la abolición del Derecho penal del medio ambiente, o por lo menos de la descriminalización radical, se presentan una serie de coaliciones arguméntales bastante curiosas".

14 PRADEL, Jean, "Delitos contra el medio ambiente", en *Eurodelitos, El Derecho penal económico de la Unión Europea*, TIEDEMANN, Klaus y Adán NIETO MARTÍN, Adán (dir.), Cuenca: Universidad de Castilla–La Mancha, 2004, pp. 93 y 94.

15 Cfr. CARO CORIA, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente*, ob. cit., p. 106 y ss.

otros bienes jurídicos como la vida, la salud individual, el patrimonio privado o la seguridad y salud públicas, era posible deducir una reacción penal contra determinadas conductas lesivas del ambiente[16].

Ahora bien, la ubicación de los delitos contra el ambiente en un Título Especial del Código Penal, revela el carácter autónomo que el legislador otorga a estos ilícitos. De esta manera, con correcto criterio, se ha evitado la confusión del objeto de tutela de los delitos ambientales, como sucede en la legislación comparada donde suelen ubicarse como delitos contra la seguridad pública, delitos económicos o contra la salud pública.

En esta primera etapa nuestro legislador denominó al Título XIII del Libro II del Código Penal, como delitos contra la ecología, donde se regularon el delito de Contaminación del medio ambiente y sus formas agravadas (arts. 304 y 305 CP), el delito de Responsabilidad Funcional (art. 306 CP, el delito de incumplimiento de normas sanitarias (art. 307 CP.), el delito de depredación de flora y fauna legamente protegidas (art. 308 CP.), el delito de extracción ilegal de especies acuáticas (art. 309 CP), el delito de depredación de bosques protegidos (art. 310 CP), el delito de utilización de tierras agrícolas (art. 311 CP), el delito de autorización de actividad contraria a los planes o usos previstos por la ley (art. 312 CP), el delito de alteración del ambiente o paisaje (art. 313 CP), y la medida cautelar de suspensión inmediata de la actividad contaminante o clausura definitiva o temporal (art. 314 CP). Posteriormente, mediante el artículo único de la Ley N.º 26828, Ley que penaliza el internamiento o desechos peligrosos o tóxicos, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 30 de junio de 1997, se incorporó al Código Penal el delito de Ingreso ilegal al territorio nacional de Residuos Peligrosos (art. 307-A CP).

Desde el punto de vista del bien jurídico tutelado por los delitos ambientales, nosotros hemos venido sosteniendo que la denominación "delitos contra la ecología" utilizada por el legislador era errónea, en la medida que ecología no era sinónimo de ambiente, sino que se trata de una ciencia que estudia las relaciones entre el hombre y el ambiente, siendo el biólogo alemán Ernst HAECKEL el primero en usar dicho término en el año 1869. Por lo tanto, hemos considerado que la denominación adecuada de estos delitos es "delitos contra el ambiente", que abarca a los denominados delitos contra los recursos naturales y delitos contra el medio ambiente[17].

16 CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente, Delitos y técnicas de tipificación,* Lima: Gráfica Horizonte SA., 1999, p. 351.

17 En efecto, esta posición la venimos sosteniendo desde el año 1995. Al respecto, CARO CORIA, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente,* ob. cit., p. 268.

Posteriormente, los delitos ambientales pasaron por una segunda etapa, a partir de la modificación legislativa introducida mediante el artículo 3 de la Ley N.º 29263, Ley que modifica diversos artículos del Código Penal y de la Ley General del Ambiente, publicada en el diario oficial *El Peruano,* con fecha 2 de octubre del 2008, que modificó el Título XIII del Código Penal.

La modificación introducida por la Ley N.º 29263 fue favorable a los efectos de una correcta tutela penal del ambiente. En primer lugar, porque ahora se emplea una denominación adecuada *"delitos ambientales"* que hace referencia al objeto de tutela penal.

A favor de las modificaciones introducidas por la Ley N.º 29263, también se ha sostenido que estas constituyen una importante renovación conceptual en el tratamiento regulativo de sus figuras delictuales lo cual demuestra una política criminal abiertamente orientada a robustecer la protección jurídico-penal del bien jurídico supraindividual[18].

A partir de la modificatoria legislativa tenemos que el Título XIII del Código Penal se estructura en función de cuatro capítulos: delitos de contaminación (Capítulo I); delitos contra los recursos naturales (Capítulo II); responsabilidad funcional e información falsa (Capítulo III); medidas cautelares, exclusión y reducción de penas (Capítulo IV). Con lo cual, podemos observar que la reforma penal no solo ha modificado el ámbito jurídico sustantivo, sino que también se han visto modificaciones en materia procesal, ya que en la parte de las medidas cautelares que puede dictar el juez penal se ha "ampliado" la suspensión de las actividades contaminantes, extractivas o depredativas, así como otras medidas cautelares que correspondan (véase el artículo 314-C)[19].

En segundo lugar, porque desde la perspectiva de la proporcionalidad de la pena, a través de esta modificación se ha ponderado con mejor criterio las penas a imponerse en los ilícitos ambientales. Así pues, se ha aumentado los marcos penales para algunos ilícitos, como el delito de contaminación ambiental básico (artículo 304) y su circunstancia agravante (artículo 305), y en otros delitos totalmente "novísimos" se ha impuesto una sanción penal racional como el ar-

18 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, "El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales", en *Actualidad Penal*, N.º 4, 2014, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 28-40.

19 Al respeto, Cfr. Reátegui Sánchez, James, "Delitos ambientales en el Código Penal peruano a través de la reforma legal N.º 29263", en Caro Coria, Dino Carlos y Luis Miguel Reyna Alfaro (coords.), *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Lima: Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE), 2011, p. 240.

tículo 308-B, delito de tráfico ilegal de recursos genéticos, o el artículo 301-B, delito de obstrucción de procedimiento[20].

Entre las principales innovaciones que trajo consigo la Ley N.º 29263, tenemos la incorporación del artículo 314-A del Código penal, que reconoce la responsabilidad penal de los representantes legales de aquellas personas jurídicas dentro de cuya actividad se haya cometido alguno de los delitos sancionados en el Título XIII del Código Penal, para cuyo efecto se aplicarán las reglas de los artículos 23 y 27 del Código Penal.

Sobre ello, consideramos que la regulación del artículo 314-A del Código penal, que actualmente se encuentra vigente, es inadecuada por los siguientes motivos. Primero, porque desconoce manifiestamente lo regulado por el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal, que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva. Así, la norma de la parte especial no puede atribuir responsabilidad penal directa al representante legal de una persona jurídica sin que medie una previa verificación de que la conducta ilícita fue realmente cometida por el representante. Evidentemente, esto se determinará en el escenario de una investigación preliminar o instructiva y de acuerdo a los criterios de imputación penal.

Segundo, porque el artículo 314-A hace una remisión directa al artículo 27 del Código Penal, que regula la institución del *actuar en lugar de otro*[21]; sin embargo, el artículo 27 del Código Penal está pensado para ser aplicado en aquellos casos de delitos especiales propios, por lo que no podría ser aplicado para los delitos ambientales que se caracterizan por ser delitos comunes.

Tercero, porque cuando el precepto de la Parte Especial de forma específica (normativa) se dirige a penalizar la actuación del representante legal de la *societas*, ya no resulta necesario remitirnos a la fórmula del *actuar en lugar de otro*, en tanto las condiciones que fundamentan el injusto penal, hacen referencia al representante y no a la representada[22]. La imputación jurídico penal se construye

20 Reátegui Sánchez, James, "Delitos ambientales en el Código Penal peruano a través de la reforma legal N.º 29263", en Caro Coria, Dino Carlos y Luis Miguel Reyna Alfaro (coords.), *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, ob. cit., p. 241.

21 Sobre la institución jurídico penal del actuar en lugar de otro, Cfr., por todos, Gracia Martín, Luis, *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría General*. Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 1985, p. 163 y ss.

22 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho Penal Económico*, Lima: Jurista Editores, 2009, pp. 246 y 247.

sobre la actuación del órgano de representación, de forma que es un contrasentido hacer alusión a las reglas establecidas en el artículo 27 del Código Penal[23].

Por último, la tercera y actual etapa por la que han atravesado los delitos ambientales inicia con el reconocimiento por parte de nuestro legislador de los crecientes efectos nocivos para la estabilidad del ecosistema y la economía nacional que desde hace un periodo de tiempo viene generando la actividad minera ilegal[24], principalmente en aquellas zonas de nuestra Amazonía en donde la presencia del Estado ha sido, por así decirlo, limitada; y, con la acertada calificación jurídica de dichas conductas ilícitas considerándolas como delitos en nuestro Código Penal.

Así tenemos que en esta etapa se expidieron, mediante delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo, el Decreto Legislativo N.º 1102, decreto legislativo que incorpora al Código Penal los delitos de Minería Ilegal, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de febrero del 2012; y, el Decreto Legislativo N.º 1107, que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en la minería ilegal, así como del producto minero obtenido en dicha actividad, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de abril del 2012[25].

Con el Decreto Legislativo N.º 1102, se introdujo al Título XIII del Código Penal los delitos de minería ilegal (art. 307-A), las formas agravadas de la minería ilegal (art. 307-B), financiamiento de la minería ilegal (art. 307-C), obstaculización de la fiscalización administrativa relacionada a la minería ilegal (art. 307-D), actos preparatorios de la minería ilegal (art. 307-E). Así mismo, el mencionado decreto también introdujo la pena de inhabilitación para los agentes que cometan alguno de los delitos mencionados (art. 307-F).

---

23 Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial,* t. IV, 2.ª ed., Lima: Idemsa, 2013, p. 372.

24 Según la Dirección de Política Criminal y Penitenciaria del MINJUS, la minería ilegal de oro constituye hoy la principal actividad productiva ilícita en el Perú, superando largamente al narcotráfico; y, siendo el Perú un país minero, la minería ilegal de oro es una actividad muy antigua. Sobre ello, Cfr. Dirección General de Política Criminal Ministerio De Justicia y Derechos Humanos, *Diagnóstico situacional del crimen en el Perú, Consejo Nacional de Política Criminal,* Lima: Junio, 2013, pp. 40 y 41.

25 Tenemos que con posterioridad a esta fecha, el Título XIII del CP ha sido objeto de una nueva reforma (art. 310-C), introducida mediante el Congreso de la República, *Ley N.º 30077: Ley contra el Crimen Organizado,* Lima: 20 de agosto del 2013; sin embargo, dicha reforma penal tan solo modificó las modalidades agravadas de los delitos contra los bosques o formaciones boscosas (art. 310), tráfico ilegal de productos forestales maderables (art. 310-A) y obstrucción de procedimiento (art. 310-B), por lo cual no la hemos considerado para los efectos de la presente investigación.

Este decreto también modificó otras disposiciones del Título XIII del Código penal, como el delito de responsabilidad de funcionario Público por otorgamiento ilegal de derechos (art. 314 CP.), o la cláusula de exclusión o reducción de penas (art. 314-D CP.)

Por último, con la única disposición complementaria y modificatoria del Decreto Legislativo N.º 1107, se modificó el delito de actos preparatorios de la minería ilegal, cambiando de denominación por tráfico ilícito de insumos químicos y maquinarias destinados a la minería ilegal (art. 307-E CP.), ampliando su ámbito de tipicidad.

IV. EL TIPO BASE DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL

1. Minería informal, minería ilegal y delito de minería ilegal

El Estado peruano es un país minero por excelencia, que desde antigua data se enfoca en el sector minero como una de sus principales actividades económicas; no en vano se afirma que el Perú ha pasado a ser un país minero de primer orden, donde cerca del 62 % del valor de las exportaciones nacionales corresponden a productos mineros (cobre, plata, oro, plomo, zinc, hierro y estaño), lo que ha generado que la actividad minera actualmente participe del 14.4 % del PBI total del país[26].

Así, tenemos que para el año 2014 el sector minero registró una variación positiva en el volumen de producción de hierro, plomo, plata y cobre, mientras que fue negativa para el oro, zinc y estaño. Esto conllevó a que en el año 2014 no haya resultado beneficioso para la actividad minera y, por ende, para el Estado peruano, toda vez que las exportaciones mineras disminuyeron en 13.6 % en comparación con el año 2013, lo cual generó que la transferencia del canon se reduzca en 22 % durante el mismo periodo[27].

En la actualidad la minería juega un rol importante en la economía peruana a través de la generación de valor agregado, divisas, impuestos, inversión y empleo. A nivel departamental, la importancia de la minería se hace evidente en su participación en la actividad económica, la transferencia de canon minero y la promoción de recursos para el desarrollo a través de aportes directos de recursos.

---

26 Presentación realizada por el viceministro de Minas del Ministerio de Energía y Minas, Shinno Huamaní, Guillermo, *Perspectivas de la Minería Peruana hacia el 2021*, en el Ministerio de Energía y Minas de la República del Perú, Lima: setiembre del 2014, pp. 3 y 4.

27 Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, "Reporte Estadístico Minero Energético", en *Mining & Energy Statistical Report*, Lima, 2015, p. 1.

A nivel nacional, en un contexto de altos precios internacionales de los minerales, la minería ha experimentado un importante dinamismo que se evidenció en la provisión de divisas a la economía, la generación de ingresos fiscales por impuestos y regalías mineras, la creación de empleos directos e indirectos, y el incremento potencial de la economía. Esta actividad genera encadenamientos económicos en otras ramas productivas, evidenciando que los niveles de producción de estas están en parte determinados por la evolución de la minería[28].

Siendo el Estado peruano un país minero desde antigua data, debe tenerse presente que las actividades mineras al margen de la legalidad no son un fenómeno novísimo, sino que, por el contrario, son actividades antiguas y que básicamente han estado presentes y coexistiendo con la actividad minera formal. A modo de ejemplo, se puede señalar que Madre de Dios y Puno, así como Arequipa e Ica y la sierra de La libertad, han sido históricamente importantes zonas de minería artesanal. El alza de los precios permitió su transformación en una actividad industrial de mediana y gran escala, siempre al margen de la ley, que recurre a maquinaria pesada e insumos químicos como el mercurio en grandes cantidades[29].

Precisamente es este el problema que en materia de minería actualmente viene afrontando el Estado peruano: el problema de la actividad minera al margen de la legalidad, es decir, la minería informal e ilegal; la cual actualmente se encuentra presente en diversas regiones del país, y que ocupa cerca de cien mil (100 000) trabajadores directos, representa un grave problema sumamente complejo para el Estado, por los graves impactos ambientales, sociales, económicos y de seguridad que viene generando, y porque afecta la estabilidad democrática del país, al constituir escenarios de gran tensión social y de conflictos violentos[30].

---

28 MACROCONSULT, *Impacto económico de la Minería en el Perú*, Lima: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, 2012, p. 59.

29 Al respecto, Cfr. DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICA CRIMINAL MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, *Diagnóstico situacional del crimen en el Perú, Consejo Nacional de Política*, ob. cit., p. 41. Sin embargo, la afirmación realizada no es del todo compartida, pues hay quienes consideran que la actividad minera ilegal no tiene larga data. Cfr. HUAMÁN CASTELLARES, Daniel, "Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 62, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 165-182, quien señala: "En el Perú, afortunadamente, el fenómeno no tiene larga data y su rápido crecimiento ha despertado un gran interés por parte del Estado por erradicarlo".

30 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, "Gestión del Estado frente a la Minería Informal e Ilegal en el Perú. Supervisión a la implementación de los decretos legislativos promulgados al amparo de la Ley N.º 29815", Serie de Informes de Adjuntía-Informe N.º 001-2013-DP/AMASPPI.MA, en CARO CORIA, Dino Carlos y Luis Miguel REYNA ALFARO

Un primer paso que dio el Estado peruano para combatir este fenómeno social, fue recurrir a la regulación extrapenal sobre la materia a efectos de buscar *"formalizar"* la actividad minera desarrollada al margen de la legalidad. Así, mediante la Ley N.º 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 24 de enero del 2002, cuyo objeto es introducir en la legislación minera un marco legal que permita una adecuada regulación de las actividades mineras desarrolladas por pequeños productores mineros y mineros artesanales, propendiendo a la formalización de su actividad. Posteriormente, mediante Decreto Legislativo N.º 1105, que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de abril del 2012, se estableció que el proceso de formalización de la actividad minera informal culminará el 19 de abril del 2014. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N.º 029-2014-PCM, aprueban estrategia de saneamiento de la pequeña minería y de la minería artesanal, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de abril del 2014, se dispuso que se atenderá de manera integral la situación de las actividades mineras a pequeña escala para lograr su gradual, progresivo y ordenado saneamiento, con miras al desarrollo sostenible de una minería de pequeña escala ordenada y controlada al año 2016, es decir, una ampliación del plazo de saneamiento del proceso de formalización, pero únicamente se podrá considerar a aquellos administrados que cuenten con una Declaración de Compromisos vigente al 19 de abril del 2014.

En atención a la normativa extrapenal sobre la materia, podemos arribar a tres conclusiones. La primera, es que únicamente los pequeños productores mineros y los mineros artesanales[31] pueden incurrir en la conducta de minería

(coords.), en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera,* Lima: Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa–CEDPE, 2013, pp. 483 y 484.

31 De conformidad con el art. 91 del D. S. N.º 014-92-EM, texto único ordenado de la Ley General de Minería, modificado por el art. 3 del D. Leg. N.º 1040, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias, tenemos que serán considerados pequeños productores mineros aquellos que: **i)** en forma personal o como conjunto de personas naturales, o personas jurídicas conformadas por personas naturales o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente a la explotación y/o beneficio directo de minerales; **ii)** posean, por cualquier título, hasta dos mil (2,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; y, **iii)** posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de trescientas cincuenta (350) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta mil doscientas (1,200) toneladas métricas por día. En el caso de

informal. La segunda, que la minería informal es formalizable, es decir, que el Estado ha permitido que dicha actividad minera antijurídica pueda remediarse a efectos que se desarrolle en el marco de la legalidad. La tercera, que la minería ilegal no es formalizable; en consecuencia, minería ilegal y minería artesanal son conceptos normativos distintos, aunque ciertamente definidos en el ámbito del derecho ambiental (normativa extrapenal).

En este orden de ideas, tenemos que la minería informal se encuentra definida por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1105, como aquella actividad minera realizada con el uso de equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (pequeño productor minero o productor minero artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, en zonas no prohibidas para la actividad minera y por persona, natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad que hayan iniciado un proceso de formalización conforme se establece en el referido dispositivo.

Por su parte, la minería ilegal también ha sido definida por la normativa extrapenal, en un primer momento por el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1100, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 18 de febrero del 2012, que la definió como aquella actividad de exploración, explotación o beneficio llevada a cabo sin contar con la autorización de inicio-reinicio de la operación minera, otorgada por la autoridad competente, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas, siendo insuficiente

---

los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio, será de tres mil (3,000) metros cúbicos por día. Mientras que, de conformidad con la misma normativa, serán considerados productores mineros artesanales aquellos que: **i)** en forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos; **ii)** posean, por cualquier título, hasta mil (1,000) hectáreas, entre denuncios, petitorios y concesiones mineras; o hayan suscrito acuerdos o contratos con los titulares mineros según lo establezca el reglamento de la presente ley; y, **iii)** posean, por cualquier título, una capacidad instalada de producción y/o beneficio no mayor de veinticinco (25) toneladas métricas por día. En el caso de los productores de minerales no metálicos y de materiales de construcción, el límite máximo de la capacidad instalada de producción y/o beneficio será de hasta cien (100) toneladas métricas por día. En el caso de los yacimientos metálicos tipo placer, el límite máximo de capacidad instalada de producción y/o beneficio será de doscientos (200) metros cúbicos por día.

contar con la titularidad sobre concesiones mineras, haber presentado un petitorio minero o una solicitud de certificación ambiental, u otras autorizaciones relacionadas a la actividad minera.

Posteriormente, dicha definición fue modificada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.º 1105, calificando a la minería ilegal como aquella actividad minera ejercida por persona natural o jurídica, o grupo de personas organizadas para ejercer dicha actividad, que usan equipo y maquinaria que no corresponde a las características de la actividad minera que desarrolla (pequeño productor minero o productor minero artesanal) o sin cumplir con las exigencias de las normas de carácter administrativo, técnico, social y medioambiental que rigen dichas actividades, o que se realiza en zonas en las que esté prohibido su ejercicio. Sin perjuicio de lo anterior, toda actividad minera ejercida en zonas en las que esté prohibido el ejercicio de actividad minera, se considera ilegal.

Tenemos que la legislación extrapenal nos brinda el concepto de minería ilegal, el cual ha de servir como marco de referencia a efectos del análisis jurídico-penal que realizaremos del delito de minería ilegal. Ahora bien, el término "ilegal" que se emplea para denominar a esta actividad minera, no implica *per se* que sea ilegal a efectos jurídico penales[32], ya que dependiendo del caso concreto vamos a observar que cabe la posibilidad que únicamente sea considerada ilegal a efectos administrativos, toda vez que el Decreto Legislativo N.º 1102 realiza una conceptualización de lo que debe entenderse desde el punto de vista penal como minería ilegal[33].

En este orden de ideas, lo cierto es que el tipo penal previsto en el artículo 307-A del Código Penal parecería corresponderse sin mayores problemas a ambos conceptos, esto es, el delito de minería ilegal podría subsumir tanto los supuestos de minería ilegal y minería informal. Esto porque la estructura típica comprende la realización de conductas propias de la actividad minera (exploración, extracción, explotación u otros actos similares), sin contar con la autorización administrativa correspondiente (un supuesto de accesoriedad de acto) y que afecte (mediante lesión o peligro) al medio ambiente, sus componentes, la calidad ambiental o salud ambiental[34].

---

32 En el mismo sentido, cfr. García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, vol. II, 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico, 2015, pp. 923 y 924.

33 Calderón Valderde, Leonardo, "Apuntes sobre el delito de Minería Ilegal en el Perú a poco más de un año de su tipificación", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 49, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, pp. 157-167.

34 Oré Sosa, Eduardo, "Los delitos de contaminación y minería ilegal", en *Actualidad Penal*, N.º 8, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, pp. 174-191.

2. Consecuencias nocivas de la actividad minera ilegal: consecuencias sobre el ambiente, sobre la economía nacional y cifras de la minería ilegal

Los efectos nocivos de la minería ilegal están cada vez más presentes en el debate público. Así, cada vez es más frecuente encontrar notas periodísticas referidas al fenómeno de la minería ilegal, como las siguientes: "PCM: Minería ilegal mueve US$ 29.000 millones anuales en el Perú", "Lavado de dinero de la minería ilegal crece más que el TID. En un año y medio, el capital blanqueado como fruto de la extracción ilícita de minerales se incrementó en 49,6 %", "Estragos de la minería ilegal pueden verse desde el espacio", "Minería ilegal facturó US$3,400 millones en siete años", "La Pampa sigue abasteciendo a la minería ilegal en plena carretera Interoceánica en Madre de Dios", "Huánuco: Intervienen 21 campamentos de minería ilegal", "Minería Ilegal pone en peligro al Parque Nacional Huascarán", "Minería ilegal amenaza a más de 150,000 hectáreas en bosques solo en la región Madre de Dios", "Destruyen equipos de minería ilegal que dañaba zonas de Líneas de Nazca"[35].

Al año 2013, la actividad minera ilegal e informal se viene desarrollando en las regiones de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huánuco, Huancavelica, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali[36].

---

35 Consultar notas periodística completas en: "PCM: Minería ilegal mueve US$29.000 millones anuales en el Perú, dijo el Gobierno", en *El Comercio*, Lima: 28 de noviembre del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1QDaPOW>; "Lavado de dinero de la minería ilegal crece más que el del TID", en *El Comercio*, Lima: 12 de mayo del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1uVMaOE>; "Estragos de la minería ilegal puede verse desde el espacio", en *El Comercio*, Lima: 29 de marzo del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1WV16en>; "Minería ilegal facturó US$3,400 millones en siete años", en *Perú 21.*, Lima: 04 de setiembre del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1UjEp2X>; "La Pampa sigue absteniendo a la minería ilegal", en *La República*, Lima: 3 de octubre del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1SCdbA3>; "Huánuco: Intervienen 21 campamentos de minería ilegal", en *El Comercio*, Lima: 22 de abril del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1YVOWRd>; "Minería ilegal pone en peligro el Parque Nacional Huascarán", en *El Comercio*, Lima: 24 de noviembre del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1pKLi0j>; "IIAP: minería ilegal amenaza a más de 150,000 hectáreas de bosques", en *Andina*, Lima: 4 de noviembre del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1pKMCR3>; "Destruyen equipos de minería ilegal que dañaba zona de Líneas de Nasca", en *Andina*, Lima: 8 de mayo del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1zSdyCV>.

36 Para una exposición completa de las regiones y provincias donde se desarrolla la actividad minera ilegal e informal, Cfr. Ipenza Peralta, César y Lenin Valencia, "Perú", en

Nuestro legislador ha ubicado sistemáticamente al delito de minería ilegal dentro del Título XIII del Código Penal, considerándolo como un delito ambiental; sin embargo, esta situación no debe llevar a desconocer que la minería ilegal produce efectos que trascienden el plano ambiental e inciden directamente en la economía nacional, haciendo mella también en otros intereses sociales de carácter esencial como la salud pública, la seguridad de los trabajadores o la recaudación tributaria[37].

Incluso, desde una perspectiva omnicomprensiva, el Consejo Nacional de Política Criminal del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos viene sosteniendo que los perjuicios de la minería ilegal son incalculables[38]. Primero, porque genera la destrucción de miles de hectáreas de bosques amazónicos y la deforestación de miles más. Segundo, porque la defraudación tributaria asociada a este fenómeno podría llegar al 31 % de las utilidades producidas. Tercero, porque este fenómeno genera graves daños en la salud pública. Cuarto, porque este fenómeno se asocia a actos de corrupción, lo cual genera un negativo impacto en la estabilidad democrática del Estado. Quinto, porque este fenómeno ocasiona un deterioro en las condiciones de seguridad, tomando en consideración que desde el año 2006 Madre de Dios es la región con la más alta tasa de homicidios y se ubica en el tercio superior en denuncias de delitos y faltas por 100,000 habitantes a nivel nacional, así mismo porque arroja los peores indicadores en lo referido a la trata de personas que es un fenómeno ligado a la minería ilegal. Como es sabido, uno de los principales impactos de la minería ilegal realizada en la región amazónica es la pérdida de bosque, esto debido a que el oro en estas zonas se encuentra en placeres aluviales, y para su extracción se requiere de la remoción de grandes cantidades de tierra[39]. En este sentido y en relación a los efectos nocivos al ambiente que genera la minería ilegal, tenemos que según cifras oficiales del Organismo de Supervisión de Recursos Forestales y de Fauna Silvestre, al año 2013 se produjo la deforestación de más de 34 000 hectáreas de bosques solo en Madre de Dios, producto de la minería informal e ilegal, incrementándose en más de 8 000 hectáreas con relación al reporte del

---

La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela, Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014, pp. 187 y 188.

37 García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., p. 921.

38 Al respecto, cfr. Dirección General de Política Criminal Ministerio De Justicia y Derechos Humanos, *Diagnóstico situacional del crimen en el Perú, Consejo Nacional de Política*, ob. cit., pp. 41 y 42.

39 Henck Franco, Carmen y César Ipenza Peralta, "Análisis comparativo de la situación de la minería ilegal en seis países", en *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental, 2014, p. 8.

año 2011, que registraba alrededor de 25 000 hectáreas, lo que representa un incremento de más del 30 %[40].

Otro efecto nocivo al ambiente que genera la minería ilegal es la contaminación por el excesivo uso de mercurio en el desarrollo de esta actividad. Así, la incorrecta utilización del mercurio, tanto en la fase de la amalgama, como en la fase de quemado o "refogado" de la misma, origina considerables emisiones de mercurio al ambiente. Se calcula que en los últimos 20 años más de 3000 toneladas de mercurio han sido arrojadas a los ríos amazónicos, contaminando el agua, a los organismos acuáticos y a las poblaciones humanas, que consumen el agua y el pescado[41].

En resumen, la actividad minera ilegal puede generar cualquiera de los siguientes impactos nocivos al ambiente: alteración de morfología, erosión de áreas explotadas, deforestación, descarga de sedimentos, colmatación del cauce de los ríos, deterioro en la calidad del agua, contaminación por mercurio, desaparición de la flora y fauna acuáticas así como el alejamiento de la fauna silvestre[42].

Ahora bien, ya hemos señalado que la minería ilegal también genera impactos negativos en la economía del Estado. De acuerdo con datos reportados en el 2011, hemos exportado 4,11 millones de onzas de oro por un valor aproximado de 10 mil millones de dólares y un 20 % sería de proveniencia ilegal, o sea, cerca de unos 2 mil millones de dólares. Como se puede deducir, la evasión de impuestos del oro ilegal es enorme[43].

Por otro lado, de acuerdo con los cálculos efectuados por la Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, anualmente la extracción ilegal de oro supera los 18 mil kilogramos, estimándose en más de S/ 2 200 millones el valor de esta producción. Los impuestos dejados de pagar al fisco superarían los S/ 500 millones, alrededor de 0.1 puntos porcentuales del PBI[44].

---

40 DEFENSORÍA DEL PUEBLO, *Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú.* 2012-2014, *Supervisión a las entidades de alcance nacional y regional*, Serie de Informes Defensoriales-Informe N.º 167, Lima: 2014, p. 8.

41 IPENZA PERALTA, César y Lenin VALENCIA, "Perú", en *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela,* ob. cit., p. 190.

42 Sobre ello, *cfr.* IPENZA PERALTA, César y Lenin VALENCIA, "Perú", en *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela,* ob. cit., 191.

43 BRACK, Antonio, "Análisis y experiencias para la Formalización de la Minería Ilegal. Caso Madre de Dios", en *II Foro Internacional. Problemática de la extracción ilegal de minerales: Desafíos y oportunidades"*, Lima: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía, 2013, p. 18.

44 SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA, "Jefa de la SUNAT

Así mismo, tenemos que según cifras oficiales del Ministerio de Energía y Minas, al cierre del año 2012, la producción estimada de procedencia de minería informal e ilegal es de 40 toneladas anuales (1286 onzas), que en valor equivaldrían a US$ 2'146,819.651 millones. Si este monto estuviera sujeto al pago del impuesto a la renta, alcanzaría los US$ 257 618.358 millones, monto que representaría un canon de US$ 128 89.179 millones[45].

3. Sobre el fundamento para la represión penal del delito de minería ilegal

Actualmente la importancia de preservar el ambiente como una de las mejores aportaciones para elevar la calidad de vida de los ciudadanos no es discutida por nadie[46]; sin embargo, ello no debe llevar a afirmar *a priori* la existencia de una necesidad de pena en dicha parcela de la realidad social. Y es que a nuestro criterio, en materia ambiental el Derecho penal solo podrá intervenir eficientemente (principio de utilidad) cuando los intereses que selecciona para su tutela (principio de fragmentariedad) ya están protegidos por mecanismos de control extrapenales y siempre que dichos mecanismos hayan fracasado (principio de subsidiariedad)[47].

Conforme hemos venido sosteniendo en la presente investigación, es evidente que el fenómeno de la actividad minera ilegal e informal en el Perú ha venido aumentando. Así tenemos que en el 2013, por ejemplo, se ha podido notar la presencia de dichas actividades ilícitas en 25 regiones de nuestro país. En consecuencia, la actividad minera ilegal e informal es un fenómeno constante que ha merecido, justificadamente, la intervención del Estado mediante diversas medidas de carácter administrativo.

Así, con miras a dar solución a esta problemática social, el Estado peruano expidió una serie de normas de carácter administrativo. Entre ellas, podemos mencionar la Ley N.º 27651, Ley de Formalización y Promoción de la Pequeña Minería y la Minería Artesanal; el Decreto Legislativo N.º 1099, que aprueba acciones de interdicción de la minería ilegal en el departamento de Puno y remediación ambiental en las cuencas de los ríos Ramis y Suches; el Decreto

---

apertura puesto de control de insumos químicos en Madre de Dios", en *Nota de Prensa N.º 158-2012*, Lima: 16 de julio del 2012. Recuperado en <http://bit.ly/1rCNqJF>.

45 IPENZA PERALTA, César y Lenin VALENCIA, "Perú", en *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela*, ob. cit., 187.

46 CARO CORIA, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente, Delitos y técnicas de tipificación*, ob. cit., p. 280.

47 CARO CORIA, Dino Carlos, *La protección penal del ambiente*, ob. cit., p. 106.

Legislativo N.º 1100, que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias; Decreto Legislativo N.º 1103, que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos que puedan ser utilizados en la minería ilegal; y, el Decreto Legislativo N.º 1107, que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en la minería ilegal, así como del producto minero obtenido de dicha actividad.

Estas normas administrativas fueron emitidas en su mayoría en febrero del 2012, al igual que el Decreto Legislativo N.º 1102, Decreto Legislativo que incorpora al Código penal los delitos de minería ilegal, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 29 de febrero del 2012; por lo que puede observarse que el legislador decidió proteger el ambiente, como interés digno de tutela, mediante normas de carácter administrativo y penal que fueron expedidas simultáneamente, sin que se haya dado oportunidad a constatar si la normativa administrativa podría o no cumplir con la finalidad esperada[48]. Evidentemente, ello es contrario al principio de subsidiariedad en materia penal.

Independientemente de ello, tenemos que de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa del Decreto Legislativo N.º 1102 el fundamento político criminal para la represión penal de la minería ilegal es la lucha contra la criminalidad organizada en materia ambiental, la cual se vale de especiales formas de comisión de delitos contra el ambiente *(como es la actividad minera ilegal)* que no son abarcados suficientemente por las disposiciones que el Código Penal contiene para la protección genérica del ambiente.

4. Consideraciones sobre el bien jurídico protegido

El delito de minería ilegal se encuentra ubicado en el artículo 307-A del Código Penal, dentro del Título XIII referido a los delitos ambientales, dentro del Capítulo I referido a los delitos de contaminación. En consecuencia, por su

48 Sin embargo, en la doctrina nacional se sostiene que el fundamento político criminal para penalizar la actividad minera ilegal sería la insuficiencia de la legislación administrativa. Sobre ello, cfr. García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., pp. 920 y 921, quien señala: "Pese a las medidas legales antes referidas para solucionar el problema de la minería ilegal, esta sigue existiendo en el país y, lo que es peor, los estudios realizados al respecto confirman que incluso ha aumentado significativamente [...] Toda esta situación llevó al legislador penal a tomar la decisión de incorporar dentro de los delitos medioambientales de contaminación diversas figuras delictivas referidas específicamente a la minería ilegal, lo que ha tenido lugar por medio del Decreto Legislativo N.º 1102 del 26 de febrero de 2012".

ubicación sistemática, se puede afirmar que el legislador ha buscado mediante el delito de minería ilegal tutelar el bien jurídico ambiente.

En un reciente fallo de la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República se ha sostenido que el objeto de protección penal, en estos delitos del Título XIII del Código Penal, es el ambiente, los elementos biológicos que constituyen el involucro natural dentro del cual se desarrolla la vida del hombre, que parte de la consideración del derecho humano de tercera generación, reconocido en el inciso veintidós, del artículo dos de la Constitución Política del Estado peruano, que establece el derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida[49].

Desde nuestra posición personal hemos venido sosteniendo que el bien jurídico penal de los delitos ambientales es la *estabilidad del ecosistema*. La estabilidad es el atributo del ecosistema que le permite subsistir en el tiempo y en el espacio, permitiendo de ese modo la vida en condiciones naturales. Entendida como la capacidad o las posibilidades del ecosistema de resistir perturbaciones externas, de origen natural o humano, el concepto de estabilidad del ecosistema es plenamente acorde con las necesidades de protección penal. Por cierto, esa capacidad de resistencia no puede verse perturbada por cualquier actividad humana, sino por aquellas que al generar gran impacto ambiental disminuyen las condiciones que permiten la estabilidad, es decir, que alteran negativamente la composición del agua, de la atmósfera o de los suelos, o disminuyen la biodiversidad[50].

---

49 Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, *Sentencia Casatoria N.º 383-2012 La Libertad*, Lima: 15 de octubre del 2013.

50 Caro Coria, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente, Delitos y técnicas de tipificación*, ob. cit., pp. 277 y 278. Cfr. Escajedo San Epifanio, Leire, *El medio ambiente en la crisis del Estado Social: Su protección penal simbólica*, Granada: Comares, 2006, pp. 405 y 406, quien señala: "En la actualidad, siguiendo la línea abierta de la Declaración de Estocolmo y reflejada en los textos jurídicos internacionales, regionales y nacionales que establecen el marco jurídico de la actual política ambiental, es posible afirmar que el objeto último de la protección ambiental es garantizar un desarrollo sostenible que, en buena medida, aunque no como sinónimo, es posible vincular con la idea de calidad de vida y, en último término, con la supervivencia de la especie humana"; Calderón Valderde, Leonardo, "Apuntes sobre el delito de Minería Ilegal en el Perú a poco más de un año de su tipificación", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, ob. cit., pp. 157-167, "Partiremos de que, como en otros delitos de esta misma categoría —por ejemplo, el clásico tipo penal de contaminación ambiental (artículo 304 del CP)— el delito de minería ilegal tiene como bien jurídico penalmente tutelado el correcto equilibrio del medio ambiente natural"; Huamán Castellares, Daniel, "Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos", en *Gaceta Penal y Procesal* Penal, ob. cit., pp. 165-182, "El delito de minería ilegal tiene un solo objeto de protección: la evitación de un daño al ambiente o sus componentes, la calidad

Considerar la estabilidad del ecosistema como bien jurídico tutelado en el delito de minería ilegal, nos permite sostener que la reacción penal únicamente operará cuando se haya puesto en peligro o lesionado este bien jurídico, por lo que los actos propios de la actividad minera realizados sin contar con la autorización administrativa competente tan solo constituirán el indicio de un posible impacto ambiental, ya que la estabilidad permite introducir en el ecosistema un grado importante de flexibilidad ante las actividades humanas que *a priori* afectan el entorno natural, dado que le permite enfrentar parte del impacto causado por la industria, los hábitos de consumo u otras actividades. Por ello, la estabilidad no es un modelo ideal o idealizado como el equilibrio, sino que constituye una realidad demostrada y delimitada científicamente, tomando en consideración que la capacidad de resistencia del ecosistema tiene un límite el cual ha de ser fijado científicamente de manera específica y continúa, no siendo labor del jurista aventurarse en fijar dichos límites[51].

5. Tipo objetivo

Una de las características más significativas en el ámbito de la tipicidad del Derecho penal ambiental es la utilización de una técnica legislativa de remisión normativa, también conocida como ley penal en blanco, es decir, en este ámbito nos encontramos ante normas penales abiertas total o parcialmente que se remiten para ser completadas y complementadas a normas con rango inferior a la ley (normas penales en blanco en sentido estricto) o a otras leyes (normas penales en blanco en sentido amplio)[52].

Para el caso del delito de minería ilegal, es importante tomar en consideración que el concepto jurídico penal de minería ilegal no es el mismo que el concepto jurídico administrativo de minería ilegal, vigente en nuestro ordenamiento jurídico con el Decreto Legislativo N.º 1105, conforme ya lo hemos expuesto previamente. De aceptarse una igualdad de conceptos, llegaríamos a restringir el ámbito de la tipicidad y aceptar como autores únicamente a los pequeños productores mineros y mineros artesanales, quiénes únicamente pueden dedicarse habitualmente a las actividades mineras de explotación y/o beneficio directo de los recursos minerales, de conformidad con los artículos 91 y 92 del

ambiental o la salud ambiental. Por muy discutible que sea este objeto de protección (en términos de su definición), es el que ha adoptado el legislador peruano siguiendo la tendencia ya esbozada en el delito de contaminación ambiental".

51 Al respecto, cfr. Caro Coria, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente, Delitos y técnicas de tipificación*, ob. cit., p. 278.

52 Tiedemann, Klaus, *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona: PPU SA., 1993, p. 158.

Decreto Supremo N.º 014-92-EM, texto único ordenado de la Ley General de Minería, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 3 de junio de 1992.

Por otro lado, siendo que el delito de minería ilegal implica *per se* la realización de una actividad minera, es necesario remitirnos a lo estipulado por el Decreto Supremo N.º 014-92-EM, que regula la actividad minera en general. Así tenemos que el delito de minería ilegal puede ser cometido bajo cualquiera de las siguientes modalidades de actividad minera: i) exploración, ii) extracción, iii) explotación, las cuales son ejercidas bajo el sistema de *concesión minera*; y, iv) otras actividades mineras similares.

De conformidad con el artículo 8 del Decreto Supremo N.º 014-92-EM, la actividad minera de *exploración* implica el desarrollo de una actividad tendente a demostrar las dimensiones, características mineralógicas, reservas y valores de los yacimientos minerales. Así mismo, de conformidad con el mismo artículo, podemos apreciar que la actividad minera de *explotación* subsume a la *extracción*[53], por cuanto la primera implica aquella actividad de extracción de los minerales contenidos en un yacimiento minero. Por último, el término *otras actividades* puede comprender, de conformidad con el artículo 7 del Decreto Supremo N.º 014-92-EM, las actividades mineras de beneficio[54], labor general y transporte minero.

Ahora bien, tenemos que el objeto material del delito está configurado por los recursos minerales. En este sentido, consideramos adecuado que la norma penal señale que son abarcados todos los tipos de minerales, tanto metálicos (oro, plata, zinc, cobre, entre otros) como los no metálicos (azufre, yodo, litio, entre otros)[55].

Por otro lado, tenemos que un elemento fundamental de la imputación al tipo objeto va a ser la ausencia de autorización de la entidad administrativa competente; por lo tanto, si cuenta con dicha autorización, la realización de la

53 Sobre este aspecto, hay quienes afirman que estamos frente a una redundancia del legislador., Cfr. ORÉ SOSA, Eduardo, "Los delitos de contaminación y minería ilegal", en *Actualidad Penal*, ob. cit., pp. 174-191.

54 En la doctrina nacional, hay quienes identifican a la actividad minera de beneficio dentro del concepto de *otras actividades* que regula el delito de minería ilegal, con lo cual implícitamente estarían aceptando que el delito de minería ilegal únicamente podría ser cometido por pequeños productores mineros y mineros artesanales, quiénes únicamente pueden dedicarse a la explotación y/o beneficio directo de los recursos minerales. Cfr. ORÉ SOSA, Eduardo, "Los delitos de contaminación y minería ilegal", en *Actualidad Penal*, ob. cit., pp.174-191.

55 HUAMÁN CASTELLARES, Daniel, "Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos", en *Gaceta Penal y Procesal* Penal, ob. cit., pp. 165-182.

actividad minera no será punible, lo que no impide ciertamente que el ejercicio de esa actividad pueda dar lugar a una contaminación sancionada con base en el artículo 304 del Código Penal[56]. En este aspecto, vamos a observar que las autorizaciones administrativas y competencias sectoriales varían según el tipo de actividad minera concreta que se desarrolle, así como según el sujeto que desarrolle dicha actividad, especialmente si se trata de mineros informales que se encuentran en pleno proceso de formalización de la actividad minera.

En un esquema sectorial como el nuestro, la actividad minera requiere de la autorización del Ministerio de Energía y Minas para poder operar formalmente. Sin embargo, no solo requiere permisos y autorizaciones de dicha entidad, sino que —en función de la actividad y sector involucrado— puede requerir autorizaciones de otros sectores como es el caso del Ministerio de Transportes y Comunicaciones, de Agricultura o de entidades adscritas[57].

Por último, debido a que nos encontramos frente a un delito ambiental, el tipo penal exige que la conducta prohibida cause o pueda causar un perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental; es decir, la acreditación de la vulneración a la estabilidad del ecosistema.

Esto abona en la consideración que no estamos frente a un delito de mera desobediencia o mera actividad, se exige, así pues, un resultado de lesión o de peligro. De otro modo serían vanos los esfuerzos por hallar diferencias entre la infracción administrativa y el injusto penal[58]. En otras palabras, el resultado se expresa aquí de forma alternativa, como lesión ("causen... perjuicio, alteraciones o daño") o como puesta en concreto de peligro ("pueda causar perjuicio, alteraciones o daño") al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental[59]. En consecuencia, a efectos de la imputación del tipo objetivo del delito de minería ilegal, no es necesario que se produzca el resultado de lesión, siendo suficiente la comprobación *ex post* del peligro para el bien jurídico que representa la conducta prohibida.

---

56 García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., pp. 922 y 923.

57 Huamán Castellares, Daniel, "Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos", en *Gaceta Penal y Procesal* Penal, ob. cit., pp. 165-182.

58 Oré Sosa, Eduardo, "Los delitos de contaminación y minería ilegal", en *Actualidad Penal*, ob. cit., pp. 174-191.

59 En el mismo orden de ideas, pero para el delito de contaminación ambiental en su tipo base, Cfr. Caro Coria, Dino Carlos, *Derecho penal del ambiente, Delitos y técnicas de tipificación*, ob. cit., p. 622.

6. Tipo subjetivo

El delito de minería ilegal regulado por el artículo 307-A del Código Penal, establece la comisión dolosa del tipo penal, pero se admite en el segundo párrafo que el tipo penal también pueda ser cometido bajo la modalidad culposa o imprudente.

En este sentido, el dolo debe abarcar cada uno de los elementos del tipo, descriptivos y normativos, siendo que tendrá especial repercusión en lo correspondiente a la autorización para realizar la actividad minera emanada de la autoridad administrativa competente. En efecto, en caso el sujeto desconozca que su actividad minera requiere de un mayor número de autorizaciones de las que en principio cuenta o que, por ejemplo, que el sujeto ejerza la actividad minera basándose únicamente en su declaración de compromisos o en el denuncio minero, pero en la creencia, por desconocimiento, de que dichos actos lo facultan a ejercer la actividad minera, estaremos frente a un supuesto de error de tipo vencible, que según las reglas del artículo 14 del Código Penal, será castigado bajo la modalidad culposa.

Aquí entra a tallar la modalidad culposa del delito de minería ilegal, aunque ciertamente criticada, ya que tratándose de actividades mineras, se considera difícil que pueda plantearse exitosamente el desconocimiento en cuanto a la necesidad de contar con una autorización para llevar a cabo operaciones de explotación o exploración; se trata de algo que parece accesible, incluso, para cualquier profano en la materia. Estos son conocimientos que pueden ser imputados a todo aquel que realice dicha actividad productiva, incluso a pequeños productores mineros y mineros artesanales, que no tendrían por qué ser subestimados en cuanto a la posibilidad de conocimiento de las normas básicas de convivencia y, específicamente, a las de su propia actividad[60].

V. MODALIDADES AGRAVADAS DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL

En el art. 307-B del CP se regulan las modalidades agravadas del delito de minería ilegal, las cuales se encuentran clasificadas según el medio empleado para la comisión de la conducta prohibida, según el lugar de comisión de la conducta prohibida, según el rol funcionarial del agente ostentado en el momento

60 En este sentido, Oré Sosa, Eduardo, "Los delitos de contaminación y minería ilegal", en *Actualidad Penal*, ob. cit., pp. 174-191.

de comisión de la conducta prohibida, según se utilice a personas a menores de edad o inimputables para la comisión de la conducta prohibida.

1. En zonas no permitidas para el desarrollo de la actividad minera

A efectos de configurarse la presente agravante, el agente debe cometer el tipo base del delito de minería ilegal en aquellas zonas prohibidas —no permitidas o no autorizadas— para el ejercicio de la actividad minera, por razones fundamentalmente de política ambiental, es decir, si la actividad minera ilegal se realiza en zonas ecológicamente sensibles, entonces se aplicará la pena agravada, la misma que no podrá ser aplicable a las zonas en las que por consideraciones de otra índole, se excluye la realización de actividades económicas como es el caso de zonas arqueológicas o para proyectos especiales que no tengan que ver con la preservación del medio ambiente[61].

En este sentido, es fundamental atender a la regulación administrativa, la cual determinará aquellas zonas geográficas donde el Estado peruano ha considerado adecuado, según su política ambiental, prohibir la realización de cualquier tipo de actividad minera. Así, tenemos que de conformidad con la tercera disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N.º 1100, se ha declarado como zonas prohibidas del departamento de Madre de Dios para el ejercicio de las actividades mineras de exploración, explotación o beneficio, aquellas que no se encuentran expresamente señaladas en el Anexo N.º 1 del decreto legislativo.

Ahora bien, en dichas zonas no permitidas para el ejercicio de la actividad minera, quienes sean titulares de concesiones mineras o hayan presentado sus respectivos denuncios o petitorios mineros previamente a la vigencia del Decreto de Urgencia N.º 012-2012, Declaran de interés nacional el ordenamiento minero en el departamento de Madre de Dios, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 18 de febrero del 2010, podrán realizar actividades mineras de exploración, explotación y/o beneficio siempre que cuenten, previamente a realizar la actividad, con los instrumentos de gestión ambiental aprobados por la autoridad competente, con la opinión técnica favorable del Ministerio de Energía y Minas, así como con los demás requisitos exigidos por la cuarta disposición complementaria y final del Decreto Legislativo N.º 1100.

61 Al respecto García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., pp. 927 y 928.

2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas

Esta agravante se configurará cuando el agente incurra en el tipo base minería ilegal, desarrollando su actividad delictiva en áreas naturales protegidas, en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas. Para este efecto, tan solo bastará que se compruebe que la actividad ilícita se desarrolla en cualquiera de los espacios geográficos señalados, por lo cual el desvalor del injusto tendrá su fundamento no solo en la afectación a la estabilidad del ecosistema, como bien jurídico protegido, sino también en la vulneración de otros intereses dignos de tutela, como son el deber del Estado peruano en promover la conservación de las áreas naturales protegidas, de conformidad con el artículo 68 de la Constitución Política del Estado, o la protección de los derechos de propiedad y a la salud de los pobladores de las comunidades nativas, campesinas o pueblos indígenas; aunque, ciertamente, un sector de la doctrina entienda que el fundamento de esta agravante radica en la menor capacidad de las comunidades nativas, campesinas e indígenas para enfrentar e impedir el despliegue de la actividad minera ilegal[62].

Por lo tanto, a efectos de configurar la agravante, es necesario que el agente tenga conocimiento que ejecuta el tipo penal en un área natural protegida, o en el espacio geográfico de titularidad de alguna comunidad nativa o campesina o de un pueblo indígena. Para este efecto, es fundamental definir dichos conceptos. Así tenemos que de conformidad con el artículo 1 de la Ley N.º 26834, Ley de Áreas Naturales Protegidas, publicada en el diario oficial El Peruano el 04 de julio de 1997, y su Reglamento, Decreto Supremo N.º 038-2001-AG, las áreas naturales protegidas comprenden aquellos espacios continentales y/o marinos del territorio nacional, expresamente reconocidos y declarados como tales, incluyendo sus categorías y zonificaciones, para conservar la diversidad biológica y demás valores asociados de interés cultural, paisajístico y científico, así como por su contribución al desarrollo sostenible del país.

En nuestro país se han establecido un total de 76 áreas naturales protegidas de administración nacional, que conforman el Sistema Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SINANPE), clasificadas como Parque nacional (13), Santuario nacional (09), Santuario histórico (04), Reserva nacional (15), Refugio de vida silvestre (03), Bosque de protección (06), Reserva paisajística (02), Reserva comunal (10), Coto de caza (02) y Zonas reservadas (12), que comprende una extensión total de 19,518,146.52 ha. del territorio nacional. Así mismo, en nuestro país también se ha establecido un total de 16 áreas na-

62 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., p. 928.

turales protegidas de conservación regional y 78 áreas naturales protegidas de conservación privada[63].

Por otro lado, de conformidad con el artículo 2 de la Ley N.º 24656, Ley General de Comunidades Campesinas, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 14 de abril de 1987, vigente a la fecha, las comunidades campesinas son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integradas por familias que habitan y controlan determinados territorios ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

Por su parte, de conformidad con el Decreto Ley N.º 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, se tiene que las comunidades nativas tienen su origen en los grupos tribales de la selva y ceja de selva y que están constituidas por conjuntos de familias vinculadas por los siguientes elementos principales: idioma o dialecto, características culturales o sociales y tenencia y usufructo común y permanente de un mismo territorio con asentamiento nucleado o disperso.

De acuerdo con las cifras oficiales del Sistema Nacional de Información Ambiental del Ministerio del Ambiente, tenemos que entre el periodo comprendido en los años 2004 a 2007, se han reconocido un total de 7,563 comunidades nativas y campesinas ubicadas en las regiones de Amazonas, Ancash, Apurímac, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Cusco, Huancavelica, Huánuco, Ica, Junín, La Libertad, Lambayeque, Lima, Loreto, Madre de Dios, Moquegua, Pasco, Piura, Puno, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali[64].

Por último, de conformidad con el artículo 7 de la Ley N.º 29785, Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios, reconocido en el Convenio N.º 169 de la OIT, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 7 de setiembre del 2011, las comunidades o pueblos indígenas comprende a aquellas poblaciones, considerados como sujetos colectivos, que se encuentran vinculadas por criterios de descendencia directa de las poblaciones originarias del territorio nacional, estilos de vida y vínculos espirituales e históricos con el territorio que

63 El listado completo de las áreas naturales protegidas, en: <http://www.sernanp.gob.pe/sernanp/archivos/biblioteca/mapas/ListaAnps_22042015.pdf>.

64 La información completa y detallada, en "Información estadística: Comunidades Nativas y Campesinas reconocidas a nivel nacional, 2004- 2007", en *Sistema Nacional de Información Ambiental*, Lima: diciembre del 2008. Recuperado de <http://bit.ly/1VE6N0X>.

tradicionalmente usan u ocupan, tienen instituciones sociales y costumbres propias, cuentan con patrones culturales y modo de vida distintos a los de otros sectores de la población nacional y poseen una identidad indígena u originaria.

En este orden de ideas, tenemos que según las cifras oficiales del Vice Ministerio de Interculturalidad del Ministerio de Cultura, se han identificado 54 pueblos indígenas u originarios[65].

3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares

Esta agravante responde al medio empleado por el agente al cometer el tipo base de minería ilegal. Así, se configurará la agravante cuando el agente utilice dragas, que conforme a la definición de la real academia de la lengua española, son máquinas que se emplean para ahondar y/o limpiar ríos, canales y otros, extrayendo de ellos minerales, fango, piedras, arena y otros.

Así mismo, esta agravante también se configurará cuando el agente haga uso de artefactos u otros instrumentos similares a las dragas. Evidentemente esta cláusula abierta de los medios a emplear es muy amplia, por lo que debe ser delimitada de conformidad con la normativa administrativa sobre la materia.

De conformidad con el artículo 5 del Decreto Legislativo N.º 1100, por *artefactos u otros instrumentos similares* se deben comprender a los siguientes: i) las unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales; ii) las dragas hidráulicas, dragas de succión, balsa gringo, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras; iii) otros artefactos que cuenten con bomba de succión de cualquier dimensión y que tengan o no incorporada una zaranda o canaleta; iv) cualquier otro artefacto que ocasione un daño similar.

4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas

La justificación de la presente agravante se encuentra en que la actividad ilícita del agente además de vulnerar o poner en peligro el bien jurídico *estabilidad del ecosistema*, pone en peligro otros bienes jurídicos: la vida, la salud o el patrimonio de terceras personas, ello debido a la utilización de instrumentos u objetos peligrosos para la comisión del delito.

65 La información completa y detallada, en "Pueblos Indígenas del Perú", en *Base de datos de pueblos indígenas u originarios*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1muBjEE>.

Esta agravante se fundamenta en el peligro abstracto de los instrumentos utilizados en la actividad minera ilegal para la vida, la salud o el patrimonio de las personas[66], por lo que no se requiere la comprobación efectiva de la lesión a los bienes jurídicos. Así mismo, tenemos que no existe una definición taxativa de aquellos instrumentos u objetos peligrosos que puede utilizar el agente, por lo que da un amplio margen al juzgador[67] para subsumir dentro de esta agravante a todo objeto o instrumento que, a su criterio, pueda considerarse peligroso.

5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano

El tenor literal de la presente agravante parece dar a entender que se sanciona la conducta del agente que comete el tipo base de minería ilegal y como consecuencia de dicha actividad afecta sistemas de irrigación o aguas destinadas al consumo; sin embargo, en atención del bien jurídico protegido, podríamos entender que resulta necesario que dicha afectación tenga incidencia en la idoneidad de las aguas para poder ser utilizadas en las actividades agrícolas o destinadas al consumo humano, es decir, que las aguas pierdan su idoneidad de uso proyectada[68].

Por sistemas de irrigación se deberá entender aquel conjunto de estructuras que hacen posible el transporte de agua a una determinada área de cultivo, propia de la actividad agrícola. Y por aguas destinadas al consumo humano se comprende a aquella apta para el consumo y para todo uso doméstico, habitual, incluida la higiene personal, de conformidad con la definición esbozada en el Decreto Supremo N.º 031-2010-SA, Reglamento de la Calidad del agua de Consumo Humano.

6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público

Este es un supuesto de agravación de la pena por prevalecimiento del cargo de carácter específico, por lo que ya no será de aplicación la agravante genérica contenida en el artículo 46 A del Código Penal[69]. La presente agravante encuentra

66 En este sentido, cfr. García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., p. 929.

67 En este sentido, cfr. Huamán Castellares, Daniel, "Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos", en *Gaceta Penal y Procesal* Penal, ob. cit., pp. 165-182.

68 En el mismo sentido, cfr. García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., p. 929.

69 García Cavero, Percy, *Derecho Penal Económico, Parte Especial*, ob. cit., p. 929.

fundamento en el aprovechamiento del cargo realizado por el agente, es decir, a la vulneración de sus deberes institucionales; en consecuencia, el reproche penal atenderá a la infracción de sus deberes institucionales y no necesariamente al hecho de haber cometido el delito de minería ilegal.

Ahora bien, resulta difícil la aplicación de la presente agravante por cuanto el tipo penal de minería ilegal es un delito común, que no requiere que el agente ostente la condición de funcionario o servidor público; mientras que la presente agravante exige que el agente se haya aprovechado de su condición funcionarial, pero dicho aprovechamiento debe estar orientado a la comisión del tipo base de minería ilegal.

En todo caso, la presente agravante podría reservarse para aquellos supuestos donde el título de intervención en el delito no sea de autoría directa, como en el supuesto del funcionario que omite realizar sus funciones de supervisión o fiscalización en un área geográfica donde se ejecuta el delito de minería ilegal, sea porque colabora con dicha actividad ilícita por fines económicos, o sea porque participa activamente en la ejecución de dicha actividad.

7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable

La presente agravante no revise mayor dificultad interpretativa, pues se aplicará cuando se verifique el agente en la comisión del tipo base del delito de minería ilegal, utilizó a menores de edad o personas inimputables, quienes de una u otra manera, colaboraron con la comisión del delito.

Aquí debe tenerse presente que el agente debe *emplear* a dichas personas, es decir, debe actuar determinando su voluntad, por lo que la presente agravante no será de aplicación cuando el agente cometa el delito de minería ilegal en complicidad con personas menores de edad que actuaron voluntariamente.

VI. CONCLUSIONES

Una de las principales actividades económicas del Estado peruano es la actividad minera formal, la cual nos ha situado en un país minero de primer orden. Sin embargo, a la par con la actividad minera formal, se han venido desarrollando las actividades mineras informales e ilegales, las cuales afectan gravemente al Ambiente y comprometen el desarrollo de la economía nacional.

El Estado peruano ha procurado dar solución a la problemática de la minería ilegal e informal mediante el proceso de formalización de la actividad minera

que inició en el año 2002; sin embargo, no se logró el efecto esperado, pues el fenómeno de la ilegalidad e informalidad en la actividad minera artesanal y de pequeños productores mineros, ha continuado hasta la fecha.

En este sentido, desde el año 2012 la política del Estado frente al fenómeno de la minería ilegal e informal fue recurrir al Derecho penal, atendiendo a que estas actividades ilícitas causan un grave perjuicio al ambiente. Así fue que entró en vigencia el delito de minería ilegal y sus modalidades agravadas, aunque ciertamente el concepto que sobre minería ilegal se maneja en el ámbito jurídico penal no sea el mismo concepto establecido en el ámbito administrativo.

Así, el tipo penal base del delito de minería ilegal entró en vigencia desde el 29 de febrero del 2012 y regula la comisión de este delito tanto bajo la modalidad dolosa como culposa. Respecto de la modalidad dolosa, ya hemos señalado que no genera mayores problemas de interpretación, siendo necesario la remisión a la legislación extrapenal. Sin embargo, hemos podido identificar que la modalidad culposa puede generar ciertos problemas de aplicación, sobre todo porque los actores de este ámbito de la actividad económica tienen el conocimiento que su actividad requiere de diversas autorizaciones administrativas para poder llevarse a cabo, más aún si ha existido una política del Estado tendiente a la erradicación e interdicción de la minería ilegal e informal desde el año 2002.

Por último, en lo que respecta a las modalidades agravadas del delito de minería ilegal, hemos podido identificar que estas atienden no solo a la vulneración o puesta en peligro concreto del bien jurídico protegido, *estabilidad del ecosistema*, sino que además atienden a cuatro criterios: al medio empleado, al lugar de comisión, al rol funcionarial y a la utilización de menores e inimputables, los cuales demuestran que en el desarrollo de esta actividad minera ilegal se pueden poner en peligro otros bienes jurídicos merecedores de tutela penal.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ALCALE SÁNCHEZ, María

2012 "Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente", en TERRADILLOS BASOCO, Juan María (coord.), en *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho penal. Parte especial (Derecho Penal Económico)*, t. IV, Madrid: Iustel.

ALONSO ÁLAMO, Mercedes

2010 "Trama de la vida y Protección penal del Ambiente", en *El Derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la Sociedad Mundial del Riesgo*, SERRANO-PIEDECASAS, José Ramón y Eduardo DEMETRIO CRESPO (dir.), Madrid: Colex.

BOTTKE, Wilfried

1998 "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, N.º 2, Madrid: La Ley.

BRACK, Antonio

2013 "Análisis y experiencias para la Formalización de la Minería Ilegal. Caso Madre de Dios", en *II Foro Internacional. Problemática de la extracción ilegal de minerales: Desafíos y oportunidades"*, Lima: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.

CALDERÓN VALDERDE, Leonardo

2013 "Apuntes sobre el delito de Minería Ilegal en el Perú a poco más de un año de su tipificación", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.º 49, Lima: Gaceta Jurídica.

CARO CORIA, Dino Carlos

1995 *La protección penal del ambiente*, Serie Tesis Seleccionadas N.º 2, Lima: BFU.

1999 *Derecho penal del ambiente, Delitos y técnicas de tipificación*, Lima: Gráfica Horizonte SA.

DEFENSORÍA DEL PUEBLO

2013 "Gestión del Estado frente a la Minería Informal e Ilegal en el Perú. Supervisión a la implementación de los decretos legislativos promulgados al amparo de la Ley N.º 29815", Serie de Informes de Adjuntía-Informe N.º 001-2013-DP/AMASPPI.MA, en CARO CORIA, Dino Carlos y Luis Miguel REYNA ALFARO (coords.), en *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Lima: Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa-CEDPE.

2014 *Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú.* 2012-2014, *Supervisión a las entidades de alcance nacional y regional*, Serie de Informes Defensoriales-Informe N.º 167, Lima.

Dirección General de Política Criminal Ministerio de Justicia y Derechos Humanos

2013 *Diagnóstico situacional del crimen en el Perú, Consejo Nacional de Política Criminal*, Lima: Junio.

ESCAJEDO SAN EPIFANIO, Leire

2006 *El medio ambiente en la crisis del Estado Social: Su protección penal simbólica*, Granada: Comares.

FOFFANI, Luigi

2002 "Criminalidad Organizada y Criminalidad Económica", en *Estudios de Derecho Penal Económico*, Trad. de María José PIFARRÉ DE MONER, Caracas: Livrosca CA.

García Cavero, Percy

2015 *Derecho Penal Económico, Parte Especial,* vol. II, 2.ª ed., Lima: Instituto Pacífico.

García Rivas, Nicolás

1998 *Delito ecológico, Estructura y aplicación judicial,* Barcelona: Praxis.

Gracia Martín, Luis

1985 *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, I, Teoría General.* Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza.

Huamán Castellares, Daniel

2014 "Aspectos sustantivos y propuestas en torno al delito de minería ilegal y delitos conexos", en *Gaceta Penal y Procesal Penal,* N.º 62, Lima: Gaceta Jurídica.

Henck Franco, Carmen y César Ipenza Peralta

2014 "Análisis comparativo de la situación de la minería ilegal en seis países", en *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela,* Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Ipenza Peralta, César y Lenin Valencia

2014 "Perú", en *La realidad de la minería ilegal en países amazónicos, Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Perú y Venezuela,* Lima: Sociedad Peruana de Derecho Ambiental.

Macroconsult

2012 *Impacto económico de la Minería en el Perú,* Lima: Sociedad Nacional de Minería, Petróleo y Energía.

Müller-Tuckfeld, Jens Christian

2000 "Ensayo para la abolición del Derecho penal del medio ambiente", en *La insostenible situación del Derecho penal.* Granada: Comares.

Oré Sosa, Eduardo

2014 "Los delitos de contaminación y minería ilegal", en *Actualidad Penal,* N.º 8, Lima: Gaceta Jurídica.

Peña Cabrera Freyre, Alonso Raúl

2009 *Derecho Penal Económico,* Lima: Jurista Editores.

2013 *Derecho Penal, Parte Especial,* t. IV, 2.ª ed., Lima: Idemsa.

2014 "El delito de contaminación ambiental: Rasgos dogmáticos y características esenciales", en *Actualidad Penal,* N.º 4, 2014, Lima: Gaceta Jurídica.

Pradel, Jean

2004 "Delitos contra el medio ambiente", en *Eurodelitos, El Derecho penal económico de la Unión Europea,* Tiedemann, Klaus y Adán Nieto Martín, Adán (dir.), Cuenca: Universidad de Castilla-La Mancha.

REÁTEGUI SÁNCHEZ, James

2011 "Delitos ambientales en el Código Penal peruano a través de la reforma legal N.º 29263", en CARO CORIA, Dino Carlos y Luis Miguel REYNA ALFARO (coords.), *Reglas de imputación penal en la actividad minera y petrolera*, Lima: Jurista Editores, Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE).

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

2005 *La Criminalidad Organizada. Aspectos Penales, Procesales, Administrativos y Policiales*, Madrid: Dykinson.

SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO AMBIENTAL

2015 "Reporte Estadístico Minero Energético", en *Mining & Energy Statistical Report*, Lima.

TERRADILLOS BASOCO, Juan

1997 "Delitos relativos a la protección del patrimonio histórico y del medio ambiente", en *Derecho penal del Medio Ambiente*, Madrid: Trotta.

TIEDEMANN, Klaus

1993 *Lecciones de Derecho Penal Económico (comunitario, español, alemán)*, Barcelona: PPU SA.

ZUÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2013 "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal", en *Criminalidad de Empresa y Criminalidad Organizada. Dos modelos para armar en el Derecho penal*, Colección de Ciencias Penales N.º 4, Lima: Jurista Editores-Centro de Estudios de Derecho Penal Económico y de la Empresa (CEDPE).

CÓMO DEFINIR LA GRAN CORRUPCIÓN

José Ugaz Sánchez-Moreno
y Esther Hava García

SUMARIO: I. Introducción. II. La lucha contra la Gran Corrupción. III. Elementos caracterizadores de la Gran Corrupción. 1. El factor económico. 2. El factor político. 3. El factor sistémico. 4. El factor social. 5. El factor impunidad. 6. Traducción jurídica. IV. Retos de la tipificación autónoma. 1. La delimitación de las conductas típicas. 2. La difícil concreción de algunos elementos de la Gran Corrupción. 2.1. La determinación del elemento económico. 2.2. La configuración del sujeto activo. 2.3. *Common Law* y *Civil Law.* 2.4. La cuestión política. V. Propuesta inicial de definición. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Transparencia Internacional (TI) es la coalición de la sociedad civil más relevante a nivel mundial en materia de lucha contra la corrupción y promoción de la transparencia e integridad relacionadas con el ejercicio del poder público. Fue fundada hace 22 años por el ciudadano alemán Peter Eigen, ex funcionario del Banco Mundial, quien a raíz de su experiencia, e intentando promover el desarrollo en diversos países del mundo, advirtió que la corrupción era un gran obstáculo para lograr ese objetivo.

Actualmente Transparencia Internacional cuenta con un secretariado internacional con sede en Berlín y está presente en más de 100 países del mundo a través de sus capítulos nacionales. Hoy en día, más de 60 de estos capítulos nacionales de TI vienen confrontando la corrupción en sus países a través de los ALACS, oficinas legales que desarrollan diversas tácticas de confrontación con la corrupción (por ejemplo, el capítulo francés de TI ha logrado congelar legalmente 300 millones de euros llevados a su país por el dictador de Nueva Guinea Teodoro Obiang, que son producto del saqueo y la corrupción).

En sus años de existencia, TI ha conseguido grandes logros, entre ellos, posicionar el tema de la corrupción en el tope de la agenda global. Además, ha contribuido a la creación de instrumentos como la Convención de NN. UU. contra la Corrupción, las convenciones regionales anticorrupción y el convenio contra el soborno trasnacional de la OECD. TI ha desarrollado diversos sistemas de medición de la corrupción, entre ellos, el índice de percepción de corrupción (CPI), que es el más popular pero no el único (existen además el índice de pagadores de sobornos, el barómetro de corrupción, los informes *Track* sobre transparencia de las empresas trasnacionales, los reportes globales de corrupción, entre otros).

La estrategia desarrollada por TI hasta el momento ha consistido, en esencia, en el desarrollo del denominado "compromiso crítico" con quienes toman decisiones y detentan autoridad, consiguiendo el concurso de varios gobiernos e instituciones internacionales en apoyo de la causa anticorrupción. Sin embargo, como consecuencia del mundo global y tecnificado en que vivimos, con la irrupción en el espectro internacional del crimen organizado, la corrupción ha mutado. Es así que el concepto tradicional de corrupción universalmente aceptado (abuso de la función pública para la obtención de un beneficio personal), hoy resulta insuficiente para describir la complejidad del problema. Por esta razón, Transparencia Internacional actualmente se refiere al fenómeno de la Gran Corrupción para diferenciarla de lo que podríamos calificar de "corrupción tradicional". Una de las características de este tipo de corrupción es el alto nivel de impunidad que genera, dadas las calidades personales de sus autores (personas que detentan poder) y las grandes cantidades de dinero que involucran.

Ello ha llevado a Transparencia Internacional a replantear la estrategia para lidiar con este tipo de corrupción pues, como resulta obvio, cuando quienes influyen en las decisiones políticas, o directamente las propias autoridades gubernamentales, están gravemente comprometidos en prácticas corruptas y además gozan de impunidad, no hay posibilidad de llegar a un entendimiento por la vía del compromiso crítico. En ese sentido, en el año 2011 el movimiento decidió adoptar una nueva estrategia que implique una acción más directa para enfrentar la corrupción, buscando la movilización social, en particular de sectores juveniles, que permitan desarrollar campañas en las que se señale a los responsables de estos actos, se persiga su sanción legal y, cuando esta no sea posible, se promueva la sanción social de los responsables. Uno de los ejes principales de esta nueva estrategia es la denominada "iniciativa contra la impunidad", en cuyo marco se desarrollarán una serie de acciones que permitan visibilizar este tipo de corrupción y a sus principales actores para que asuman su responsabilidad por los graves daños que generan en contra del bien común.

II. LA LUCHA CONTRA LA GRAN CORRUPCIÓN

Desde hace tiempo existe un consenso generalizado en torno a la necesidad de perseguir a nivel internacional los casos más graves de corrupción, y de evitar la impunidad de la que ahora disfrutan la mayoría de los culpables de tales hechos. Buena prueba de ese amplio consenso es la propia Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción del 2003 (UNCAC)[1], que fue suscrita por 140 Estados signatarios y ya cuenta en la actualidad con 171 Partes, entre ellas la Unión Europea.

El amplio apoyo dado por la comunidad internacional a la Convención contra la Corrupción constituye probablemente su principal valor, pero no puede ocultar el carácter de *soft law* que posee buena parte de sus disposiciones. Lo que pone en evidencia las limitaciones que presenta un instrumento de esta naturaleza como medio para emprender una lucha real contra los fenómenos más graves de corrupción y, sobre todo, a la hora de asegurar que sus autores sean investigados, procesados y condenados en el marco de un proceso penal[2]. Por ello, los mismos movimientos sociales que lideraron la toma de conciencia global respecto a la corrupción están ahora redoblando sus esfuerzos para procurar que las convenciones internacionales no se conviertan en una legislación meramente simbólica.

En esta línea, la Estrategia 2015 de Transparencia International señala como una de sus prioridades la de "contribuir a una aplicación más efectiva de leyes y estándares alrededor del mundo y a reducir la impunidad de las prácticas corruptas", incluyendo entre sus principales áreas de enfoque a las propias convenciones sobre la materia, con el fin de "contribuir a una mejor aplicación de ciertas disposiciones internacionales anticorrupción"[3].

Por su parte, la Global Organization of Parliamentarians Against Corruption (GOPAC), ha adoptado en los últimos tiempos un enfoque más ambicioso de la cuestión, con el que pretende "alentar a los estados, a las Naciones Unidas y a las instituciones internacionales a reconocer los delitos de gran corrupción como delitos de lesa humanidad" y a "desarrollar mecanismos internacionales adicio-

1 De sus siglas en inglés: *United Nations Convention against Corruption.* La Convención fue adoptada por la Asamblea General de la ONU el 31 de octubre del 2003 en Nueva York (Doc. A/58/422) y abierta a la firma en diciembre de ese mismo año en Mérida.

2 Cfr. WEBB, Philippa, "The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?", en *Journal of International Economic Law*, vol. 8, n.º 1, 2005, pp. 191-229.

3 TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Estrategia 2015*, Bangkok: noviembre del 2010. Recuperado de <http://bit.ly/1pOvIkj>. Aprobada en la Reunión Anual de Miembros.

nales para aprender, judicializar, juzgar y sentenciar a quienes hayan cometido delitos de gran corrupción"[4]. Tales declaraciones, si bien de forma implícita, parecen poner la mirada en el único órgano judicial internacional de carácter permanente que posee competencia para perseguir, enjuiciar y condenar crímenes internacionales. Se trata naturalmente de la Corte Penal Internacional (CPI)[5].

Pero si se pretende luchar eficazmente contra un fenómeno criminal y evitar la impunidad de sus autores, resulta necesario saber contra qué se lucha. Obviamente los activistas anticorrupción tienen una idea clara de la realidad a la que se enfrentan, pero de lo que se trata es de trasladar esa realidad a una noción concreta, más o menos cerrada y precisa, que permita al penalista proponer la creación de nuevas normas, o interpretar las que ya existen, de un modo que las dote de eficacia para perseguir la corrupción, sin tener por ello que renunciar al conjunto de principios generales y garantías que están en la base de cualquier sistema punitivo respetuoso con los derechos fundamentales. Dentro de esa perspectiva, ligada más a lo jurídico que a lo político o social, las dificultades comienzan desde el mismo instante en que se intenta definir el fenómeno de la gran corrupción, razón por la cual probablemente los tratados internacionales anticorrupción que han sido promulgados hasta el momento han renunciado a acoger dentro de sus respectivos textos un concepto de lo que ha de entenderse, precisamente, por corrupción[6]. En esa tarea, además, posee indudable relevancia el objetivo, más o menos ambicioso, que se persiga con la regulación en cuestión.

III. ELEMENTOS CARACTERIZADORES DE LA GRAN CORRUPCIÓN

En la definición de la corrupción se puede adoptar el enfoque más amplio posible con el fin de evitar lagunas de punición, y afirmar que lo es cualquier "uso desviado del poder", normalmente público pero también en algunos casos privado; en cambio, si lo que pretende es poner el acento en el móvil lucrativo

4 Cfr. GOPAC, *Declaración para V Foro de Parlamentarios*, 27 de noviembre del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1T9TE9m>. Surgida en el marco de "Los legisladores nacionales y el derecho internacional en la lucha por la rendición de cuentas", Panamá, 25-29 de noviembre del 2013.

5 Creada por su instrumento constitutivo, el Estatuto de Roma, que fue adoptado el 17 de julio de 1998 durante la Conferencia Diplomática de plenipotenciarios de las Naciones Unidas sobre el establecimiento de una Corte Penal Internacional.

6 Cfr. IVORY, Radha, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law. The Human Rights of Bad Guys*, Reino Unido: Cambridge University Press, 2014, pp. 20 y 22.

que normalmente persigue el corrupto, deberá adoptarse un enfoque mucho más estricto, que en esencia nos llevaría al concepto de *soborno*[7]. Y sin embargo, es posible que ninguna de las dos definiciones anteriores nos resulten útiles a la hora de evitar la impunidad de los casos más graves (la primera, por ser demasiado amplia; la segunda, justamente por lo contrario).

TI conjuga ambos elementos en su definición tradicional: la corrupción "consiste en el abuso de la función pública para la obtención de un beneficio personal". Pero dicha definición también resulta excesivamente escueta a la hora de plantear estrategias concretas para los casos más graves; probablemente por ello TI aclara a continuación que el fenómeno "puede clasificarse en corrupción a gran escala, menor y política, según la cantidad de fondos perdidos y el sector en el que se produzca. TI además ofrece otra definición que puede resultar más útil a los efectos de este trabajo, la de "corrupción a gran escala" (o "*Grand Corruption*", en la versión inglesa), que es identificada con "actos cometidos en los niveles más altos del gobierno que involucran la distorsión de políticas o de funciones centrales del Estado, y que permiten a los líderes beneficiarse a expensas del bien común"[8].

La definición de Gran Corrupción que ofrece TI no es suficiente para satisfacer todos los requisitos necesarios para proceder a su tipificación penal (entre otras razones, porque resulta excesivamente vaga y ambigua a la hora de configurar lo que se denomina el tipo de injusto —en lenguaje del sistema de *Civil Law*— o el *actus reus* conforme al sistema de *Common Law*). Sin embargo, puede servir de punto de referencia para identificar los elementos que caracterizan al fenómeno de la Gran Corrupción, con independencia de la forma delictiva concreta que dicho fenómeno pueda adoptar (cohecho [*bribery*] activo o pasivo, malversación [*embezzlement*] de fondos públicos, prevaricación [*perversion of justice*], etc.).

Como se ha visto, la definición elaborada por TI hace referencia a los siguientes elementos de la Gran Corrupción: los actores son personas que pertene-

7 El soborno se identifica jurídicamente con el término español "cohecho" o el inglés "*bribery*".

8 *Vid.* Transparency International, *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*, 2009. Recuperado de <http://bit.ly/1HtCOAV>.TI ha estimado necesario ofrecer también la definición de "corrupción política", como la "manipulación de políticas, instituciones y normas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento por parte de los responsables de las decisiones políticas, quienes se abusan de su posición para conservar su poder, estatus y patrimonio". Sin embargo, parece claro que tales hechos podrían ser englobados dentro de lo que la propia organización ha definido como *gran corrupción* sin mayores problemas, al menos a efectos del presente trabajo.

cen a "los niveles más altos del gobierno", los actos que cometen "involucran la distorsión de políticas o funciones centrales del Estado" y el beneficio se obtiene "a expensas del bien común"[9].

Teniendo en cuenta tales elementos, y profundizando un poco más en su exacto significado de cara a identificar los supuestos más graves, pueden deducirse las características esenciales de la Gran Corrupción. De este modo, los casos cuya impunidad debería evitarse a toda costa se caracterizarían por los siguientes factores:

a) Involucran a enormes sumas de dinero (factor económico);

b) Son ejecutados, auspiciados, dirigidos o tolerados por personas con altas cotas de poder en o sobre el gobierno (factor político);

c) No constituyen comportamientos aislados, sino un conjunto de actos planificados que se insertan en el propio funcionamiento del país o región afectada (factor sistémico);

d) El perjuicio causado no es solo económico, sino que afecta también a los derechos fundamentales y libertades públicas del conjunto de los ciudadanos (factor social);

e) La relación de los corruptos con las altas esferas de poder y el carácter planificado de sus actos les permiten eludir la acción de la justicia, ya sea impidiendo coactivamente su actuación, ya sea premiando su tolerancia (factor impunidad).

Un análisis más detenido de cada uno de estos factores permite además diferenciar los supuestos más graves de Gran Corrupción (esto es, aquellos respecto de los cuales se pretende asegurar su persecución penal y evitar su impunidad a nivel internacional) del escenario que puede observarse en otros supuestos, en los que las pequeñas corruptelas o casos de "corrupción de bagatela" se han extendido de forma vírica, afectando incluso al propio funcionamiento administrativo-institucional del país o región[10].

9 Cfr. Bloom, Ben, "Criminalizing Kleptocracy? The ICC As a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption", en *American University International Law Review*, vol. 29, n.º 3, 2014, p. 633.

10 Cfr. Ugaz, José, "La politización de las campañas anticorrupción", en *The International Council on Human Rights Policy. Review Meeting. Corruption and Human Rights*, Genova: 28 y 29 julio del 2007, p. 2. Recuperado de <http://bit.ly/1rEXlhK>.

1. El factor económico

El factor económico probablemente sea uno de los primeros que viene a la mente cuando se trata de distinguir la Gran Corrupción de las pequeñas o medianas corruptelas. Aunque la gran corrupción constituye un negocio de imprecisa aritmética (al igual que buena parte del crimen organizado), cuando se trata de valorar en términos globales[11]. La experiencia obtenida a través de la investigación de los casos más célebres de Gran Corrupción permite afirmar, sin duda, que cada suceso aisladamente considerado mueve asimismo grandes sumas de dinero, y que ese dinero se concreta no solo en los extraordinarios beneficios que reportan a sus autores sino también en las enormes pérdidas, en forma de perjuicios económicos directos o externalidades, que sufre la población como consecuencia de la Gran Corrupción[12].

Sin embargo, sería un error establecer el factor económico como él único criterio relevante a la hora de concretar la gravedad del caso. Las propias diferencias que existen entre las economías de los países pobres y ricos (fácilmente aprehensibles atendiendo, por ejemplo, a sus respectivos PIB) ponen inmediatamente sobre la pista de los inconvenientes que puede provocar establecer una cantidad de dinero específica a partir de la cual considerar el caso como "Gran Corrupción" y, por consiguiente, dotarlo de relevancia jurídica penal a nivel internacional.

2. El factor político

Otro de los rasgos que suelen poner sobre la pista de un caso de "Gran Corrupción" es la participación en el mismo de un funcionario de alto rango o, más ampliamente, de personajes muy poderosos o influyentes en la gobernanza del país o región afectados (políticos, grandes empresarios). Desde esta perspectiva, los casos más graves de corrupción se caracterizarían por ser ejecutados, auspiciados, dirigidos o tolerados por personas con altas cotas de poder, *de facto* o *de iure*, *en* o *sobre* el gobierno.

---

11 Las cifras que se publican al respecto con frecuencia se centran en las pérdidas ocasionadas en determinados sectores de la economía, como los costes financieros asociados a la corrupción. Así por ejemplo, el Banco Mundial estimó en el 2004 que las economías tanto ricas como pobres pagan alrededor de 1 billón de dólares estadounidenses en sobornos cada año. WORLD BANK (WB), en *The Costs of Corruption*, 2004. Recuperado de <http://bit.ly/1dgKWRX>.

12 Al respecto, véase UNODC/WB, *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, Washington: 2007. Recuperado de <http://bit.ly/1TjkBb4>.

A estos efectos, resulta útil diferenciar entre corrupción *gubernativa* y corrupción *administrativa*[13] o *burocrática*[14]. Desde esta perspectiva, quedarían fuera del ámbito de la Gran Corrupción aquellas corruptelas que son protagonizadas por funcionarios de base (esto es, los que se relacionan directamente con los particulares en la gestión de la administración pública) y que implican generalmente pequeñas cantidades de dinero.

3. El factor sistémico

Cuando la corrupción deja de ser un fenómeno aislado para convertirse en un elemento más de la dinámica de funcionamiento de un país o territorio, es posible hablar de corrupción sistémica.

El factor sistémico puede darse de forma espontánea (las pequeñas corruptelas, como si de la propagación de un virus descontrolado se tratara, se insertan en el funcionamiento de la sociedad de tal modo que la población ya casi no las percibe como comportamientos ilegales, sino que asume las *mordidas* como si fueran verdaderas "tasas fiscales"), o de forma jerarquizada y establecida (en este último caso, el que verdaderamente puede considerarse sistémico a efectos penales, la Gran Corrupción posee contornos en buena parte coincidentes con los del crimen organizado: estructura piramidal jerarquizada, fuerte cohesión interna, división del trabajo, etc.).

Lo ocurrido en el Perú en la década de los 90 durante el gobierno del presidente Alberto Fujimori (1990-2000) es un buen ejemplo de corrupción sistémica. En este caso se pasó de una corrupción administrativa extendida a una de corte sistémico en la que una red criminal literalmente capturó el Estado en su totalidad. Luego de la caída del régimen a raíz de la revelación de un video en el que se observa al asesor personal de Fujimori, Vladimiro Montesinos, sobornando a un congresista electo de la oposición para que votara con la mayoría, se instaló un gobierno de transición presidido por el congresista Valentín Paniagua.

El gobierno de transición, en una acertada medida creó un grupo plural denominado Iniciativa Nacional Anticorrupción (INA), compuesto por representantes de diversos sectores de la sociedad peruana, cuyo objetivo era realizar un diagnóstico de lo ocurrido en materia de corrupción durante el régimen fujimorista y proponer alternativas de solución a la grave problemática encontrada. Según la INA, en la década de los noventa "la *corrupción sistémático-institucional*

13 Cfr. UGAZ, José, "La politización de las campañas anticorrupción", art. cit., p. 2.

14 Cfr. U4 ANTI-CORRUPTION RESOURCE CENTRE, en *Glossary: Bureacratic corruption*, Denmark. Recuperado de <http://bit.ly/1T9YvY6>.

fue superada y subordinada por la *corrupción sistémica*, que la instrumentalizó", entendiéndose por esta última a "la ejercida desde el núcleo central del gobierno que modifica, adapta y subordina el accionar de los distintos espacios del Estado en función de sus necesidades de reproducción"[15].

Sostuvo la INA que "la corrupción llegó a penetrar el centro mismo del poder del Estado, para ser utilizada como instrumento de gobierno. Para ello se organizó una red de corrupción que involucró a gran parte del Estado y que contó con la complicidad de sectores importantes de la clase dirigente [...] el centro de la corrupción se trasladó del ámbito administrativo-institucional al núcleo del poder político. El Estado no se vio copado desde fuera por redes corruptas, sino que la iniciativa corruptora provino de su centro mismo, a través del Poder Ejecutivo y los servicios de inteligencia"[16].

4. El factor social

Al igual que sucede con el factor sistémico, la corrupción administrativa, burocrática o de bagatela puede provocar una gran dañosidad social como resultado de la suma de los daños individualmente causados por cada una de las pequeñas corruptelas. En cambio, cuando hablamos del factor social de la Gran Corrupción hacemos referencia a un daño que se traduce no solo en pequeños costes monetarios distribuidos entre las distintas economías domésticas, sino en perjuicios patrimoniales de gran calibre que pueden llegar a afectar a la propia economía del país o región. Unido a lo anterior, los casos más graves de Gran Corrupción (aquellos cuya impunidad debe evitarse a toda costa) provocan otras lesiones de bienes jurídicos mucho más relevantes que los patrimoniales (vida, libertad, intimidad, etc.).

5. El factor impunidad

Cuando las pequeñas corruptelas están extendidas como si de la obra de un virus se tratara, existen altas cotas de cifra negra de criminalidad en corrupción que obviamente se traducen en altas cotas de impunidad. En estos casos, la impunidad se deberá principalmente a la propia tolerancia social respecto de la corrupción 'de bagatela' y a la falta de los recursos materiales y personales necesarios para perseguir y sancionar cada uno de esos delitos (siguiendo con el símil del virus, el sistema no puede luchar eficazmente con-

15 Iniciativa Nacional Anticorrupción, "Un Perú sin corrupción. Condiciones, lineamientos y recomendaciones para la lucha contra la corrupción", en *Revista Probidad*, Lima: julio del 2001, p. 5.

16 *Loc. cit.*

tra la epidemia porque carece del número de médicos y fármacos necesarios para ello). En cambio, cuando se trata de Gran Corrupción, la impunidad se debe a razones bien distintas, y que normalmente pivotan en torno a dos motivos principales: el temor a las represalias de quien ejerce el poder corrupto, o la propia permeabilidad de la organización policial y judicial a la corrupción. Dicho de otro modo más sencillo: en el primer escenario, las instancias policiales y judiciales persiguen la corrupción, aunque no sean eficaces; mientras que en el segundo escenario, tales instancias no pueden o no quieren perseguir la corrupción.

6. Traducción jurídica

La conjunción de todos los elementos caracterizadores de la Gran Corrupción que se acaba de exponer permite dar una cierta "traducción" jurídico-penal al fenómeno:

- Sujetos activos del delito serían aquellos funcionarios de alto rango o personas que ejercen grandes cotas de poder, *de facto* o *de iure*, en las esferas de decisión política del país o región afectados (factor político).
- El móvil (o elemento subjetivo adicional al dolo) consistiría en el ánimo de lucro con el que actúan tales individuos, que pretenden con ello obtener, directa o indirectamente, grandes sumas de dinero o mayores cotas de poder que les permitan a su vez acceder a ventajas evaluables (factor económico).
- Una característica esencial de las distintas modalidades de conducta típica (o *actus reus*) radicaría en el abuso de poder y en la naturaleza sistemática de tal abuso de poder (factores político y sistémico).
- Como consecuencia lesiva del delito (desvalor de resultado) debiera exigirse un impacto social altamente negativo de dicho abuso, concretado en graves afectaciones a bienes jurídicos personalísimos (factor social).
- El último elemento caracterizador del fenómeno, esto es, la incapacidad o la negativa de las autoridades a investigar, perseguir, juzgar y sancionar este tipo de conductas (factor impunidad), tendría que quedar fuera de una definición jurídico-penal, por afectar más bien a cuestiones procesales que de Derecho penal sustantivo.

IV. RETOS DE LA TIPIFICACIÓN AUTÓNOMA

Una definición legal que se construyera exclusivamente sobre los elementos caracterizadores de la Gran Corrupción que se acaban de exponer adolecería, sin embargo, de importantes lagunas o inconvenientes. Algunas de ellas derivan de las dificultades existentes para explicitar en términos de tipicidad (o *actus reus*) las diversas modalidades comisivas que puede adoptar el abuso de poder constitutivo de Gran Corrupción (cohecho, malversación, prevaricación, etc.); otras de las indeseables consecuencias político-criminales a las que llevaría la concreción de otros elementos (como el sujeto activo o el desvalor de resultado) mediante el empleo de criterios demasiado rígidos, o utilizando términos jurídicos con significados distintos, cuando no claramente divergentes, en los diferentes sistemas legales existentes (fundamentalmente, *Common Law* y *Civil Law*). Finalmente, debe mencionarse, aunque de forma sucinta, las evidentes dificultades políticas que suscita la tipificación autónoma del crimen de Gran Corrupción.

1. La delimitación de las conductas típicas

Ni la UNCAC, ni ningún otro tratado con vocación universal aprobado sobre la materia, define estrictamente lo que es corrupción, a pesar de contener buena parte de ellos preceptos destinados, precisamente, a definir las palabras claves sobre la materia. Lo que en realidad hace la UNCAC es obligar, en algunos casos, o recomendar, en muchos otros, a los Estados parte a tipificar como delito ciertas conductas que frecuentemente se relacionan con ella y que son descritas de forma más o menos ambigua o repetitiva en sus artículos 15 y siguientes: sobornos de funcionarios públicos; malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por funcionario público; tráfico de influencias; abuso de funciones; enriquecimiento ilícito; soborno en el sector privado; malversación o peculado de bienes en el sector privado; blanqueo del producto del delito. Junto a estas figuras se prevé además la tipificación de otras que podrían denominarse "auxiliares", como el encubrimiento o la obstrucción a la justicia[17].

Tratar de unificar toda esa enorme variedad de formas delictivas (la mayoría de ellas ya previstas en las respectivas legislaciones penales nacionales, cada una

17 La UNCAC contiene además cláusulas relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la penalización de la participación y la tentativa, el método para deducir el dolo, la amplitud de la prescripción, sanciones, embargo preventivo y decomiso, protección de testigos y denunciantes, nulidad de los actos de corrupción, indemnización, etc.

con sus propias peculiaridades) en una descripción típica autónoma, con el fin de propugnar su consideración como crimen perseguible a nivel internacional (cuya definición debe ser clara, concisa y, sobre todo, consensuada globalmente), podría convertirse en una tarea inabordable, al menos si se pretende ser respetuoso con los principios generales y garantías fundamentales que rigen el proceso penal en un Estado de Derecho.

En este sentido, fijarse como objetivo "desarrollar una definición defendible y de amplia aceptación para el término 'gran corrupción'", como tarea prioritaria "para poder considerar la *gran corrupción* como un delito internacional"[18], aparece como una estrategia digna de elogio por la loable finalidad que persigue, pero también difícil de cohonestar con ciertas garantías fundamentales, tales como el principio de taxatividad de los tipos penales.

2. La difícil concreción de algunos elementos de la Gran Corrupción

La propia GOPAC ha puesto, por así decir, el dedo en la llaga al reconocer que una definición "rigurosa" del fenómeno debiera poder responder a los siguientes interrogantes:

1. ¿Qué categorías de personas podrían verse incursas en delitos de gran corrupción?: funcionarios públicos de alto nivel, empresarios poderosos, cabecillas de grupos de delincuencia organizada, y otros?
2. ¿Cuándo se considera que un funcionario oficial, un empresario o persona de negocios y otras personas son de "alto nivel"?
3. ¿Cuánto dinero ilícito, influencia inapropiada o ventaja inequitativa tendrían que estar en tela de juicio para que un delito alcance el umbral de la gran corrupción?
4. ¿Cuánto daño físico o mental, cuan serio ha de ser el efecto sobre la dignidad humana, cuántas personas deben verse perjudicadas para que un delito alcance el umbral de la gran corrupción?
5. ¿Cuán graves, generalizadas o sistemáticas deben ser las violaciones de los derechos humanos para que un delito alcance el umbral de la gran corrupción?[19].

Para demostrar las enormes dificultades que conlleva tal tarea se analizará los esfuerzos de concreción que se han realizado respecto de dos de los elementos

18 Cfr. GOPAC, *Juzgando la Gran corrupción como delito internacional*, Panamá: noviembre del 2013, Documento de debate presentado en el Foro de Parlamentarios celebrado durante la Conferencia de los Estados Parte (CdEP) en la UNCAC en Panamá.

19 *Loc. cit.*

que se consideran esenciales en el fenómeno de la Gran Corrupción: el factor económico y el factor político.

2.1. La determinación del elemento económico

Con respecto al factor económico, algunas propuestas *de lege ferenda* incluyen en la descripción del delito de Gran Corrupción, como uno de sus posibles resultados, *"la apropiación, confiscación, transferencia, o desvío de bienes públicos valorados en un monto total igual o superior a 1 millón de dólares estadounidenses"*[20]. La cuantía fijada en esta definición se basa en un dato proporcionado por la consultora Gallup, que estimaba en diciembre de 2013 en 10.000 dólares estadounidenses el ingreso medio de los hogares de todo el mundo[21], cantidad que es multiplicada por 100 para otorgarle la necesaria relevancia penal. Tal propuesta, si bien es de una objetividad incuestionable, podría producir importantes distorsiones y desigualdades en la persecución de los casos de gran corrupción si llegara a convertirse en norma positiva.

En efecto, los mismos datos ofrecidos por Gallup demuestran que la media mundial de ingresos por hogares no es ni mucho menos representativa, no solo porque la diferencia entre los ingresos medios de los hogares de los países más ricos y los países más pobres sea abismal (los 52.493 dólares de Luxemburgo frente a los 673 dólares de Burundi) sino también porque más de la mitad de los países incluidos en el estudio no llegan a alcanzar esa cuantía. Ello significa que, de llegar a convertirse en ley vigente esta propuesta, el daño económico real infligido por un caso de Gran Corrupción en esos países tendría que ser, como mínimo, el doble del provocado en los países más ricos para dotar de relevancia penal a estas conductas.

A la inversa, no es descabellado imaginar supuestos de corrupción en países del primer mundo que involucran a una cantidad igual o incluso superior al millón de dólares y que, sin embargo, pueden no poseer la relevancia necesaria para convertirse en un crimen perseguido a nivel internacional[22]. Pretender

20 En este sentido se expresaba el borrador inicial de definición del delito de gran corrupción elaborado en el seno de la *New York City Bar Association*, junio del 2014.

21 Cfr. PHELPS, Glenn y Steve CRABTREE, "Worldwide, Median Household Income About $10,000", en *Gallup*, Washington: 16 de diciembre del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/19NyRCU>.

22 Así por ejemplo, y siguiendo con los datos ofrecidos por *Gallup*, en un país como Noruega (que tiene la renta per cápita media más alta), el manejo de una cantidad inferior a 20 veces los ingresos medios de los hogares noruegos bastaría para apreciar la presencia de un elemento constitutivo de determinadas prácticas corruptas, mientras que en Liberia (el país con una renta per cápita media más baja) esa cantidad tendría

fijar una cuantía concreta a partir de la cual dotar de relevancia jurídico-penal a los casos de gran corrupción provocaría, en definitiva, importantes lagunas y desigualdades en la persecución de estos delitos.

Si lo que se pretende es avanzar en esta estrategia de concreción, una alternativa más realista a la hora de caracterizar el factor económico como elemento característico de gran corrupción consistiría en poner en relación dicho factor con los grandes parámetros que sirven para medir la economía de un país o territorio, (tales como el Producto Interior Bruto (PIB) o la *Renta Per Capita* (RPC), o incluso los propios ingresos medios de los hogares), pero prescindiendo del establecimiento de una cantidad fija de dinero. Así por ejemplo, podría afirmarse la existencia de Gran Corrupción cuando el dinero sustraído o desviado sea equivalente o superior a mil veces los ingresos medios de los hogares *del país en el que se hayan producido las consecuencias negativas de las prácticas corruptas.*

Con todo, hay que ser conscientes de que la inclusión del factor económico, aun en esos términos, como elemento constitutivo de un hipotético delito de Gran Corrupción (dentro de la tipicidad o de la descripción del *actus reus*), puede conllevar las complicaciones normalmente inherentes a la prueba del origen de grandes sumas de dinero, amén de propiciar la impunidad de aquellos comportamientos respecto de los cuales solo pudiera demostrarse un enriquecimiento ilícito en una cantidad menor, aun por unos pocos céntimos, al monto establecido en la descripción legal. Por lo demás, hacer demasiado hincapié en la cuantía sustraída o desviada con las prácticas corruptas puede favorecer, en la fase de investigación, los acuerdos transaccionales marcados por la devolución de dicha cantidad; en este contexto, sería preciso que se adoptaran las medidas legales oportunas para evitar la impunidad de quienes "salden su deuda" antes de que se active el proceso, al menos en los casos en que ello no garantice la recuperación de los activos por parte de los países afectados[23].

---

que ser equivalente a más de un millón doscientas mil veces los ingresos medios de los hogares liberianos a los mismos efectos. El índice de Percepción de la Corrupción 2013 de TI sitúa a Noruega en el puesto 5 y a Liberia en el puesto 83. *Vid.* TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption perceptions INDEX 2013*, en *Transparency International*, Berlín: 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1aw07VU>.

23 Al respecto, véase. "Se han alcanzado más acuerdos en casos de soborno en el extranjero, pero solo el 3 % del monto de las sanciones se devuelve a los países afectados", en *Banco Mundial*, Washington: 27 de noviembre del 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1SPa4H3>.

2.2. La configuración del sujeto activo

La UNCAC contiene varias definiciones de lo que ha de entenderse por "funcionario público"[24] (entre las que se incluye la de "funcionario público extranjero" y "funcionario de una organización internacional pública"[25]), a efectos de las formas delictivas de corrupción que tipifica (cohecho o soborno, malversación, etc.) y de otras medidas previstas en la convención.

Sin embargo, dichas definiciones resultan, por lo que respecta a la caracterización de la Gran Corrupción, demasiado amplias, pues el concepto ofrecido por la UNCAC obliga a incluir dentro de su ámbito de aplicación a cualquier persona *conectada* con el desempeño del servicio público (lo que claramente desborda el ámbito que se pretende cubrir con la penalización de la Gran Corrupción, como fenómeno distinto de la corrupción "administrativa", "burocrática" o "de bagatela"), pero simultáneamente puede posibilitar la exclusión de ciertos individuos (por ejemplo, los encargados de gestionar las finanzas de un determinado partido político), que si bien *de facto* poseen enorme influencia sobre los dirigentes del país o región afectados, no ejercen *de iure* funciones públicas —lo que desde luego no les impide ser receptores de cuantiosos sobornos, capaces de

24 En concreto, el art. 2.a) de la UNCAC incluye dentro del concepto de "funcionario público" a: "i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un 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 otra persona que desempeñe 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 de un Estado parte". Además, a efectos de algunas de las medidas incluidas en el capítulo II de la Convención, podrá entenderse por "funcionario público" a toda persona que desempeñe una función pública o 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. Cfr. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2.ª ed., Viena: julio del 2012, p. 9. Recuperado de <http://bit.ly/1pOUSiU> en la Sección de Servicios en Inglés, Publicaciones y Biblioteca de la Oficina de la ONU.

25 El art. 2.b) de la UNCAC define "funcionario público extranjero" como "toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un país extranjero, ya sea designado o elegido, y toda persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluso para un organismo público o una empresa pública". Por su parte, el art. 2.c) de la misma Convención define "funcionario de una organización internacional pública" como "un empleado público internacional o toda persona que tal organización haya autorizado a actuar en su nombre". Cfr. UNODC, *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, ob. cit., pp. 10 y 11.

distorsionar, siguiendo con el mismo ejemplo, el proceso democrático de elecciones en dicho país o región a través de la financiación ilegal de partidos—[26].

Con independencia de que tales supuestos podrían quizá verse incluidos en lo que se ha dado en denominar "corrupción privada", lo anterior sirve para poner de manifiesto las dificultades que entraña la concreción, a efectos de un hipotético delito de "Gran Corrupción", del factor político que se revela como verdaderamente relevante en esta clase de fenómenos: el enorme poder que ejercen, *de facto* o *de iure*, sus autores sobre las esferas de decisión política. A tales efectos, parece claro que no sería suficiente, aun en caso de ser esto posible, fijar un determinado rango legal, categoría o nivel de participación en la función pública para evitar la impunidad de ciertos casos graves, so pena de establecer cláusulas excesivamente abstractas y genéricas que, por ello, serían contrarias a la garantía de taxatividad de los tipos penales (*nullum crimen sine lege).*

2.3. *Common Law* y *Civil Law*

Las propuestas *de lege ferenda* de tipificación del delito de Gran Corrupción pueden caer asimismo en una tentación difícil de eludir: elaborar la definición penal atendiendo solo a uno de los dos grandes sistemas legales predominantes (*Common Law* y *Civil Law*). Y el resultado no puede satisfacer precisamente por ello: una propuesta *de lege ferenda* redactada a partir de las leyes y jurisprudencia imperantes solo en uno de los dos sistemas difícilmente será compatible con las instituciones, principios y garantías penales de aquellos países cuyos ordenamientos jurídicos son tributarios del otro sistema. Si la propuesta se inspira no ya en uno de dichos sistemas legales, sino directamente en las figuras legales y jurisprudencia de un país determinado, la incomprensión y el fracaso parecen altamente probables, pues con ello, aunque no se pretenda, puede parecer que se trata de *imponer* una determinada visión del fenómeno, en lugar de consensuarla[27].

Es preciso tener en cuenta la coexistencia de los dos grandes sistemas legales cuando se trata de promover la tipificación de la Gran Corrupción como crimen internacional, pues parece obvio que, al menos en teoría, para proceder a dicha

26 Las investigaciones que se están llevando a cabo en España a propósito del caso Bárcenas y la trama Gürtel en relación con la financiación del partido político en el poder quizá constituyan un ejemplo de lo que se acaba de exponer.

27 En este sentido, véase el borrador inicial de definición del delito de gran corrupción elaborado en el seno de la *New York City Bar Association*, de junio del 2014, en el que se empleaban abundantes referencias a las leyes y jurisprudencia estadounidenses para la concreción de diversos términos normativos incluidos en la propuesta.

tipificación ha de existir un consenso sólido de los diferentes Estados parte en torno a ella. Es más, buena parte de la argumentación emitida en la práctica por los propios tribunales internacionales (y especialmente por la CPI) va dirigida a limar las asperezas y aparentes contradicciones entre ambos sistemas que pudieran surgir de la interpretación unívoca de los preceptos que aplican, precisamente con el fin de asegurar el apoyo internacional a la labor que desarrollan.

2.4. La cuestión política

Ya se han mencionado la mayoría de las dificultades que entraña tratar de dar una definición única del fenómeno de la Gran Corrupción, que sirva para tipificar esta conducta de forma autónoma, de un modo lo suficientemente estricto (para dar respuesta a la garantía de taxatividad de los tipos penales) y al mismo tiempo lo suficientemente amplio (para evitar indeseables lagunas de punibilidad). Son probablemente esas dificultades, ocasionadas en gran medida por la diversidad de figuras penales que puede adoptar la corrupción (cohecho, malversación, etc.) las que han provocado que el principal instrumento internacional llamado a penalizar la corrupción (la UNCAC) haya optado por realizar varias recomendaciones e imponer unas cuantas obligaciones en relación con las distintas conductas delictivas que son exponentes de fenómenos corruptos, renunciando con ello a definir en términos legales el fenómeno.

A las dificultades técnicas expuestas hasta el momento hay que añadir además otra nada desdeñable, de carácter político, que afecta al propio funcionamiento de los tribunales internacionales y a la creación de los instrumentos normativos que le sirven de base. Y es que, si no se cuenta con un consenso claro sobre la *manera técnica* y la *necesidad política* de tipificar un determinado hecho, la tarea estará definitivamente abocada al fracaso.

Las dificultades que hubo que salvar para incorporar de forma efectiva el crimen de agresión al Estatuto de Roma constituyen una buena prueba de lo que se acaba de afirmar. En efecto, cuestiones específicas como la concreta definición del fenómeno, la determinación de los elementos configuradores del tipo, la fijación del lugar que el autor del crimen debe ocupar en la estructura de poder del Estado, o la necesidad o no de que actúe con una específica intención, constituyen algunas de las cuestiones que ralentizaron el debate en torno a la tipificación del crimen de agresión, provocando que el consenso necesario para la introducción de su definición en el Estatuto de Roma no se pudiera alcanzar hasta 2010[28]. Además, para llegar a dicho consenso fue necesario introducir en

28 En la Conferencia de Revisión del Estatuto de Roma, realizada en Kampala, Uganda, entre el 31 de mayo y el 11 de junio del 2010.

su regulación ciertas disposiciones netamente políticas: la CPI no podrá ejercitar su jurisdicción sobre crímenes de agresión hasta el 1 de enero de 2017, y recién a partir de esa fecha se requerirá la observancia de cierta condición objetiva de procedibilidad consistente en la previa calificación del crimen de agresión por parte del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Atendiendo a lo anterior, no parece descabellado afirmar que el crimen de agresión ha entrado en el Estatuto de Roma por la puesta falsa, y que debemos mantener serias dudas en torno a su efectiva aplicación en un futuro[29].

V. PROPUESTA INICIAL DE DEFINICIÓN

El hecho de que se afirme que pretender tipificar de forma autónoma, y con trascendencia internacional el fenómeno de la Gran Corrupción constituye una tarea de enorme complejidad que no debe interpretarse como una renuncia a toda estrategia en este sentido. Al contrario, se trata de poner de manifiesto que dicha tarea ha de emprenderse sin perder de vista las enormes dificultades que suscita, y sin desdeñar el abordaje en paralelo de otras estrategias que, si bien quizá resulten menos directas, pueden procurar resultados más inmediatos en la práctica. En otras palabras: merece la pena detenerse a considerar las posibilidades que al respecto plantean las instituciones penales internacionales que ya existen y que ya están consolidadas[30].

En este contexto, parece fuera de todas dudas que la institución de referencia ha de ser la Corte Penal Internacional (CPI), primer tribunal de esta naturaleza que nació con vocación de permanencia y no solo para juzgar crímenes cometidos con anterioridad a su establecimiento y en escenarios específicos (lo que permite diferenciarla de otros tribunales penales internacionales *ad hoc*, como el constituido para la ex Yugoslavia o Ruanda). La CPI cuenta además entre sus cualidades el hecho de que fue creada como consecuencia de un gran consenso internacional, sus actuaciones se regulan por un acervo normativo consolidado pero al mismo tiempo susceptible de interpretación, y de su funcionamiento se ha derivado una escueta pero al mismo tiempo detallada jurisprudencia, que ha

29 Al respecto, véase la estrategia planteada en HAVA GARCÍA, Esther, "Grand Corruption: Strategies for Preventing International Impunity", en *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. II, i. 3, 2015, *passim*, donde se propone introducir el análisis de los indicadores de la gran corrupción dentro de dos fases claves en el enjuiciamiento de crímenes internacionales llevado a cabo en el seno de la CPI: la fase de investigación y la fase de individualización de la pena.

30 Cfr. ZAPICO BARBEITO, Mónica, *El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional*, Milán. Recuperado de <http://bit.ly/1O0tiVZ>.

ido perfilando los contornos de los diferentes elementos típicos que conforman los diferentes crímenes internacionales que caen bajo su competencia.

Por ello, entendemos que una definición del crimen de Gran Corrupción que se adecúe al estilo empleado en la redacción de los comportamientos típicos incluidos en el Estatuto de Roma presentaría indudables ventajas, entre las que destaca la posibilidad de superar las diferencias existentes entre los sistemas de *Common Law* y *Civil Law* con la ayuda de los instrumentos conceptuales propios que, precisamente con tal finalidad, ha ido elaborando la doctrina y jurisprudencia que se ha ocupado de los crímenes internacionales de su competencia.

A partir de tales coordenadas, un primer intento de definición de la Gran Corrupción como crimen que en hipótesis podría ser en un futuro incluido dentro del ámbito competencial de la CPI sería el siguiente:

> "1. Constituye 'crimen de gran corrupción' los actos de corrupción cometidos por una persona con un alto nivel de poder o gobierno que producen una distorsión de las políticas o funciones centrales de un Estado, beneficiándose a expensas del bien común y resultando en:
>
> (i) La privación, en todo o en parte, a la población de ese Estado o a un grupo social concreto, de uno o más derechos fundamentales relacionados con la gestión de los asuntos públicos, establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos; y
>
> (ii) La apropiación, incautación o desvío de fondos o recursos públicos valorados en una cantidad equivalente o superior a 100 veces el ingreso promedio anual de los hogares de tal Estado.
>
> 2. A los efectos del párrafo 1:
>
> (i) Por "actos de corrupción" se entenderá cualquiera de los siguientes actos cuando se cometa intencionadamente, de acuerdo con la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción:
>
> a) Soborno;
>
> b) Malversación, apropiación indebida u otras desviaciones de bienes por un funcionario público; o
>
> c) Tráfico de influencias.
>
> (ii) Por "persona con un alto nivel de poder o gobierno" se entenderá funcionarios de alto rango o personas que ejercen niveles significativos de influencia, control o autoridad, *de facto* o *de iure*, en las esferas de decisión política del país o región afectados.
>
> (iii) Por "una distorsión de las políticas o funciones centrales de un Estado" se entenderá una línea de conducta que implique la comisión sistemática de

uno o varios actos de corrupción que desvían la gestión de los asuntos y bienes públicos de sus legítimos fines".

Una definición similar a la anterior presentaría varias ventajas de partida: en primer lugar, la determinación de las diferentes conductas típicas se realiza por remisión al instrumento internacional sobre lucha contra la corrupción más consolidado: la UNCAC; en segundo lugar, el contenido de injusto se construye a partir de la exigencia de un doble desvalor de resultado: la privación de derechos fundamentales básicos unido a un enriquecimiento ilícito de considerable entidad, que habrá de ser cuantificado en relación con el nivel económico del país afectado. Finalmente, se configura el factor político presente en todo fenómeno de gran corrupción desde una perspectiva también doble: la descripción del sujeto activo (que parte de la contemplación de la influencia ejercida, *de facto* o *de iure*, en los ámbitos del poder político) y el carácter sistemático que han de poseer los concretos actos calificables como de corrupción.

Generar un consenso básico respecto del contenido de una definición legal de Gran Corrupción permitiría a organizaciones activistas de la sociedad civil, como *Transparencia Internacional,* fortalecer sus estrategias de lucha contra este fenómeno.

Además, y dado que este tipo de corrupción genera un evidente impacto en los derechos fundamentales, particularmente en los sectores más vulnerables de la sociedad, una definición legal posibilitaría el desarrollo de líneas estratégicas conjuntas con organizaciones defensoras de los derechos humanos, con el fin de perseguir a los responsables de este crimen en circuitos considerados no tradicionales para casos de corrupción, como el de Naciones Unidas y las cortes regionales de derechos humanos.

Una definición legal permitiría igualmente explorar acciones paralelas ante la CPI, pues muchos de los casos por crímenes de lesa humanidad que se tramitan ante dicha corte tienen en su origen un componente determinante de Gran Corrupción. En ese sentido, no es descartable la posibilidad de que en un futuro próximo la Fiscalía de la CPI asuma los factores caracterizadores de la Gran Corrupción como un criterio de admisibilidad de casos adicional a los ya establecidos, o que la presencia de dichos factores sea considerada como una circunstancia agravante de la pena a imponer, finalmente, al hallado culpable en un proceso de estas características[31].

31 Sobre dichas posibilidades y su argumentación jurídica en el marco del Estatuto de Roma, véase HAVA GARCÍA, Esther, "Grand Corruption: Strategies for Preventing International Impunity", en *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, ob. cit.

Finalmente, cuando la coyuntura política lo permita, sería posible incluso que algunos gobiernos democráticos se animen a incorporar esta descripción legal en su sistema penal, como parte de una política criminal destinada a perseguir la corrupción de alto nivel y combatir su impunidad.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Anti-Corruption Resource Centre

Glossary: Bureacratic corruption, Denmark. Recuperado de <http://bit.ly/1T9YvY6>.

Bloom, Ben

2014 "Criminalizing Kleptocracy? The ICC As a Viable Tool in the Fight Against Grand Corruption", en *American University International Law Review*, vol. 29, n.º 3.

Hava García, Esther

2013 "Grand Corruption: Strategies for Preventing International Impunity", en *Indonesian Journal of International & Comparative Law*, vol. II, i. 3.

Iniciativa Nacional Anticorrupción

2001 "Un Perú sin corrupción. Condiciones, lineamientos y recomendaciones para la lucha contra la corrupción", en *Revista Probidad*, Lima.

Ivory, Radha

2014 *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law. The Human Rights of Bad Guys*, Reino Unido: Cambridge University Press.

Transparency International

2009 *Guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción*. Recuperado de <http://bit.ly/1HtCOAV>.

2010 *Estrategia 2015*, Bangkok. Recuperado de <http://bit.ly/1pOvIkj>.

2013 *Corruption perceptions INDEX 2013*, Berlín: 2013. Recuperado de <http://bit.ly/1aw07VU>.

Ugaz, José

2007 "La politización de las campañas anticorrupción", en *The International Council on Human Rights Policy. Review Meeting. Corruption and Human Rights*, Genova. Recuperado de <http://bit.ly/1rEXlhK>.

UNODC/WB

2007 *Stolen Asset Recovery (StAR) Initiative: Challenges, Opportunities, and Action Plan*, Washington. Recuperado de <http://bit.ly/1TjkBb4>.

2012 *Guía legislativa para la aplicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, 2.ª ed., Viena: julio del 2012. Recuperado de <http://bit.ly/1pOUSiU>.

WEBB. Philippa

2005 "The United Nations Convention Against Corruption: Global Achievement or Missed Opportunity?", en *Journal of International Economic Law*, vol. 8, N.º 1, London.

WORLD BANK (WB)

2004 *The Costs of Corruption*. Recuperado de <http://bit.ly/1dgKWRX>.

ZAPICO BARBEITO, Mónica

2009 *El crimen de agresión y la Corte Penal Internacional*, Milán. Recuperado de <http://bit.ly/1O0tiVZ>.

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: ANÁLISIS DEL INJUSTO TÍPICO DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE COMO BASE PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY N.º 30077

Ingrid Díaz Castillo

SUMARIO: I. Introducción. II. Crimen organizado y contrataciones públicas: Su combate a través de los delitos de colusión y negociación incompatible. III. Cuestiones preliminares: El bien jurídico protegido en los delitos de colusión y negociación incompatible y su legitimidad como tipos de peligro abstracto. IV. El injusto típico del delito de colusión. 1. Contenido y alcances de la concertación. 2. La defraudación. 3. La configuración del delito de colusión. V. El injusto típico del delito de negociación incompatible. 1. El interés indebido como núcleo de la conducta. 2. La forma del interés: directa, indirecta o por acto simulado. 3. La configuración del delito de negociación incompatible. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La Criminalidad Organizada comprende a las agrupaciones o asociaciones delincuenciales que de manera permanente o con cierta temporalidad, establecen una estructura funcional con el fin de cometer delitos graves en diversos ámbitos[1].

1 El concepto de criminalidad organizada es bastante diverso y sigue siendo materia de discusión, por ello hemos elegido una definición que condensa las que consideramos sus características básicas. Al respecto, ver, entre otros, ANARTE BORRALLO, Enrique, "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y Enrique ANARTE BORRALLO, (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 13-27; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y Enrique ANARTE BORRALLO, (eds.), *Delincuencia organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, pp. 205-210; SÁNCHEZ VELARDE, Pablo, "Criminalidad organizada y procedimiento penal: La colaboración eficaz", en *La reforma del proceso penal peruano*, Friburgo: Anuario de Derecho Penal, 2004, p. 238; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson, 2005, pp. 27-42; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada*, Lima: Idemsa, 2006, pp. 29-50.

Entre estos se encuentra el ciclo de la contratación pública, que debido a las altas sumas de dinero que involucra en la adquisición de bienes y servicios como en la ejecución de obras, ha propiciado la decidida intervención del crimen organizado a través de asociaciones que comprenden a funcionarios públicos, lobistas, particulares, entre otros.

Lo anterior les ha permitido direccionar los procesos de contratación desde la etapa preparatoria del contrato, pasando por la de selección y ejecución. Pero peor aún, se han valido de la experticia de sus equipos para encubrir legalmente los favorecimientos indebidos. Con ello, se ha distorsionado —sino anulado— el rol prestacional de la Administración pública y se ha perjudicado a los ciudadanos, como beneficiarios de esta.

Para afrontar el problema, el Estado peruano ha publicado la Ley N.º 30077 que establece reglas y procedimientos especiales para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales, comprendiendo entre estos, a los Delitos contra la Administración pública que inciden en los procesos de contratación estatal: la colusión y la negociación incompatible.

Sin embargo, la aplicación de estas medidas dependerá de la determinación —por lo menos preliminar— del injusto típico de estos delitos, asunto que ha traído no pocos inconvenientes en nuestro medio. Por ello, el presente artículo se centrará sobretodo en su análisis y buscará otorgar criterios que permitan su determinación.

II. CRIMEN ORGANIZADO Y CONTRATACIONES PÚBLICAS: SU COMBATE A TRAVÉS DE LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las contrataciones públicas constituyen el espacio gubernamental más vulnerable a la corrupción. Ello se debe básicamente a dos factores: la gran cantidad de dinero que estas comprenden y la interacción que permiten entre el sector público y privado[2].

Transparencia Internacional estima que anualmente desaparecen alrededor de dos billones de dólares de los presupuestos para la adquisición de bienes, obras y servicios de los estados, existiendo así pocos ejemplos de corrupción

2 ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT, *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*, París: OECD Publishing, 2007, pp. 9 y 10.

que causen tanto daño al erario estatal y que perjudiquen con tal gravedad los intereses públicos[3].

Ciertamente, la corrupción en la contratación pública distorsiona la competencia, reduce la calidad, sostenibilidad y seguridad de los proyectos públicos y reduce también la probabilidad de que los bienes, servicios u obras satisfagan realmente las necesidades de la sociedad[4].

De ese modo, a pesar que la contratación es el instrumento estatal llamado a asegurar la gestión eficiente de los servicios públicos, dicha labor se ve obstaculizada sino impedida, por intereses particulares ajenos a una actividad prestacional basada en los principios de legalidad, imparcialidad y eficacia.

Frente a la gravedad del problema se han planteado dos enfoques de lucha: "uno concentrado en el combate de actos de corrupción realizados y otro concentrado en acciones preventivas de los posibles actos de corrupción que se puedan cometer"[5].

Entre las primeras medidas se encuentra la intervención del Derecho Penal a partir de la tipificación de conductas directamente vinculadas con las contrataciones. El Código penal colombiano del 2000, por ejemplo, reconoció la necesidad de establecer un capítulo especial para los delitos contra la Administración pública cometidos en el marco de contrataciones estatales, situación que

---

3 KÜHN, Susanne y Laura SHERMAN, *Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide,* Berlin: Transparency International, 2014, p. 8. Traducción nuestra.

4 *Loc. cit.*

5 COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN, *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016,* Lima: CAN, 2013, p. 15. Conviene señalar que de acuerdo al United Nations Handbook on Practical Anticorruption Measures for Prosecutors and Investigators se ha establecido una tipología sobre la corrupción que distingue la *gran corrupción* de la *pequeña corrupción*. Mientras la primera implica grandes abusos de poder en las altas esferas del gobierno; la segunda involucra pequeñas sumas de dinero a cambio de favores en puntos específicos de la estructura del Estado. A partir de esta distinción, se ha sostenido que la gran corrupción requiere sobre todo de un enfoque de combate; mientras la pequeña corrupción necesita básicamente de un enfoque de prevención. Nosotros hemos hecho alusión a ambos enfoques porque en los procesos de contratación existe gran y pequeña corrupción, pero además, como bien señala el Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016: "el enfoque de combate contra la corrupción tiende a concentrarse sobre la gran corrupción (lo que no quiere decir que no haya enfoques preventivos respecto de la gran corrupción o enfoques de combate respecto de la pequeña corrupción); se trata de concentraciones de enfoques, sin exclusión de medidas combinadas. Por ello, en este trabajo se abarcan los dos tipos de enfoque.

permitió la aprobación del Título XV del Capítulo IV de este cuerpo normativo "De la celebración indebida de contratos".

Situación similar sucedió en Brasil. Mediante Ley N.º 8.666/93 que regula las licitaciones y los contratos de la Administración pública, se ha creado la figura de la *advocacia administrativa nos crimes licitatórios*. De acuerdo al artículo 91 de la referida norma, se sanciona con una pena de prisión de entre seis meses a dos años y una multa, la conducta de patrocinar, directa o indirectamente, intereses privados ante la Administración dando motivo a una oferta de licitación o a la celebración de un contrato.

El Código Penal peruano, por su parte, ha recogido los delitos de colusión y negociación incompatible con una redacción similar a la española y chilena en el primer caso, y a la argentina y colombiana, en el segundo. De esta manera, el legislador peruano pretende sancionar el acuerdo ilícito entre funcionarios y particulares, como el interés del funcionario para beneficiar a privados.

Sin embargo, la ausencia de criterios uniformes sobre el bien jurídico que protegen como acerca de su configuración como delitos de peligro abstracto ha traído muchos problemas al momento de su aplicación. En adelante, expondremos nuestra posición sobre los puntos mencionados con el objeto de analizar el injusto típico de ambos delitos. Estos servirán al operador de justicia para aplicar las medidas comprendidas en el Ley N.º 30077.

III. CUESTIONES PRELIMINARES: EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO EN LOS DELITOS DE COLUSIÓN Y NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE Y SU LEGITIMIDAD COMO TIPOS DE PELIGRO ABSTRACTO

Sobre el bien jurídico protegido por los delitos de colusión y negociación incompatible se ha dicho mucho. Podríamos comenzar por las posiciones que encuentran su fundamento en la infracción del deber más que en la protección de "realidades o fines necesarios para la vida social"[6].

Según esta tesis, "no es la infracción al rol general, común a todos los ciudadanos, la que sustenta la sanción penal, sino la inobservancia de un deber específico que vincula al funcionario público con los fines estatales"[7]. Por tanto,

6 ROXIN, Claus, "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?", en HEFENDHEL, Roland, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 448.

7 GARCÍA CAVERO, Percy, "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal", en GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley, 2008, p. 22.

el incumplimiento de la norma que establece el deber posee la entidad suficiente para calificar los acuerdos o favorecimientos como delitos.

Esta posición, sin embargo, no será asumida en el presente texto. En realidad, coincidimos con Demetrio en que "la infracción del deber es un criterio meramente formal que nada dice sobre el contenido de la prohibición, y que carece por tanto de cualquier capacidad limitadora a la potestad punitiva del Estado"[8].

Nos centraremos por ello, en las posiciones que identifican un sustento material. La más extendida considera que "el bien jurídico protegido con carácter general o categorial en los delitos contra la Administración pública, es el correcto funcionamiento de la Administración en su vertiente objetiva de servicio público"[9], vale decir, en la relación Administración-ciudadano.

Esta posición consolidada en los Códigos Penales de diversos países, ha sido cuestionada por presentar un concepto muy amplio que no permite la determinación del contenido de los tipos, situación que ha propiciado la identificación de bienes jurídicos de una dimensión más concreta.

En ese contexto se encuentra la "confianza de la generalidad en el correcto funcionamiento de la Administración pública", tesis rebatida por cuanto "una correcta manipulación informativa puede buscar y conseguir una desconfianza colectiva totalmente infundada"[10] o la creencia de un manejo adecuado inexistente.

Está también el "prestigio y decoro de la Administración pública", posición que se descarta por "poner el acento en la propia actividad del Estado, sin tener en cuenta que lo relevante a efectos penales es considerar a la Administración, la actividad y funciones que desempeña como un ente prestacional"[11].

Con estas objeciones, se ha sostenido que el correcto funcionamiento de la Administración pública se constituye en bien jurídico genérico conformado

---

8 Demetrio Crespo, Eduardo, "Corrupción y delitos contra la Administración pública", en Fabián Caparrós, Eduardo (coord.), *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca: Ratio Legis, 2000, p. 70.

9 Mir Puig, Carlos, *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch, 2000, p. 19. En el mismo sentido, García Arán, Mercedes , "Los delitos de tráfico de influencia en el Código penal de 1995", en Muñoz Conde, Francisco (coord.), *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Sevilla: Junta de Andalucía, 1997, p. 91.

10 Vizueta Fernández, Jorge, *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Málaga: Comares, 2003, p. 209.

11 Olaizola Nogales, Inés, *El delito de cohecho*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 84.

por diversos bienes jurídicos específicos (también denominados "objetos del bien jurídico directamente atacados"[12]) que deberán ser identificados en cada tipo penal en particular.[13]

Lo anterior ha partido de entender que la Administración pública es un concepto multidimensional que abarca una serie de intereses, tales como: la regularidad (continuidad) y desenvolvimiento normal del ejercicio de la función pública, el prestigio y dignidad de la función, el correcto uso del patrimonio público, la probidad en el desempeño funcional de los funcionarios y servidores públicos, la objetividad e imparcialidad en los procedimientos y decisiones, etc.[14]

Sin embargo, discrepamos de la tesis de los bienes jurídicos intermedios por cuanto el bien jurídico institucional, mediato o inmaterial resulta ser mera *ratio legis* del ilícito, es decir, se constituye en la finalidad o razón por la cual el legislador criminaliza determinada conducta. Así, desde el análisis propio de la antijuridicidad el correcto funcionamiento de la Administración pública no se constituiría en bien jurídico.

En realidad, puede prescindirse del recurso a los bienes jurídicos intermedios si el bien jurídico colectivo es definido a partir de su funcionalidad al sistema democrático, en otras palabras, si es dotado de contenido. En esa medida, comprendiendo que la Administración pública debe contribuir al efectivo ejercicio de los derechos de los ciudadanos, su legitimidad depende de su sometimiento al Derecho con imparcialidad y eficacia, pues solo mediante un funcionamiento como el referido, esta se constituirá en institución decisiva para la convivencia pacífica dentro del propio dinamismo social[15].

---

12 Dicha precisión es realizada por ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código Penal peruano*, Lima: Palestra, 2003, p. 18.

13 Son de este parecer en la doctrina peruana: SALINAS SICCHA, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Grijley, 2014, p. 5; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Grijley, 2007, p. 10; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, ob. cit., p. 18; REYNA ALFARO, Luis, "El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública", en REYNA ALFARO, Luis (edit.), *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Jurista, 2009, pp. 257-259.

14 ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 16. En opinión similar, REYNA ALFARO, Luis, "El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública", en REYNA ALFARO, Luis (edit.), *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 253.

15 ASÚA BATARRITA, Adela, "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración, cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria", e ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao: Instituto Vasco de Administración pública, 1997, pp. 13 y ss.

La elección de los principios de legalidad, imparcialidad y eficacia como elementos sustanciales del bien jurídico que le dotan de contenido y se constituyen en pilares de su función prestacional, se ha derivado del análisis de la Ley N.º 27444[16], las sentencias del Tribunal Constitucional[17], la doctrina y la propuesta del artículo 86 del proyecto de reforma constitucional del 2002[18].

La lectura conjunta de estos instrumentos permite determinar que entre los muchos principios reconocidos o enunciados, los elegidos dotan de sustantividad al bien jurídico y en buena medida, engloban al resto de principios. En esa medida, resulta evidente que el correcto funcionamiento de la Administración pública dependerá de que los funcionarios realicen solo aquellas conductas permitidas por la ley[19] y que tengan como objeto el interés común.

A su vez, el respeto al principio de imparcialidad impedirá la realización de conductas arbitrarias, no permitiéndose "decisiones caprichosas, vagas e infundadas desde la perspectiva jurídica; decisiones despóticas, tiránicas o carentes de toda fuente de legitimidad; como todo lo que resulte contrario a los principios de razonabilidad y proporcionalidad jurídica"[20].

La importancia del principio de eficacia se sustenta en una premisa básica para el funcionamiento correcto de la Administración pública: "las decisiones tomadas por la Administración consisten en una específica actitud de esta para obrar en cumplimiento de sus fines y una exigencia asimismo específica de la realización efectiva de estos, es decir, de producción de resultados efectivos"[21].

A partir de este razonamiento, el correcto funcionamiento de la Administración pública dependerá de que toda actuación respete los principios de legalidad,

16 Artículo I y IV del Título Preliminar.

17 Tribunal Constitucional, *Sentencia N.º 00008-2005-AI/TC Lima*, Lima: 12 de agosto del 2015. Recuperado de <http://bit.ly/1YWxCvj>; Tribunal Constitucional, *Sentencia N.º 00090-2004-AA/TC Arequipa*, Lima: 5 de julio del 2004. Recuperado de <http://bit.ly/1SPEhWA>; Tribunal Constitucional, *Sentencia N.º 3741-2004-AA/TC Lima*, Lima: 14 de noviembre del 2005. Recuperado de <http://bit.ly/1QFMqbu >.

18 Artículo 86. La Administración pública se encuentra al servicio de la ciudadanía. Garantiza que la gestión del Estado sirva para la protección de los intereses generales y del Estado de derecho. Se encuentra en permanente proceso de modernización. Actúa siguiendo los principios de eficacia, celeridad, legalidad, objetividad, especialidad, simplicidad, transparencia y gestión por resultados.

19 Morón Urbina, Juan Carlos, *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General,* Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 60.

20 Tribunal Constitucional, *Expediente N.º 00090-2004-AA/TC*, cit.

21 Castro Cuenca, Carlos, *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Salamanca: Ratio Legis, 2009, p. 71.

imparcialidad y eficacia, contexto en el cual, el bien podrá ser lesionado o puesto en peligro a través de conductas concretas del agente.

A nuestra consideración, en los delitos de colusión y negociación incompatible se produce una puesta en peligro potencial del correcto funcionamiento de la Administración pública mediante la vulneración del principio de imparcialidad. En ese contexto, la legitimidad del uso de esta técnica no puede ser descartada por cuanto "los delitos de peligro abstracto no tienen por qué ser considerados inconstitucionales en tanto en cuanto se investigue su verdadero desvalor"[22].

Al respecto, conviene recordar que "el desvalor de resultado del hecho reside en la lesión o puesta en peligro del objeto de protección de la acción, mientras que el desvalor de acción lo hace en la forma y modo de su comisión, tanto en las modalidades externas del comportamiento del autor como en las circunstancias que concurren en su persona."[23]

En el caso de los delitos de peligro abstracto, se ha sostenido que no solo carecen de un resultado típico sino también de un resultado jurídico o desvalor de resultado, ya que, "con el requisito de la peligrosidad de la acción lo que se está exigiendo es que exista una posibilidad de perturbación o lo que es lo mismo, una posibilidad de producción de un resultado"[24].

Sin embargo, consideramos que al exigirse "la posibilidad de producción de un resultado peligroso, podría concluirse con Gallas y Torío, que aquí se produce al menos un desvalor potencial de resultado. De este modo, el contenido de injusto de los delitos de peligro abstracto, si bien no sería idéntico al de los tipos de lesión y de peligro concreto, tampoco escaparía a la perspectiva dualista de lo ilícito penal"[25].

En sentido similar se ha pronunciado Laurenzo Copello, para quien "en la medida que los delitos de peligro abstracto no exigen que el bien jurídico entre en contacto con la acción peligrosa, [...] con el requisito de la peligrosidad de la acción lo que se está exigiendo es que exista una posibilidad de perturbación o, lo que es lo mismo, una posibilidad de un resultado"[26].

---

22 ACALÉ SÁNCHEZ, María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada: Comares, 2000, p. 97.

23 JESCHECK, Hans-Heinrich y Tomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares, 2002, p. 257.

24 LAURENZO COPELLO, Patricia, *El resultado en derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 180.

25 *Ibid.*, p. 181.

26 ACALÉ SÁNCHEZ, María, *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, ob. cit., p. 132.

Con estas premisas, el injusto típico de los delitos de colusión y negociación incompatible se adscribe a "un Derecho penal garantista, donde a los fines de protección preventiva se aúnan los fines de garantía; donde a la norma de determinación se aúna una norma de valoración; donde, por tanto, al desvalor de acción debe aunarse un desvalor de resultado"[27].

Queda por señalar que en la agravante del delito de colusión, el patrimonio se constituye en bien jurídico en conjunción con el correcto funcionamiento de la Administración pública. Ello sucede porque la descripción típica de la agravante requiere la lesión específica del patrimonio, como ocurre también en el caso del delito de malversación o peculado.

Conviene señalar que discrepamos de quienes consideran que el patrimonio se constituya en único bien protegido por el delito. Es cierto, como ha señalado Castillo Alva, que los procesos de contratación estatal poseen naturaleza económica[28]; sin embargo, debe recordarse que en todos los delitos contra la Administración pública subyace como elemento esencial la relación entre esta y los ciudadanos. Es decir, el criterio distintivo de estos delitos se constituye a partir del carácter prestacional de la Administración, por lo que esta cualidad no puede descartarse como bien jurídico protegido en contraposición al patrimonio.

Cabe agregar que la ausencia de alusión al patrimonio público, como ocurre en el delito de negociación incompatible, no implica que el delito se encuentra exento de las consecuencias que la protección al mismo acarrea, como la duplicación del plazo de prescripción. En realidad, deberá analizarse si en cada caso concreto el patrimonio representa el objeto material sobre el cual recae la puesta en peligro al bien jurídico correcto funcionamiento de la Administración pública para que las consecuencias de esa vinculación sean aplicadas.

IV. EL INJUSTO TÍPICO DEL DELITO DE COLUSIÓN

Con los conceptos base establecidos, procederemos a analizar en primer término la configuración del injusto típico del delito de colusión. Para ello, comenzaremos revisando los dos elementos esenciales del tipo: la concertación y la defraudación.

---

27 Valle Muñiz, José Manuel, *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, 1994, p. 38.

28 Castillo Alva, José Luis, "Colusión ilegal", en García Cavero, Percy y José Luis Castillo Alva, *El delito de colusión*, ob. cit., pp. 77 y 78.

1. Contenido y alcances de la concertación

El concepto de concertación en la jurisprudencia peruana ha oscilado en torno a su consideración como un "acuerdo ilícito"[29]. Ciertamente, se le ha definido como el "acuerdo clandestino entre dos o más agentes para lograr un fin ilícito con perjuicio de un tercero"[30] y en sentido similar, se le ha considerado un pacto "subrepticio y no permitido por la ley, lo que implica alejarse de la defensa de los intereses públicos que le están encomendados y de los principios que informan la actuación administrativa"[31].

Al mismo tiempo, una noción un poco más normativa considera que "cuando se hace alusión a una concertación anclamos en un concepto privativo de la codelincuencia, cuando dos o más personas pactan realizar un acto antijurídico, dirigido a lesionar o poner en peligro un bien jurídico penalmente tutelado"[32]. Por su parte, sobre la forma en que se materializa dicho acuerdo colusorio, alguna sentencia ha sostenido que requiere la realización de maniobras de engaño[33].

---

29 Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Nulidad N.º 508-2007*, Lima: 11 de abril del 2008", en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 73

30 Corte Suprema de Justicia, *Expediente N.º 27-2004*, Lima: 1 de octubre del 2004, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 71.

31 Corte Suprema de Justicia, *Expediente N.º 20-2003-AV*, Lima: 18 de octubre del 2005, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 71. En el mismo sentido, Sexta Sala especializada en lo Penal para Procesos con reos libres. *Expediente N.º 34432-2010-17*, Lima: 22 de julio de 2013, Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Nulidad N.º 1296-2007*, Lima: 12 de diciembre de 2007, Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Nulidad N.º 215-2011*, Lima: 6 de marzo de 2012, Corte Suprema de Justicia. *Recurso de Nulidad N.º 1105-2011*, Lima: 22 de agosto de 2012, Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Nulidad N.º 1114-2011*, Lima: 9 de mayo del 2012, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit.,pp. 71-73.

32 Segundo Juzgado Unipersonal, *Expediente N.º 054-2011*, Resolución N.º 2, Lima: 15 de agosto del 2012, en Castañeda Otsu, Susana (coord.), *Nuevo proceso penal contra la Administración pública*, Lima: Jurista, 2014, pp. 444 y 445.

33 Corte Suprema de Justicia, *Expediente N.º 1480-2003*, Lima: 22 de julio del 2004; Corte Suprema de Justicia, *Expediente N.º 1402-2002*, Lima: 04 de julio del 2002; Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Nulidad N.º 334-2009*, Lima: 16 de junio del 2009; Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Nulidad N.º 1342-2006*, Lima: 10 de octubre del 2007, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., pp. 73-78.

En ese contexto, el referido acuerdo ilícito o antijurídico se fundamentaría en el incumplimiento de deberes encomendados al funcionario, en la búsqueda de un fin distinto al público o en la vulneración de un bien jurídico que podría ser el patrimonio público, el correcto funcionamiento de la Administración pública, la fidelidad del funcionario para con la Administración u otro.

Además de ello, las sentencias revisadas parecen requerir ciertas características para que el acuerdo sea típico, entre ellas, que se trate de un pacto subrepticio, oculto o clandestino y que implique maniobras de engaño.

En la doctrina nacional, por su parte, se reconoce que la concertación requerida por el tipo implica un pacto ilícito. Dicha característica se deriva del perjuicio a los intereses estatales perseguido por el funcionario público y el particular[34].

Autores como García Cavero, sin embargo, no hacen referencia a la ilicitud del acuerdo, pero como en la posición citada, consideran que la concertación propia del delito de colusión sanciona "toda negociación entre las partes (el Estado y los particulares) de manera tal que las condiciones de contratación se establecen deliberadamente para beneficiar a los particulares en detrimento de los intereses del Estado"[35].

A su vez, algún sector de la doctrina considera que la concertación debe realizarse subrepticiamente y a través de maniobras de engaño[36]. Sobre este último punto, algunos autores consideran que no puede requerirse el engaño porque el tipo penal peruano, a diferencia del español, no hace alusión al uso de un artificio distinto a la concertación[37]. Desde otra óptica, Castillo Alva cuestiona la necesidad de este elemento, pues considera que dicha posición

34 Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 414; Abanto Vásquez, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, ob. cit., p. 310.

35 García Cavero, Percy, "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal", en García Cavero, Percy y José Luis Castillo Alva, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 38. En el mismo sentido, Marca Romero, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 26, Lima: Gaceta Jurídica, 2011, p. 29.

36 Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 414; Abanto Vásquez, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, ob. cit., pp. 310-312; Alcócer Povis, Eduardo, "El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿Elementos del tipo penal?", en *Estudio Oré Guardia*, Lima, pp. 1-4, recuperado de <http://bit.ly/1Uw0ewd>.

37 Marca Romero, Elmer, "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión", art. cit., p. 29.

confunde la realización de negociaciones contra los intereses estatales con la ejecución de un acto engañoso[38].

Con este panorama conviene poner en orden algunas ideas. En primer término, la concertación requerida por el artículo 384 del Código Penal peruano sanciona, sin duda, al acuerdo entre el funcionario público y el particular siempre que se realice para defraudar al Estado.

En ese marco, el acuerdo debe tener cierta entidad para defraudar los intereses públicos, es decir, debe encerrar la posibilidad de lesionar a los mismos. Ese peligro está representado por la concertación cuyo entendimiento como acuerdo entre las partes, debe leerse además en clave de lo que busca proteger el delito, es decir, el bien jurídico.

En esa medida, partiendo de que el bien jurídico protegido por el delito de colusión (simple y agravado) es el correcto funcionamiento de la Administración pública, estableciéndose la vulneración del principio de imparcialidad como elemento esencial de su contenido; consideramos que la concertación que pone en peligro el bien jurídico es el pacto parcializado del funcionario a favor de los intereses del particular. De ese modo, más que de una concertación ilícita debe hablarse de una concertación parcializada en contra de los intereses de la Administración.

Esta concertación no debe ser realizada necesariamente en la clandestinidad, pues, como ha apuntado una reciente sentencia, esta puede ser "conocida o pública dentro de la entidad estatal o el circuito económico"[39]. En cuanto a que la concertación requiere maniobras de engaño, queda claro que dicho requerimiento no se deriva de la descripción típica del delito, como sí sucede en el caso del Código Penal español.

En realidad, lo importante de la concertación típica de la colusión es que a través de ella se persiga defraudar al Estado o se le defraude patrimonialmente, en el caso de la agravante del tipo.

2. La defraudación

Sobre el concepto de defraudación se han ofrecido por lo menos dos líneas argumentativas en la jurisprudencia peruana. Por una parte, se le ha entendido como perjuicio patrimonial o de otra índole en contra del Estado, considerándolo su componente material intrínseco[40].

38 CASTILLO ALVA, José Luis, "Colusión ilegal", art. cit., p. 112.

39 SALA PENAL DE APELACIONES DE LIMA, *Expediente N.º 185-2011*, Lima: 11 de abril del 2013.

40 "Ejecutoria Suprema. Expediente 1402-2002", en ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, art. cit., p. 416.

En ese marco, la defraudación implica "[...] un perjuicio a los intereses estatales, que en la mayoría de los casos se concreta en su sentido patrimonial, pero también se concreta cuando un perjuicio se da con relación a las expectativas de mejoras, de ventajas, entre otras"[41].

Por otra parte, se ha sostenido que la defraudación implica —en realidad— el quebrantamiento de la función o el deber encomendado al funcionario y por tanto, la violación del principio de confianza en él depositada[42]. De lo anterior, según un sector de la jurisprudencia, se deriva "el consiguiente engaño al interés público, al asumir roles incompatibles y contrarios a las expectativas e interés patrimoniales del Estado"[43].

Como puede observarse, el concepto de defraudación en el ámbito jurisprudencial ha partido de identificar como bien jurídico protegido al patrimonio estatal o al incumplimiento de deberes funcionales reflejado en el quebrantamiento de la confianza otorgada por el Estado.

En el plano doctrinal, el contenido atribuido a la defraudación se ha centrado en el aspecto patrimonial del delito. De ese modo, para HUGO ÁLVAREZ, CASTILLO ALVA, ROJAS VARGAS, GARCÍA CAVERO y ABANTO VÁSQUEZ, la defraudación hace referencia al perjuicio económico real o potencial del Estado[44].

A partir de lo anterior, conviene partir señalando que la especial protección al patrimonio gestionado por la entidad pública en el segundo párrafo del artículo 384 del Código Penal, en modo alguno implica que se olvide la puesta en peligro al correcto funcionamiento de la Administración pública.

---

41 *Ibid.*, p. 416.

42 CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *"Expediente N.° 27-2003-AV*, Lima: 22 de setiembre del 2011", en GUIMARAY MORI, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., pp. 75 y 76. En el mismo sentido, "Recurso de Nulidad N.° 2472-2006", en GUIMARAY MORI, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., pp. 79 y 80.

43 *Ibid.*, pp. 75 y 76. En el mismo sentido, "Recurso de Nulidad N.° 2472-2006. Resolución N.° 2 del Expediente N.° 054-2011, Sentencia del Segundo Juzgado Unipersonal del 15 de agosto de 2012" en CASTAÑEDA OTSU, Susana, "Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada", en CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), *Nuevo proceso penal contra la Administración pública*, ob. cit., p. 445.

44 HUGO ÁLVAREZ, Jorge, *Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración pública: Análisis sistemático de los tipos delictivos*, Lima: Gaceta jurídica, 2000, p. 80; GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 141; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 412; "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal", en GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, ob. cit., p. 48; ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, ob. cit., p. 313.

De ese modo, si bien la protección del patrimonio público resulta importante no es este únicamente o en todos los casos el bien jurídico protegido por el delito de colusión pues como todo delito contra la Administración pública, su criterio distintivo se constituye a partir del carácter prestacional de la Administración.

Respecto al entendimiento de la defraudación como el incumplimiento de los deberes encomendados a los trabajadores del estado, cabe recordar que la infracción del deber como fundamento de la sanción penal es, como hemos explicado, una noción demasiado amplia ya que cualquier mínimo incumplimiento puede ser considerado delito, lo que sin duda, vulnera el principio de intervención mínima del derecho penal.

Por estas razones, consideramos que partiendo de nuestra definición de bien jurídico protegido en el tipo de colusión, debe entenderse por defraudación la lesión al correcto funcionamiento de la Administración pública. Dicha lesión no es requerida por el tipo; sin embargo —como explicaremos en el siguiente punto—, se pone en peligro potencial a través de uno de sus elementos esenciales: el principio de imparcialidad.

3. La configuración del delito de colusión

El tipo base del artículo 384 del Código Penal peruano describe dos actos: en el primero, el funcionario se concierta con los interesados y, producto de dicha concertación, se persigue el segundo acto: la defraudación al Estado.

La descripción hecha por el legislador nos presenta un tipo penal portador de un elemento subjetivo adicional, representado por el fin de defraudar. Como ha señalado alguna sentencia, "este delito consiste básicamente en el comportamiento del funcionario o servidor público —que intervenga por razón de su cargo o comisión especial— orientado a la producción de un menoscabo en la gestión pública"[45].

De ese modo, se trata de un delito mutilado de dos actos en el que la intención del autor al ejecutar la acción típica se dirige a realizar otra actividad posterior del mismo sujeto, pero que no debe verificarse para determinar la realización del delito[46].

45 Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Nulidad N.º 1318-2012*, Lima: 29 de agosto del 2012, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 78.

46 Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor, 2008, p. 226.

Esta construcción permite determinar que el tipo base de colusión plantea un delito de peligro abstracto en el que se sanciona la vulneración al principio de imparcialidad que pone en riesgo potencial el correcto funcionamiento de la Administración pública. En ese sentido, alguna sentencia ha señalado que "la concertación constituye la fuente generadora de riesgo y la única conducta incriminada apta para provocar un perjuicio"[47].

Esto no significa que el análisis para determinar la relevancia penal de la conducta requiera únicamente de la existencia de una concertación, sino que esta debe tener la capacidad de poner en riesgo al funcionamiento de la Administración. En ese contexto, será necesario que analicemos los hechos a partir de los criterios de la imputación objetiva.

Ciertamente, "si se entiende correctamente a la imputación objetiva como la teoría que permite establecer lo que para el Derecho penal es una conducta lesiva de los intereses sociales, es decir, como el núcleo de la acción penalmente relevante, de la cual forma parte no solo un resultado, sino, además, el imprescindible aspecto de la creación de un riesgo jurídicamente desaprobado, resulta innegable que la imputación objetiva no debe quedar reducida a los denominados delitos de lesión"[48].

Debido a que el tipo base de colusión es un delito de peligro abstracto y también de mera actividad, pues no exige un resultado separado espacio temporalmente distinto a la concertación, el análisis de imputación objetivo se centrará en la creación de un riesgo prohibido, situación que permitirá determinar el desvalor de la acción y el potencial desvalor de resultado.

En esa medida, el injusto del tipo base requerirá un acuerdo parcializado del funcionario a favor de los intereses del particular que se oriente a defraudar al Estado. Esta conducta vulnerará el principio de imparcialidad y con la realización del resto de elementos típicos del delito, entre los que destaca el elemento subjetivo adicional, se colocará en peligro potencial al correcto funcionamiento de la Administración pública.

---

47 *Resolución N.º 2 del Expediente N.º 054-2011*, sentencia del Segundo Juzgado Unipersonal, Lima: 15 de agosto del 2012, en CASTAÑEDA OTSU, Susana, "Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada", en CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), *Nuevo proceso penal contra la Administración pública,* ob. cit., pp. 444 y 445. Si bien la resolución hace referencia solo al perjuicio patrimonial, consideramos que la idea de la concertación como fuente de riesgo del perjuicio, es trasladable a nuestra posición.

48 REYES ALVARADO, Yesid, "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1992, p. 965.

En el caso de la agravante, el injusto requerirá la determinación de la puesta en peligro potencial del correcto funcionamiento de la Administración pública pero al mismo tiempo, la lesión al patrimonio.

V. EL INJUSTO TÍPICO DEL DELITO DE NEGOCIACIÓN INCOMPATIBLE

Tal como hemos realizado con el delito de colusión, el análisis del injusto típico del delito de negociación incompatible partirá del estudio de sus elementos típicos, luego de lo cual podremos establecer su configuración.

1. El interés indebido como núcleo de la conducta

La conducta central del delito de negociación incompatible, *interesarse indebidamente*, debe ser interpretada o dotada de contenido porque se trata de un término muy amplio para ser aplicado por el derecho penal.

La jurisprudencia peruana ha entendido que esta implica "atañer, concernir, incumbir, comprometer o importar algo"[49]. Asimismo, se ha considerado que el delito sanciona "todo aquel interés que sea distinto al de la Administración pública"[50] y, en una interpretación un poco más restrictiva, alguna sentencia ha considerado que interesarse "conlleva a la gestión de actos que no se corresponden con el rol del funcionario público, ya que participa en los contratos u otras operaciones favoreciendo intereses particulares"[51].

Desde otra perspectiva, interesarse implicaría también "cualquier acto material, que en el contexto de un contrato u otra operación realizada por el Estado, exprese un interés privado supuesto sobre el interés público que le demanda el ejercicio del cargo"[52] al funcionario.

---

49 *Ejecutoria Suprema. Expediente N.º 23-2012*, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 113. En ese sentido, Salinas Siccha, Ramiro, *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 566.

50 Corte Suprema de Justicia, *Recurso de Nulidad N.º 3144-2009*, Lima: 11 de octubre del 2010, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 114.

51 Sala Penal de Apelaciones, *Expediente N.º 036-2012*, Lima: 29 de mayo del 2012, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 114.

52 Primera Sala Penal Liquidadora, *Expediente N.º 30-2010*, Lima: 7 de noviembre del 2011, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 114.

En la doctrina nacional, un sector ha entendido que interesarse indebidamente se refiere al provecho o utilidad en el marco de las funciones propias del cargo público orientadas a finalidades no funcionales[53]; mientras para otros implica "importar, tomar parte o empeño en los negocios o intereses ajenos, como si fuesen propios, siendo que la punición de la conducta no se supedita a que se alcance y se obtenga el interés que se promueve"[54].

A partir de lo anterior, nos parece que el contenido del verbo rector del delito no ha sido definido con exactitud y no ha seguido un criterio único. Por ello, consideramos que la interpretación de la conducta debe partir de un debate realizado en el ordenamiento jurídico colombiano.

El artículo 409 del Código Penal de Colombia sanciona al "servidor público que se interese en provecho propio o de un tercero, en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir por razón de su cargo o de sus funciones". A propósito del verbo rector de la conducta prohibida, la Corte Constitucional de este país analizó la constitucionalidad del tipo penal, pues a decir de algunos, parecía que el delito sancionaba la actitud interna del agente más no la exteriorización de esta.

A partir de ello, se planteó que el tipo incurría en un supuesto de derecho penal de autor, situación que contraviene los alcances del principio de culpabilidad en un Estado democrático y que determina, sin duda, la inconstitucionalidad del tipo. Ante esta argumentación, sin embargo, la sentencia C-128 del 2003 de la Corte Constitucional consideró que el delito "no sanciona los pensamientos no exteriorizados del servidor, sino el interés que este muestra con sus actuaciones en provecho propio o de un tercero dejando de lado el interés general que corresponde asegurar a la administración en el proceso contractual en el que se interviene"[55].

---

53 Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 820

54 Castillo Alva, José Luis, "Negociación incompatible", en Reyna Alfaro, Luis (edit.), *Delitos contra la Administración pública*, ob. cit., p. 591. En sentido similar, Hugo Álvarez, Jorge, *Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración pública: Análisis sistemático de los tipos delictivos*, p. 182.

55 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-128*/03, Bogotá: 18 de febrero del 2003. Recuperado de <http://bit.ly/1JX5ZOc>. Conviene revisar sobre la discusión surgida en Colombia acerca del Delito de Negociaciones Prohibidas: Córdoba Palacios, Franklin, *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, Trabajo de Grado para optar el título de Magister en Derecho Penal Modalidad: Profundización, Medellín, 2013, p. 21. Recuperado de <http://bit.ly/1SZCSzY>.

De esa manera, orientando el sentido del término *se interesa* y dotándolo de contenido, la Corte dictaminó que el delito constituye "la respuesta que el ordenamiento penal contiene para enfrentar la intencionalidad desviada, o si se quiere, la desviación de poder con la que actúa un servidor que se interesa en provecho propio o de un tercero en cualquier clase de contrato u operación en que deba intervenir en razón de su cargo o sus funciones"[56].

A partir de estas afirmaciones, debemos enfatizar como se ha hecho en Colombia, que una interpretación conforme a la Constitución nos debe llevar a concluir que el delito de negociación incompatible no sanciona el interés del funcionario como mero deseo o intención interna, sino que requiere de conductas objetivas que lo exterioricen en la realidad. Con ello, queda claro un primer punto de nuestro análisis: cuando el tipo centra la sanción en el *interesarse indebidamente,* está requiriendo la realización de actos que denoten ese interés indebido.

Con esta idea, entonces, podemos pasar a un segundo momento en el que cabe preguntarse qué tipo de actos estarían comprendidos en el delito, o mejor, qué actos denotan un interés indebido en el marco de contratos u operaciones públicas.

Al respecto, conviene señalar que en un famoso texto de 1986, SANCINETTI propuso una interpretación dinámica del artículo 265 entonces vigente en el Código de la nación argentina, guiada por la experiencia de los tribunales italianos. En ese marco, el autor entendió que *interesarse en un contrato u operación* implica "tomar injerencia en las tratativas, condicionando interesadamente la voluntad negocial de la Administración pública"[57].

Siguiendo esta posición, COLOMBO y HONISCH han sostenido recientemente que "un funcionario público actúa interesadamente cuando condiciona la voluntad negocial de la administración por la inserción del interés particular"[58]. A partir de ello, han sostenido que lo relevante para el delito consiste en "el desvío de poder que ejerce el funcionario en desmedro del necesario interés unilateral que debe arrimar toda actuación de un órgano estatal, procediendo con tendencia beneficiante"[59].

---

56 CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA, *Sentencia C-128*/03, Bogotá: 18 de febrero del 2003. Recuperado de <http://bit.ly/1JX5ZOc>.

57 SANCINETTI, Marcelo, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid, 1986, p. 880.

58 COLOMBO, Marcelo y Paula HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2012, p. 151.

59 *Ibid.*, p. 152.

Por su parte, para la autora argentina Florencia HEGGLIN "la acción típica de interesarse consiste en un actuar interesado del funcionario que ponga en peligro o lesione la imparcialidad de la administración pública y, por ende, el bien y debido desempeño de las funciones de la administración"[60].

Esta interpretación, aunque con matices, es la que seguiremos. En efecto, hemos señalado que el bien jurídico protegido por el delito de negociación Incompatible es el correcto funcionamiento de la Administración pública; sin embargo, entendimos que con la conducta típica dicho bien no llega a ser lesionado sino puesto en peligro potencial, toda vez que se vulnera uno de sus principios fundamentales, el de imparcialidad.

En esa medida, cuando el funcionario se interesa indebidamente en un contrato u operación, se parcializa en favor propio o de tercero, dejando de lado los intereses del Estado en el proceso de contratación. A través de esta conducta, se pone en peligro potencial de lesión a la Administración pública.

Así las cosas, consideramos que la conducta base del delito de negociación incompatible sanciona el acto o actos del funcionario que exteriorizan un interés parcializado en favor propio o de tercero en el contrato, y que, aunque pueda ser más beneficioso económicamente para la Administración, pone en peligro el funcionamiento de su engranaje porque desconoce uno de sus pilares.

2. La forma del interés: directa, indirecta o por acto simulado

Conviene que analicemos ahora las modalidades en las que puede manifestarse el interés indebido. Sobre este punto, a diferencia del anterior, existe un consenso mayor.

Para la jurisprudencia peruana interesarse de forma directa implica que "el agente público por razón de su cargo funcionarial actúa en los contratos u otras operaciones mostrando un interés propio y particular, ya sea proponiendo, tomando una decisión o teniendo injerencia en todos los actos administrativos necesarios para conseguir los resultados en la contratación, con tendencia a un beneficio propio o a favor de un tercero"[61]. Se trata de aquellos casos en los

60 HEGGLIN, María Florencia, "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal", en MAIER, J. (edit.), *Nueva doctrina penal 2000/A*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000, p. 208.

61 SALA PENAL DE APELACIONES, *"Expediente N.º 183-2011*, Lima: 8 de febrero del 2013", en GUIMARAY MORI, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 115.

que "el funcionario demuestra personalmente que un determinado negocio u operación le interesa"[62].

Por su parte, interesarse de manera indirecta hace referencia a que "el agente (funcionario o servidor público) se vale de un tercero que puede ser un particular o un funcionario público, persona natural o jurídica, mediante el cual orienta su interés indebido"[63].

En la jurisprudencia argentina se abordó este supuesto a partir de un famoso caso conocido como "Alonso"[64]. En esa oportunidad, el Estado argentino contrató de manera directa con la empresa ALTEC a pesar que no reunía las condiciones para prestar el servicio. Debido a ello, la empresa derivó el trabajo a otras dos empresas ICSA y M&W; sin embargo, estas se encontraban relacionadas con personas que trabajaban en la institución pública, motivo por el cual se utilizó a la primera persona jurídica a fin de materializar un interés en favor de los funcionarios encargados del proceso de contratación.

En cuanto al acto simulado, "alude a una forma indirecta de interesarse, pues el agente actúa en la celebración de contratos u operaciones aparentando actuar defendiendo los intereses de la Administración pública cuando en realidad son particulares y personales"[65].

3. La configuración del delito de negociación incompatible

La doctrina peruana ha trabajado el delito de negociación incompatible básicamente como uno de mera actividad. Si bien autores como ROJAS VARGAS han señalado que la negociación incompatible es a todas luces un delito de peligro, han establecido que por ello, se consuma al verificarse el interés particular puesto por el funcionario o servidor público en los contratos u operaciones, no

62 COLOMBO, Marcelo y Paula HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, ob. cit., p. 157.

63 SALA DE APELACIONES, *Expediente N.º 66-2011*, Lima: 31 de enero del 2013, en GUIMARAY MORI, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 115.

64 COLOMBO, Marcelo y Paula HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, ob. cit., p. 158.

65 SALA DE APELACIONES, *Expediente N.º 66-2011*, Lima: 31 de enero del 2013, en GUIMARAY MORI, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 115. En el mismo sentido, SALA PENAL DE APELACIONES, *Expediente N.º 23-2012*, Lima: 15 de octubre del 2013, en GUIMARAY MORI, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., pp. 115 y 116.

requiriéndose que se produzca el provecho económico para el sujeto activo ni el perjuicio para el Estado[66].

Por su parte, en sede jurisprudencial se ha señalado que el delito "se consuma cuando el interés ya no es ajeno sino propio, pero de ello no ha de inferirse que este momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión"[67].

Recientemente, alguna sentencia ha hecho alusión al delito de negociación incompatible como delito de peligro concreto pero no se ha establecido por qué es caracterizado como tal ni qué implica ello. En efecto, la Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de Lima ha señalado que "el delito de negociación incompatible es un delito de peligro concreto y por lo tanto para su consumación no se necesita la producción del resultado perseguido cuando el funcionario se interesa indebidamente, ya que no ha de inferirse que dicho momento coincida con la celebración del contrato, basta que ello ocurra en el curso de la gestión en cualquier etapa de la contratación pública"[68].

En el fondo, la sentencia alude a que se trata de un delito de mera actividad porque no requiere de un resultado típico para su configuración y, como ha hecho la doctrina peruana, centra el análisis en la tipicidad de la conducta pero no ahonda en la necesaria relación que esta entabla con el bien jurídico.

Un análisis similar se ha planteado en Colombia. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha entendido que para la consumación del delito de negociaciones prohibidas "es indiferente que el provecho propio o de un tercero se obtenga, basta comprobar el interés singular con el objetivo de ayudarse a sí mismo o a un tercero"[69].

En el mismo sentido, la Corte Constitucional de Colombia señaló en la sentencia C-128 que "basta el interés entendido como la falta de imparcialidad para intervenir, dado el ánimo de beneficiarse o de beneficiar a un tercero, para que se entienda consumado ese elemento subjetivo del tipo penal"[70].

---

66 Rojas Vargas, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, ob. cit., p. 826.

67 Sala Penal de Apelaciones, *Expediente N.º 36-2012*, Lima: 29 de mayo del 2012, en Guimaray Mori, Erick, *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, ob. cit., p. 116.

68 Sala de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia, *Expediente N.º 92-2011*, Lima: 10 de junio del 2013.

69 Corte Suprema de Justicia de Colombia (ponente: Magistrado Fernando Castro Caballero), *Rad. 34.282. Aprobado Acta N.º 357*, Bogotá: 27 de octubre del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1oh7ixe>.

70 Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-128/03*, Bogotá: 18 de febrero del 2003. Recuperado de <http://bit.ly/1JX5ZOc>.

Con ello, a pesar que desde el pronunciamiento de la Corte Constitucional pareciera apuntarse que el delito contenido en el artículo 409 del Código Penal colombiano fuera de un delito de peligro abstracto, por la consideración del provecho como un elemento subjetivo adicional; en realidad, no se establece —o por lo menos, no con claridad— la relación entre la conducta interesada del funcionario y el bien jurídico protegido.

De esta manera, no se ha ahondado en el injusto típico del delito de interés indebido por cuanto el debate ha establecido que para la configuración del tipo no se requiere más que el interés que debe estar orientado a beneficiar al propio funcionario o a un tercero.

En el caso argentino, parece que la discusión ha partido del análisis de la tipicidad de la conducta; sin embargo, el debate se ha ido acercando a la relación entre esta y el bien jurídico. Efectivamente, comentando las sentencias emitidas por la Cámara Federal en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, la profesora HEGGLIN[71] determinó que de los pocos casos resueltos en esta instancia al año 2000, las Salas I y II mantuvieron como criterio casi unánime que la configuración del delito solo requería la realización de actos que demuestren el interés del funcionario en beneficiar a un tercero en un contrato u operación.

De ese modo, en las causas 6298 "Di Fonzo" del 28-12-1989 de la Sala II, 22.372 "Martínez de Hoz" del 15-11-1990 de la Sala I, "Testimonios de la apelación del dictado de falta de mérito en relación a Félix Alberto Nicolini" del 29-05-1996 de la Sala II, 12.307 "Tedesco Balut y otros" del 16-09-1996 de la Sala II y 28.847 "Lira, Rodolfo" del 04-11-1997 de la Sala II se defendió que el tipo penal no exigía el perjuicio para el Estado ni el lucro del propio autor, siendo suficiente para su configuración la demostración de la inclinación del agente a favor de un tercero en el marco de un contrato u operación.

Sin embargo, en la causa "Sofovich" del 17-09-1993 de la Sala II, el colegiado que anterior y posteriormente a este caso se manifestó contra la necesidad de exigir un resultado típico en el delito de negociación incompatible, sostuvo una posición distinta.

En efecto, a propósito de la denuncia formulada contra el presidente de una empresa pública de televisión, ligado a dos empresas privadas de actividades artísticas que tuvieron una estrecha relación comercial con la primera, revocó

71 HEGGLIN, María Florencia, "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal", en MAIER, J. (edit.), *Nueva doctrina penal 2000/A*, ob. cit., pp. 209-211.

el auto de enjuiciamiento en contra del procesado sosteniendo que no se había acreditado el beneficio al autor ni el perjuicio al Estado.

La base de esta decisión sostuvo que en el delito de negociación incompatible "el funcionario público debe haberse interesado en un contrato o relación, introduciéndose en la voluntad negociadora con la Administración pública, orientando la misma para producir un beneficio tenido en cuenta por el funcionario y que *no se habría producido* si las negociaciones contractuales entre las partes no se hubieran visto afectadas por la mentada injerencia"[72].

Con lo anterior, HEGGLIN consideró que la interpretación realizada por la Sala en el caso Sofovich no era de recibo a partir de la redacción entonces vigente del artículo 265 del Código Penal. Por ello, la autora defendió la posición mayoritaria de la doctrina argentina, unánime en la actualidad a partir de la modificación operada en el tipo.

Según esta posición, "es indudable que la actuación parcial de los órganos administrativos, que define el ámbito de lo injusto de este delito, no se incrementa en modo alguno por el grado de beneficio que el funcionario pueda obtener, ni por el eventual perjuicio administrativo, sino que deviene definitivamente configurada en cuanto el funcionario realiza un acto desviado por la prosecución de un interés espurio"[73].

A partir de ello, autores como COLOMBO y HONISCH han concluido que "la sola actuación imparcial, infiel y no transparente del agente afecta total y acabadamente el objeto de tutela de la norma. La concreción o no de ese interés indebido no califica de más imparcial o menos transparente a la acción que lo buscó"[74].

Con esta última definición, parece que los autores relacionan la conducta con el bien jurídico protegido por el delito de negociación incompatible que la doctrina y jurisprudencia argentina defiende unánimemente, vale decir, "el fiel y debido desempeño de las funciones de la Administración en sentido amplio, de manera que la actuación de los órganos no solo sea plenamente imparcial, sino que se encuentre a cubierto de toda sospecha de parcialidad"[75].

---

72 Citado por HEGGLIN, María Florencia, "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal", en MAIER, J. (edit.), *Nueva doctrina penal 2000/A*, ob. cit., p. 210.

73 SANCINETTI, Marcelo, "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, ob. cit., pp. 880 y 881.

74 COLOMBO, Marcelo y Paula HONISCH, *Delitos en las contrataciones públicas*, ob. cit., p. 148.

75 HEGGLIN, María Florencia, "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal", en MAIER, J. (edit.), *Nueva doctrina penal 2000/A*, ob. cit., p. 205.

Con la revisión realizada, podemos concluir que la configuración del delito de negociación incompatible requiere que el acto interesado del funcionario o servidor público vulnere el principio de imparcialidad, situación que pondrá en riesgo potencial al correcto funcionamiento de la Administración pública.

Al respecto, sin embargo, debemos agregar otros elementos de análisis que quizás no han sido especificados en el caso argentino. Ciertamente, no puede sostenerse que toda conducta interesada del funcionario público necesariamente poseerá la entidad para colocar en peligro potencial al bien jurídico.

Si ello fuera así, no existiría diferencia alguna con las infracciones administrativas. Por ello, la determinación de la puesta en peligro relevante para el derecho penal requerirá la comprobación de que la conducta parcializada del funcionario no sea una mera infracción a la prescripción de la norma, sino que deberá cumplir con el resto de elementos típicos descritos por el delito. En el caso de la negociación incompatible, pueden citarse el dolo y el elemento subjetivo adicional: la búsqueda del provecho propio o de tercero.

A mayor abundamiento, García-Cobián enfatiza que el análisis para distinguir una infracción administrativa de un delito, debe comprender entre otras cosas: la gravedad de los hechos; la realización dolosa de la conducta y cuando sea requerido, la presencia de un elemento de tendencia interna trascendente; la ausencia de una causa de justificación penal o la adecuación social de la conducta.

Estos son los filtros que determinarán la existencia de un injusto típico de negociación incompatible. En esa medida, no compartimos posiciones como las de Abanto, quien considera que el delito solo podrá configurarse cuando se haya favorecido efectivamente los intereses propios o de terceros[76]. Ciertamente, el autor considera que para determinar la relevancia penal "no debe bastar una mera infracción del deber de abstención del funcionario público; su conducta debe ser idónea para perjudicar a la Administración pública"[77].

En realidad la idoneidad que proponemos no pasa por exigir un resultado, pues consideramos que este fundamentará una pena mayor pero no implica que las acciones realizadas a fin de obtener el provecho propio o de tercero sean menos imparciales que aquellas que efectivamente lo obtengan.

Por tanto, en la negociación incompatible tendrá que analizarse si el o los comportamientos del agente vulneraron realmente el principio de imparcialidad. Esta comprobación, evidentemente, implicará considerar solo aquellos

76 Abanto Vásquez, Manuel, *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, ob. cit., pp. 513 y 514.

77 *Ibid.*, p. 514.

riesgos determinantes, por lo que el juzgador deberá acumular varios indicios o uno de tal entidad que pueda acreditar la arbitrariedad del funcionario en el desempeño de su actividad prestacional que pretenda beneficiar su interés o el de terceros.

En ese sentido, el injusto típico no estará determinado por la infracción al deber de abstención, sino que se requerirá la realización de uno o varios actos que permitan sostener la vulneración al principio de imparcialidad como pilar del desempeño de funciones de la Administración en el marco de la descripción típica del delito.

Por estas razones, consideramos que existe en nuestro ordenamiento un problema con la tipificación de una infracción administrativo-funcional contenida en el Decreto Supremo N.º 023-2011-PCM "Reglamento de infracciones y sanciones para la responsabilidad administrativa funcional derivada de los informes emitidos por los órganos del Sistema Nacional de Control".

Ciertamente, este sanciona el "actuar parcialmente en contra de los intereses del Estado, en los contratos, licitaciones, concurso de precios, subastas, licencias, autorizaciones o cualquier otra operación o procedimiento en que participe con ocasión de su cargo, función o comisión, dando lugar a un beneficio ilegal, sea propio o de tercero".

La diferencia entre esta infracción, considerada muy grave, y el delito de Negociación Incompatible es bastante difusa. Incluso parece que la infracción exigiera un resultado fáctico que el tipo penal no exige. En el peor de los casos, si el mencionado resultado no fuera exigible, existiría un claro problema de *bis in idem* que consideramos debe ser corregido.

VI. CONCLUSIONES

La incursión de la criminalidad organizada en los procesos de contratación pública ha merecido diversas respuestas por parte del Estado, entre estas se encuentra la aprobación de la Ley N.º 30077, que establece reglas y procedimientos especiales para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos por organizaciones criminales.

En ese marco, se han comprendido a los delitos contra la Administración pública que inciden en los procesos de contratación estatal: la Colusión y la Negociación Incompatible. Sin embargo, la aplicación de las medidas establecidas en la Ley dependerá de la determinación —por lo menos preliminar— del injusto típico de estos delitos. En esa medida, el presente artículo ha pretendido otorgar criterios al respecto.

Por ello, hemos comenzado por establecer el bien jurídico protegido en estos delitos y su legitimidad como tipos de peligro abstracto. Estas cuestiones resultan fundamentales para la determinación de su tipo objetivo pues se constituyen en base fundamental para el análisis.

En ese sentido, hemos establecido que el bien jurídico protegido es el correcto funcionamiento de la Administración pública, entendido como todo comportamiento realizado por la Administración en cumplimiento de los principios de legalidad, imparcialidad y eficacia.

A partir de lo anterior, hemos concluido que los delitos de colusión y negociación incompatible vulneran el principio de imparcialidad, colocando así en peligro potencial al bien jurídico. En ese contexto, el recurso a la técnica del peligro abstracto resulta legítimo en tanto en cuanto se establezca el desvalor de la conducta como el desvalor potencial de resultado respecto al bien.

Ciertamente, el contenido de injusto de los delitos de peligro abstracto no será idéntico al de los tipos de lesión y de peligro concreto, pero no escapará a la perspectiva dualista de lo ilícito penal, posición que consideramos conjuga los fines de protección preventiva como los fines de garantía del derecho penal.

Bajo estos lineamientos, el injusto típico del delito de colusión requiere un acuerdo parcializado del funcionario a favor de los intereses del particular y que se oriente a defraudar al Estado. Esta conducta vulnerará el principio de imparcialidad y con la realización del resto de elementos típicos del delito, entre los que destaca el elemento subjetivo adicional, se colocará en peligro potencial al correcto funcionamiento de la Administración pública.

En el caso de la agravante, el injusto requerirá la determinación de la puesta en peligro potencial del correcto funcionamiento de la Administración pública pero, al mismo tiempo, la lesión al patrimonio.

Por último, en cuanto al injusto típico de la negociación incompatible deberá exigirse la realización de conductas que denoten un interés parcializado a favor del propio funcionario o de este a terceros. La relevancia jurídico penal de estas conductas estará marcada por la realización de los otros elementos que también exija el tipo penal y que, como en el caso de la colusión, deberán ser analizados mediante la imputación objetiva.

VII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

2003 *Los delitos contra la Administración pública en el Código penal peruano*, Lima: Palestra.

ACALÉ SÁNCHEZ, María

2000 *El tipo de injusto en los delitos de mera actividad*, Granada: Comares.

ALCÓCER POVIS, Eduardo

"El engaño y el perjuicio en el delito de colusión desleal ¿Elementos del tipo penal?", en *Estudio Oré Guardia*, Lima. Recuperado de <http://bit.ly/1Uw0ewd>.

ANARTE BORRALLO, Enrique

1999 "Conjeturas sobre la criminalidad organizada", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva.

ASÚA BATARRITA, Adela

1997 "La tutela penal del correcto funcionamiento de la Administración, cuestiones político criminales, criterios de interpretación y delimitación respecto a la potestad disciplinaria", en ASÚA BATARRITA, Adela (ed.), *Delitos contra la Administración pública*, Bilbao: Instituto Vasco de Administración pública.

CASTAÑEDA OTSU, Susana

2014 "Nuevo Código Procesal Penal. Jurisprudencia seleccionada", en CASTAÑEDA OTSU, Susana (coord.), *Nuevo proceso penal contra la administración pública*, Lima: Jurista.

CASTILLO ALVA, José Luis

2008 "Colusión ilegal", en GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, en GARCÍA CAVERO, Percy y José Luis CASTILLO ALVA, *El delito de colusión*, Lima: Grijley.

2009 "Negociación incompatible", en REYNA ALFARO, Luis (edit.), *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Jurista Editores.

CASTRO CUENCA, Carlos

2009 *La corrupción en la contratación pública en Europa*, Salamanca: Ratio Legis.

COLOMBO, Marcelo y Paula HONISCH

2012 *Delitos en las contrataciones públicas*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

COMISIÓN DE ALTO NIVEL ANTICORRUPCIÓN

2013 *Plan Nacional de Lucha contra la Corrupción 2012-2016*, Lima: CAN.

Córdoba Palacios, Franklin

2013 Córdoba Palacios, Franklin, *El delito de interés indebido en la celebración de contratos especial referencia al elemento normativo del tipo: interés indebido*, Trabajo de Grado para optar el título de Magister en Derecho Penal, Modalidad: Profundización, Medellín. Recuperado de <http://bit.ly/1SZCSzY>.

Demetrio Crespo, Eduardo

2000 "Corrupción y delitos contra la Administración pública", en Fabián Caparrós, Eduardo (coord.), *La corrupción: Aspectos jurídicos y económicos*, Salamanca: Ratio Legis.

García Arán, Mercedes

1997 "Los delitos de tráfico de influencia en el Código penal de 1995", en Muñoz Conde, Francisco (coord.), *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Sevilla: Junta de Andalucía.

2008 "Aspectos dogmáticos esenciales del delito de colusión desleal", en García Cavero, Percy y José Luis Castillo Alva, *El delito de colusión*, Lima: Grijley.

Guimaray Mori, Erick

2014 *Compendio jurisprudencial sistematizado. Prevención de la corrupción y justicia penal*, Lima: Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Hegglin, María Florencia

2000 "La figura de negociaciones incompatibles en la jurisprudencia de la capital federal", en Maier, J. (edit.), *Nueva doctrina penal 2000/A*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

Hugo Álvarez, Jorge

2000 *Delitos cometidos por funcionarios contra la Administración pública: Análisis sistemático de los tipos delictivos*, Lima: Gaceta jurídica.

Jescheck, Hans-Heinrich y Tomas Weigend

2002 *Tratado de derecho penal. Parte general*, Trad. Miguel Olmedo Cardenete, Granada: Comares.

Kühn, Susanne y Laura Sherman

2014 *Curbing Corruption in Public Procurement. A Practical Guide*, Berlín: Transparency International.

Laurenzo Copello, Patricia

1992 *El resultado en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Marca Romero, Elmer

2011 "Análisis dogmático-normativo del delito de colusión", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.º 26, Lima: Gaceta Jurídica.

MIR PUIG, Carlos

2000 *Los delitos contra la Administración pública en el nuevo Código Penal*, Barcelona: Bosch.

MIR PUIG, Santiago

2008 *Derecho penal. Parte general*, Barcelona: Reppertor.

MORÓN URBINA, Juan Carlos

2011 *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General*, Lima: Gaceta Jurídica.

OLAIZOLA NOGALES, Inés

1999 *El delito de cohecho*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT

2007 *Integrity in Public Procurement: Good Practice from A to Z*, París: OECD Publishing.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2006 *Criminalidad Organizada*, Lima: Idemsa.

REYES ALVARADO, Yesid

1992 "Fundamentos teóricos de la imputación objetiva", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid.

REYNA ALFARO, Luis

2009 "El bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración pública", en REYNA ALFARO, Luis (edit.), *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Jurista.

ROJAS VARGAS, Fidel

2007 *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Grijley.

ROXIN, Claus

2007 "¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?", en HEFENDHEL, Roland, *La teoría del bien jurídico. ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?*, Madrid: Marcial Pons.

SALINAS SICCHA, Ramiro

2014 *Delitos contra la Administración pública*, Lima: Grijley, 2014, p. 5; ROJAS VARGAS, Fidel, *Delitos contra la Administración Pública*, Lima: Grijley.

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

2004 "Criminalidad Organizada y Procedimiento Penal: La Colaboración Eficaz", en *La Reforma del Proceso Penal Peruano*, Friburgo: Anuario de Derecho Penal.

2005 *La criminalidad organizada. Aspectos penales, procesales, administrativos y policiales*, Madrid: Dykinson.

SANCINETTI, Marcelo

1986 "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Madrid.

VALLE MUÑIZ, José Manuel

1994 *El elemento subjetivo de justificación y la graduación del injusto penal*, Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias.

VIZUETA FERNÁNDEZ, Jorge

2003 *Delitos contra la Administración pública: estudio crítico del delito de cohecho*, Málaga: Comares.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

1999 "Criminalidad de Empresa, Criminalidad Organizada y Modelos de Imputación", en FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos y Enrique ANARTE BORRALLO (eds.), *Delincuencia Organizada. Aspectos penales, procesales y criminológicos*, Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva.

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN *COMPLIANCE* COMO MECANISMO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: ESPECIAL REFERENCIA A LA AUTORREGULACIÓN DE LAS EMPRESAS

Guillermo Alejandro Astudillo Meza

SUMARIO: I. Introducción. II. Autorregulación y autorregulación regulada. III. Autorregulación de la empresa a través de los programas de cumplimiento. IV. Autorregulación de la empresa y contratación pública. V. A manera de conclusión. VI. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Los grandes casos de corrupción que se vienen descubriendo alrededor del mundo tienen como común denominador que en todas ellas han sido dos los protagonistas de estos escándalos de corrupción. Por un lado, la entidad estatal que debe contratar mediante una licitación o concurso público bienes o servicios de particulares y; por otro lado, la empresas privadas. En estos casos, son las empresas las que se ven beneficiadas con cada acto de soborno cometido por sus representantes para acceder a estos contratos. En ese sentido, los escándalos de corrupción se han agudizado en nuestro país y prueba de ello son los procesos penales promovidos por el Ministerio Público contra funcionarios de los Gobiernos regionales de Cajamarca, Tumbes, Áncash, Cerro de Pasco, Loreto y Arequipa, entre otros[1]. En muchos de estos casos el Ministerio Público, en tanto representante de la sociedad, viene argumentando que los actos de corrupción se han dado en esquemas del crimen organizado. Debido al problema que involucra que la empresa esté vinculada a este tipo de delitos, en los últimos tiempos se vienen abriendo foros académicos para hallar la mejor manera de regularlas.

Uno de los conceptos más usados en el sector empresarial para prevenir la corrupción es el de *compliance* o también llamado "programa de cumplimiento".

1 Consultar en "Fiscalía investiga a seis gobiernos regionales por presunta corrupción", en *RPP Noticias*, Lima: 4 de junio del 2014. Recuperado de <http://bit.ly/1VGqC7Q>.

Este concepto describe una serie de medidas orientadas a lograr una gestión empresarial que evite la comisión de delitos y promueva valores éticos en la empresa[2] con el objetivo de fomentar y concretar una cultura empresarial de "cumplimiento de la legalidad" al interior de la organización.

Para hacer más efectivo el cumplimiento de la legalidad y la lucha contra la corrupción, algunos Estados han recurrido al derecho penal siguiendo las recomendaciones de organismos internacionales para incorporar a sus derechos internos la responsabilidad penal para las personas jurídicas[3], atendiendo al denominado modelo por "defecto de organización"[4]. Este modelo se encuentra recogido en varios proyectos de ley del Congreso de la República al punto que en enero del 2015 la Comisión de Justicia y de Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó el predictamen del Proyecto de Ley del nuevo Código Penal

2 En ese sentido, BACIGALUPO es de la opinión que la ética tiene una significativa función en el ámbito de la empresa ya que esta se percibe claramente en la llamada ética de los negocios (*Business ethics*) o en los códigos de conducta (*Codes of conduct*), de prevención interna contra la deslealtad (*whisthe-blowers*) la cuales son manifestaciones particulares de las técnicas de autorregulación en el ámbito de la ética de los negocios, en BACIGALUPO, Enrique, *Compliance y derecho penal*, Madrid: Aranzadi, 2011, p. 47. Por otro lado, SIEBER sostiene que la transmisión creíble de valores empresariales, tal como pretenden los programas de *compliance*, tienen una gran importancia para impedir la criminalidad empresarial, Cfr. SIEBER, Ulrich, "Programas de 'compliance' en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 64.

3 En efecto, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas se ha propugnado desde Naciones Unidas y la Unión Europea. Concretamente, y desde la ya clásica Recomendación 18/1988, del 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, en el ámbito de la Unión Europea son innumerables los Protocolos de Convenios, las Directivas y las Decisiones Marco en las que se obliga a los Estados miembros a imponer a las personas jurídicas *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias* de carácter penal *o administrativo,* en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión, los fraudes y falsificaciones de los medios de pago, la trata de seres humanos, los delitos contra el medio ambiente, el tráfico de drogas, los delitos contra los sistemas informáticos, la contaminación procedente de buques, la explotación sexual de niños o el terrorismo. Por ello no debe extrañar que la responsabilidad criminal de las personas jurídicas esté admitida ya en países como Austria, Bélgica, Dinamarca, Estonia, Finlandia, Francia, Holanda, Irlanda, Islandia, Letonia, Lituania, Luxemburgo, Noruega, Polonia, Portugal, Reino Unido, Suecia y Suiza.

4 SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, "La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal, vol. 29, n.º 28, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2008, p. 134.

(en adelante el NCP) en cuyo texto el legislador ha propuesto la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el caso de que la empresa incurra en el delito de cohecho activo internacional (arts. 130 y 584 del proyecto)[5].

En este esquema la culpabilidad de la persona jurídica queda configurada de la siguiente manera: los hechos delictivos de las personas físicas (*hechos de conexión*) se consideran delitos de la persona jurídica porque esta —a través de sus órganos o representantes— ha *omitido* tomar las medidas de seguridad necesarias para asegurar un funcionamiento empresarial no delictivo[6]. Y por el contrario, cuando se compruebe que la persona jurídica ha hecho todo lo posible para evitar la aparición de un hecho delictivo, aunque un empleado o directivo lo realice, podría decirse "que no es cosa suya" y de este modo no ser sancionada[7].

Dicho de esta manera, la transcendencia que han alcanzado actualmente los "programas de cumplimiento" se reflejan en el NCP toda vez que la responsabilidad penal de la persona jurídica se fundamenta en la medida en que esta no cuente con un programa de cumplimiento. En otras palabras, la no adopción de un programa de cumplimiento anticorrupción viene a justificar la sanción (culpabilidad) de la persona jurídica al punto de establecerse en el NCP como

5 El 3 de diciembre del 2014 la Presidencia del Consejo de Ministros remitió al Congreso de la República el Proyecto de Ley N.º 4054-2014 que regulaba la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas para delitos de corrupción de funcionarios. Dicho proyecto buscaba reprimir a las personas jurídicas cuando sus representantes o quienes se encontraban subordinados a los órganos de gestión cometieran, en beneficio de la empresa, los siguientes delitos tipificados en el Código Penal de 1991, a saber: colusión (art. 384 del CP), peculado (art. 387 del CP), cohecho activo genérico (art. 397 del CP), cohecho activo transnacional (art. 397-A del CP), cohecho activo específico (art. 398 del CP) y tráfico de influencias (art. 400 del CP).

6 TIEDEMANN, Klaus, "Die 'BewuBung von Unternehmen nach dem 2'. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, München: Verlag C.H. Beck, 1988, p. 1172. En contra de esta propuesta se encuentra Carlos Gómez-Jara quien recurriendo al concepto constructivista de la culpabilidad de la persona jurídica entiende que la culpabilidad de la empresa no se identifica ni con la culpabilidad de la persona física ni con un defecto de organización sino más bien con la cultura empresarial que ha institucionalizado la persona jurídica puesto que ello demuestra su disposición jurídica frente al derecho. Por ello, sostiene que se inclina por manejar un concepto de culpabilidad basado en una "cultura de incumplimiento de la legalidad" pues esta permite incluir causas atenuantes y eximentes de responsabilidad penal. Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "La culpabilidad de la persona jurídica", en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid: Civitas, 2013, pp. 162-166.

7 NIETO MARTÍN, Adán, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", en *Revista Jurídica Gallega*, n.º 63, Galicia: Revista Xurídica Galega, 2009, p. 55.

una causa de exoneración de responsabilidad penal si la persona jurídica ha implementado un programa de cumplimiento antes de que se hubiere cometido el hecho criminal[8].

No parece extraño que el legislador haya previsto incorporar la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el caso del delito de soborno transnacional si se tiene en cuenta que los mayores casos de corrupción a nivel mundial que se vienen investigando en la actualidad tienen que ver con actos de corrupción cometidos por representantes de empresas privadas en el marco de contrataciones con el Estado.

En ese sentido, en el derecho comparado se observa una tendencia a incrementar los estándares legales para que una empresa privada contrate con el Estado al punto que suelen establecerse condiciones para que las empresas acrediten que no han sido sancionadas mediante sentencia firme por un delito de corrupción de funcionarios. Si ello es así, parece oportuno que el legislador peruano discuta la posibilidad de excluir de un concurso público a las empresas que hayan sido condenadas en sentencia firme por delitos de corrupción de funcionarios (cohecho, tráfico de influencias, colusión, patrocinio ilegal, entre otros delitos) y que solo se permita que participen en dichos procedimientos aquellas empresas que, pese a encontrarse incursas en la mencionada prohibición, logren acreditar que han implementado un programa de cumplimiento para evitar incurrir nuevamente en delitos de corrupción de funcionarios de manera similar a como se prevé en la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero del 2014 sobre contratación pública.

8 En esta línea podemos mencionar en Italia el Decreto Legislativo N.º 231/2011, del 8 de junio del 2001 sobre *Disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche, delle società e delle associazioni anche prive di personalità giuridica,* en cuyo art. 6 expresamente se establece la exención (y no la atenuación) para las personas jurídicas que adopten modelos de organización y de gestión idóneos para prevenir delitos de la especie de los cometidos. De la misma manera, el art. 31 bis. 1 del CP español, al regular la responsabilidad de la persona jurídica por conductas cometidas por los empleados, alude al ejercicio del "debido control"; y, en el apartado 4 del art. 31 bis, se configura como atenuante la adopción de "medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse". Por su parte, en Chile la Ley N.º 20.393 que estable responsabilidad penal para las personas jurídicas para casos de lavado de activos, financiación del terrorismo y cohecho a funcionarios públicos nacionales o extranjeros no obliga a las empresas a desarrollar y mantener un modelo de prevención de delitos; sin embargo, señala que la adopción e implementación de este tipo de modelos con anterioridad a la comisión del delito, constituye evidencia de que los deberes de dirección y supervisión se han cumplido.

Como se aprecia, nos encontramos en un contexto en el que se suele recurrir a la llamada "autorregulación regulada" para lograr alcanzar intereses de orden público como, en efecto, lo es la lucha contra la corrupción. Pero ¿qué es la autorregulación regulada? y ¿cuál es su relación con el derecho penal? En las siguientes páginas abordaremos estos aspectos y finalizaremos con una breve referencia al contenido de los programas de cumplimiento como mecanismo de autorregulación de la empresa y a la necesidad de acudir a la autorregulación en los concursos públicos con el Estado.

II. AUTORREGULACIÓN Y AUTORREGULACIÓN REGULADA

La autorregulación es una actividad privada de creación y control del cumplimiento de normas y constituye un fenómeno que descansa en el principio de autonomía privada y, en concreto, en el derecho de asociación de las empresas convirtiéndose de esta manera en una cláusula que se contrapone a cualquier forma de regulación o intervencionismo estatal.

Sin embargo, en la actualidad, la autorregulación ha dejado de ser un fenómeno estrictamente privado, ajeno por completo al derecho público, para convertirse en una realidad con decisiva influencia en la actuación de los poderes públicos[9]. De esta manera, la autorregulación privada y la regulación pública no parecen ser ya dos realidades excluyentes sino que tendrían algunos puntos comunes de modo que ya no resulta extraño encontrar normas privadas y sanciones disciplinarias que poseen relevancia y reconocimiento público, al tiempo que cada vez son más habituales recurrir a las sanciones administrativas para lograr el cumplimiento de normas de autorregulación[10].

En efecto, cada vez es más común que la estructura de la autorregulación esté condicionada externamente por los poderes públicos, lo cual conlleva a tener en consideración las relaciones existentes entre la autorregulación y la intervención pública dirigida a posibilitar, fomentar y condicionar su desarrollo[11].

Dicho de esta manera la llamada "autorregulación regulada" estaría orientada a concretar diversos intereses públicos a través de determinados mecanismos de control de los sistemas privados. En lo que aquí interesa, la autorregulación

9 ESTEVE PARDO, José, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 39.

10 DARNACULETTA I GARDELLA, Mercé, "Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias", en ARROYO JIMÉNEZ, Luis y ADÁN NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 122.

11 ARROYO JIMÉNEZ, Luis, "Introducción a la autorregulación", en ARROYO JIMÉNEZ, Luis y ADÁN NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 23.

regulada alude a la forma de regulación estatal del mundo empresarial caracterizado por la incorporación del ente privado en el proceso de regulación pero de forma subordinada a los concretos fines o intereses públicos predeterminados por el Estado[12].

Ahora bien, existen diversas formas de autorregulación regulada, no obstante, resaltaremos dos que nos parecen muy importantes de cara al tema que nos ocupa.

La primera forma que se suele adoptar tiene que ver con establecer un sistema jurídico que otorgue mayor peso a los procesos de autorregulación a través de la atribución de efectos jurídicos públicos al producto de la autorregulación normativa. Al respecto, DARNACULETTA[13] sostiene que en este grupo de casos, el ordenamiento puede atribuir a la autorregulación efectos habilitantes para el inicio de una actividad, efectos probatorios de alcance diverso, efectos vinculantes e, incluso, efectos de cosa juzgada como los que despliega el laudo arbitral.

Asimismo, existen experiencias de autorregulación normativa y declarativa en materia de sanciones que se concretan en la adopción de disposiciones generales que contribuyen a la configuración normativa de un determinado sistema sancionador, ya sea este general (por ejemplo, un programa de prevención en Lavado de Activos Ley N.º 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera) o especial (por ejemplo, normas disciplinarias adoptadas por una colegio profesional).

La segunda forma que se suele adoptar tiene lugar en aquellos casos en los que la regulación pública alcanza una mayor intensidad concretándose en el contexto mismo en el que se produce la autorregulación. En estos casos, el poder público puede configurar normativamente la estructura de autorregulación en lo que se refiere a su organización como lo que atañe a sus procedimientos de actuación y toma de decisiones. Ejemplo de esta forma de autorregulación sería el Decreto Legislativo N.º 1049, Decreto Legislativo del Notariado, así como todas aquellas leyes que regulan las actividades de algunos profesionales.

En definitiva, la autorregulación se caracteriza actualmente por su crecimiento exponencial en múltiples ámbitos de la vida económica y social, algunos de ellos de clara relevancia pública. Entre los mencionados ámbitos podemos citar: el ámbito de las nuevas tecnologías, la publicidad o los medios de comunicación, el ámbito relacionado con la calidad y la seguridad de los productos industriales,

12 DARNACULETTA I GARDELLA, Mercé, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 19 y ss.

13 DARNACULETTA I GARDELLA, Mercé, *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, ob. cit., p. 407.

incluyendo los medicamentos y los productos alimentarios, el ámbito relacionado con el medio ambiente, el ámbito relacionado con la ética profesional y de la ética empresarial y el ámbito de las relaciones económicas entre empresas y de los mercados financieros internacionales.

Ahora bien, la irrupción de la llamada autorregulación regulada, como forma de controlar el comportamiento de las corporaciones, tiene un efecto directo en lo que se refiere al derecho penal de la empresa toda vez que hoy en día el fundamento de la responsabilidad penal descansa en el hecho de que la empresa no ha tomado todas las medidas de precaución necesarias para evitar ilícitos penales. En buena cuenta, el fundamento que suelen establecerse en los diversos ordenamientos para justificar la sanción penal de la empresa se centra en que esta no cuente con un programa de cumplimiento efectivo.

De esta manera, la autorregulación potencia nuevas estrategias para que el derecho controle y supervise el funcionamiento de organizaciones (empresariales, profesionales, etc.) en el marco de determinados sistemas sociales como el mercado, la técnica o la ciencia, que encierran una enorme complejidad técnica o ética[14].

Ahora bien, el fenómeno de la autorregulación afecta transversalmente al derecho penal si se tiene en cuenta que en algunos casos el Estado delegará en la empresa privada la función de determinar el riesgo permitido en sus códigos de ética o de conducta. Otro aspecto tiene que ver con la delegación en la empresa de la función de llevar adelante investigaciones internas en la organización para determinar responsabilidades de los trabajadores o de representantes de la empresa. Todos estos aspectos determinan que el derecho penal, tal como lo conocíamos, vea transformado su papel principal de imposición de castigos por lo que resulta interesante cuestionarnos hasta qué punto el Estado carece de capacidad para intervenir directamente en las organizaciones empresariales.

Uno de los argumentos principales que se suelen dar para negar esta posibilidad reside en el hecho de que las organizaciones empresariales son actualmente tan complejas y dinámicas que resulta difícil que el Estado pueda entrar a regularla con éxito de manera que quien estaría en mejores condiciones para llevar a cabo esta regulación sería la propia empresa.

En ese sentido, el aspecto más problemático en la actualidad es establecer de qué manera el Estado debe fomentar la autorregulación de la empresa. Es

14 Feijoo Sánchez, Bernardo, "Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?", en Arroyo Jiménez, Luis y Adán Nieto Martín (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova, 2008, p. 203.

claro que en el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, debe recurrirse a los programas de cumplimiento. Sin embargo, este aspecto todavía hoy es problemático porque generalmente las leyes penales no contemplan las características que deben tener los programas de cumplimiento lo que genera inseguridad jurídica.

No obstante en el caso del proyecto del NCP se ha considerado incluir una serie de requisitos que debe contener el programa y que deberá implementar la empresa. En lo que viene veremos cuáles son los requisitos que suelen contener estos programas en el derecho comparado y cuál es el modelo que ha contemplado el legislador peruano en el proyecto del NCP.

III. AUTORREGULACIÓN DE LA EMPRESA A TRAVÉS DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

Al respecto, conviene señalar que el fenómeno de la autorregulación de las empresas en nuestro país no es nuevo, pues ya existen normas en el ámbito de la prevención de riesgos laborales[15], de prevención de lavado de activos[16] y últimamente también en el caso de la Ley de Protección de Datos Personales[17]

15 El art. 1 de la Ley N.º 29738, Ley de Prevención de Riesgos Laborales, señala que el objetivo de la ley es la siguiente: "La Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo tiene como objetivo promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello, cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia". (ley modificada/española)

16 Congreso de la República, *Ley N.º 27693: Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera-Perú*, Lima: 12 de abril del 2002; en el art. 3.9 señala una de sus funciones es la siguiente: "Regular, en coordinación con los organismos supervisores de los sujetos obligados, los lineamientos generales y específicos, requisitos, precisiones, sanciones y demás aspectos referidos a los sistemas de prevención de los sujetos obligados a reportar y de los Reportes de Operaciones Sospechosas y Registro de Operaciones, así como emitir modelos de Códigos de Conducta, Manual de Prevención del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, Formato de Registro de Operaciones, entre otros, conforme a los alcances de lo dispuesto en la presente Ley y su Reglamento. En el caso de la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones y de la Superintendencia del Mercado de Valores, la función de regulación corresponderá a estas entidades y se ejercerá en coordinación con la UIF-Perú".

17 Presidente de la República, *Decreto Supremo 003-2013-JUS: Aprueban Reglamento de la Ley* N.º *29733, Ley de Protección de Datos Personales*, Lima: 22 de marzo del 2013; en el art. 1 del señala que: "El presente reglamento tiene por objeto desarrollar la Ley N.º 29733, Ley de Protección de Datos Personales, en adelante la ley, a fin de garantizar el derecho fundamental a la protección de datos personales, regulando un adecuado

las cuales exigen a las empresas que implementen ciertas medidas y capaciten a sus empleados en todo aquello que tenga que ver con el cumplimiento de la legalidad de dichas normas. Lo que se pretende es aprovechar la mayor proximidad que tiene la empresa con sus órganos y empleados para capacitarlos y evitar conductas delictivas.

En ese sentido, en la experiencia comparada se han establecido estándares de cumplimiento generalmente aceptados teniendo como principal marco de referencia las *US Federal Sentencing Guidelines for Corporations*[18], en relación con la implementación de un *"Effective Compliance and Ethics Program"*. Se destacan como elementos esenciales de dicho programa los siguientes:

- El nombramiento de un *Compliance Officer* y la delegación de funciones en el ejercicio de responsabilidades operativas.
- Establecimiento de estándares y procedimientos para prevenir y detectar la conducta criminal.
- Ejercicio por parte del consejo de administración de una autoridad supervisora sobre la implementación y mejora del programa de compliance.
- *Reporting* periódico a los miembros del consejo de administración y altos directivos.
- Impartición de formación continuada en materia de *compliance*, monitorización y auditoría constante de la eficacia del programa.

---

tratamiento, tanto por las entidades públicas, como por las instituciones pertenecientes al sector privado. Sus disposiciones constituyen normas de orden público y de cumplimiento obligatorio".

18 Según GIMENO SENDRA, durante los años ochenta, el Congreso de los EE. UU. se mostró en desacuerdo con el contenido de las sentencias emanadas de los jueces federales, pues, a su parecer, existía una gran disparidad jurisprudencial y se dictaban sentencias condenatorias demasiado indulgentes. En respuesta a estas prácticas judiciales, el Congreso creó, a través de la *Sentencing Reform Act* de 1984, la *U.S. Sentencing Commission* (Comisión para establecer pautas de sentencia), la que, en el año 1987, promulgó las *Sentencing Guidelines* (guías de sentencia) para las personas físicas y, en 1991, para las jurídicas. Estas pautas o guías para dictar sentencia, a través de los programas de *compliance*, incentivaban a las sociedades a la prevención y detección de la comisión de posibles delitos, por la vía de atenuar la gravedad de la pena y singularmente de reducir la de multa, siempre y cuando hubieran implantado un programa de prevención adecuado. Por el contrario, si carecían de un programa de efectivo, las multas podrían ser más elevadas. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente y Jordi GIMENO BEVIÁ, *Código de buena conducta de las personas jurídicas*, Madrid: 18 de abril del 2012. Recuperado de <http://bit.ly/1Y1RQ6C>; Dictamen elaborado bajo solicitud del Consejo General de la Abogacía de Madrid.

- La exclusión de empleados incumplidores de los puestos de responsabilidad.

De manera similar, GÓMEZ-JARA[19] considera que un programa de cumplimiento común debería contener los siguientes elementos, a saber:

- Código de conducta escrito.
- Supervisión de esfuerzos de cumplimiento por personal cualificado.
- Reforzamiento mediante sistemas efectivos de control y auditoría.
- Reforzamiento mediante procedimientos disciplinarios.
- Adopción de medidas cautelares tras detección de una infracción.
- Seguimiento de una formación continuada a directivos y empleados.
- Comunicación efectiva de los estándares y procedimientos de los códigos de conducta.

Por otro lado, MAGRO SERVET[20] considera que este programa debe contener adicionalmente los siguientes puntos, a saber:

- Implementación de un programa específico diferente de formación y prevención para directivos y para empleados, a fin de fijar marcos de prevención distintos, porque distintas son sus vías de actuación y posibilidades de actuación delictiva.
- Formación específica obligatoria en los tipos penales que a la empresa le genera responsabilidad, antes expuestos en el listado.
- Elemento importante a tener en cuenta en las empresas: en las empresas en las que sea posible debería designarse un nuevo cargo o puesto de trabajo denominado "Director de implementación de los planes de cumplimiento normativo", lo que haría más evidente el cumplimiento de esta obligación empresarial, sobre todo en las grandes empresas. Por ello, en el derecho comparado, en los países donde ya se han implantado estos programas normativos por las grandes empresas, estas han incorporado a sus equipos los denominados *team of dedicated compliance staff*; es decir, equipos técnicos destinados a la elaboración y aplicación de los programas de cumplimiento normativo.

19 GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo: Bdef, 2010, pp. 273 y 274.

20 MAGRO SERVET, Vicente, "Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales", en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 87, Madrid: La Ley, 2011, pp. 6 y 7.

- Estar en condiciones de acreditar el *conducting regular trade practices compliance risk assessments and compliance program reviews*, o cumplimiento de la ejecución de regulares prácticas de evaluación interna empresarial de la revisión de sus propios programas de cumplimiento normativo, lo que quiere decir que se esté en condiciones de ir revisando sus propios programas con la actualización de la normativa aplicable del desarrollo de las funciones de sus directivos y empleados; programas de cumplimiento que deberían ser obligatorios en su seguimiento por éstos, no voluntarios, ya que en este último caso podría decirse, como alegato de que no se exonerase a la empresa de responsabilidad por la Fiscalía, que una cosa es que el programa esté implantado y otra que el programa se ejecute, ya que, siendo voluntario, no se acreditaría su ejecución, y tampoco la revisión y actualización de sus contenidos, lo que se destaca con el punto que ahora destacamos.
- Estar en condiciones de acreditar la obligación del *designing detailed guidelines and procedures for different business units that face operational trade practices risks*; es decir, un diseño detallado de las directrices y procedimientos de las diferentes unidades de negocio, ya que es preciso especificar los programas de cumplimiento normativo concretos para determinadas áreas, evitando los riesgos de la empresa de que se incurra en responsabilidades por no individualizar las tareas que existen en la empresa, y fijar las directrices claras de cumplimiento y ejecución laboral de directivos y empleados.
- Las grandes empresas deberían estar en condiciones de tener designado el director del "Keeping track" o persona encargada de conocer qué está pasando en la empresa a alguna persona, directivo o empleado, o a las operaciones que se llevan a cabo. Es el director de operaciones de conocimiento y detección de posibles fallos de importancia en la conducta de directivos y/o empleados, que pueda trasladar a sus mandos de gobierno la detección, por ejemplo, de posibles conductas irregulares en la empresa.
- Visión estratégica en el *compliance program* para estar conectado con las metas estratégicas de la compañía. Es lo que se denomina en el derecho comparado, en los países que lo tienen implantado, la *strategic vision*. Deben utilizarse así *benchmarks for implementation* o adecuación del programa de cumplimiento normativo a lo que son los parámetros de ejecución del mismo, que deben estar conectados o relacionados con los objetivos de la propia empresa.

- Sistema de evaluación de riesgos o *risk assessment*. En este sentido, la empresa debe estar en condiciones de evaluar de forma periódica el sistema de riesgos de caer en responsabilidad por la actuación de directivos y/o empleados. Además, debe adecuarlo a cada esfera de negocio de su empresa. Dentro de esta área se focaliza también el programa de *continuous improvement*, o autoevaluación del rendimiento empresarial para asegurarse de que el sistema implantado es el adecuado en cada momento para sus operaciones.
- Puntos de control o *control points*. Dentro del programa de cumplimiento normativo se establecen puntos de control para individualizar cuáles son los riesgos que pueden existir, por lo que se refuerza el establecimiento del control del comportamiento de la empresa en diferentes áreas, a fin de individualizar el control según cada área de la empresa, a fin de no fallar estableciendo un programa general que se olvide de las particularidades de áreas concretas de la empresa.
- Documentación adecuada del programa de cumplimiento normativo. Es fundamental que se elabore por la empresa un soporte documental acerca del programa de cumplimiento normativo, lo que conlleva que este debe estar escrito y que la documentación debe estar en poder de directivos y empleados.
- Particularidades y ventajas de la puesta en marcha del *compliance program*.

En el caso peruano, el proyecto del NCP que se encuentra en vía de aprobación en el Congreso de la República prevé en el artículo 141 que la persona jurídica no es responsable si hubiere adoptado e implementado voluntariamente en su organización y con anterioridad a la comisión del delito un modelo de prevención en atención a su naturaleza, riesgos, necesidades y características. Si bien la responsabilidad de la persona jurídica solo se ha previsto para el delito de cohecho activo internacional del artículo 584 del proyecto del NCP, el legislador peruano ha previsto los elementos mínimos de lo que denomina como "modelo de prevención":

"a. Una persona u órgano, designado por el máximo órgano de administración de la entidad, que ejerza la función de auditoría interna de prevención y que cuente con el personal, medios y facultades necesarias para cumplirla adecuadamente. Esta función se ejerce con la debida autonomía respecto del órgano de administración, sus propietarios, accionistas o socios, salvo en el caso de la micro, pequeña y mediana empresa, donde puede ser asumida directamente por el órgano de administración.

b. Medidas preventivas referidas a:

i. La identificación de las actividades o procesos de la entidad que generen o incrementen riesgos de comisión de los delitos.

ii. El establecimiento de procesos específicos que permitan a las personas que intervengan en éstos, programar y ejecutar sus tareas o labores de una manera que prevenga la comisión de los delitos.

iii. La identificación de los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan a la entidad prevenir su utilización en la comisión de conductas delictivas.

iv. La existencia de sistemas de denuncia, protección del denunciante, persecución e imposición de sanciones internas en contra de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención.

c. Un mecanismo de supervisión interna del conocimiento del modelo de prevención, el cual debe ser aprobado por un reglamento o similar emitido por la entidad".

Es evidente que el objetivo del legislador peruano apunta a que las empresas peruanas implementen un sistema de gestión del cumplimiento con el objetivo de detectar y prevenir la comisión de delitos realizados por sus trabajadores y representantes en el ámbito de su actividad y en beneficio de la persona jurídica.

La existencia y aplicación práctica y efectiva de un programa de cumplimiento, en una empresa, va a determinar importantes consecuencias ante una eventual comisión de un delito y la apertura de un proceso penal. En principio, la implantación de un programa se constituye en un potente indicio de que la empresa ha cumplido con su deber de control y de que, por ello, el eventual delito cometido en su nombre y beneficio no es atribuible a un "defecto de organización" y debe ser, por ello, atenuada su responsabilidad penal o eximida totalmente[21].

Sin bien el proyecto del NCP establece algunos parámetros que se pueden encontrar en la doctrina y en algunas normas internacionales sobre normalización, es evidente que no se han considerado todos estos elementos que permitan que el cumplimiento o *compliance* se estandarice. Por ejemplo, el proyecto del NCP no indica ni señala cuáles serían los requisitos para asumir la función de responsable de auditoría interna de prevención de la empresa (*compliance officer*). En principio tanto la doctrina como las normas sobre cumplimiento hacen

21 Gascón Inchausti, Fernando, *Persona jurídica y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons, 2012, p. 22.

hincapié en la formación técnica que debe tener el oficial de cumplimiento de la empresa y esto no se refleja en el proyecto del NCP[22].

Si lo que se pretende es hacer eficiente un sistema de gestión de cumplimiento resulta necesario establecer el contenido de un estándar común tal como ya se prevén en normas internacionales. En ese sentido, en diciembre del 2014, la Organización Internacional de Normalización (ISO) publicó la Norma ISO 19600 sobre sobre Compliance Management Systems (CMS) o "Sistemas de Gestión de Compliance", que recoge recomendaciones y buenas prácticas para ayudar a las organizaciones a desarrollar un sistema de gestión que les permita identificar, controlar y cumplir con los requisitos legales que le aplican. De esta manera esta norma se ha convertido en el exponente más actual de normas dedicadas exclusivamente a la gestión del cumplimiento, dejando atrás otras normas, que se utilizaban como referencia para gestionar este tipo de programas como la norma IDW PS 980 dictada el 2011 por el Instituto alemán de auditores de cuentas.

Al respecto, podemos indicar que la ISO 19600 trae entre otras novedades, las siguientes:

La primera es que el propio texto de la norma indica que sus recomendaciones pueden aplicarse a todo tipo de organizaciones con independencia del tamaño, estructura, naturaleza y complejidad del negocio pues más que un conjunto de requisitos es un conjunto de directrices. De allí que dicha ISO 19600 no pueda ser certificable mediante una auditoría pero lo que sí resulta interesante es que la demostración de que la empresa ha implementado dichas directrices en la organización sí podría hacerse valer en un proceso penal.

La segunda novedad es que la norma pone énfasis en la formación del responsable del programa. En el caso peruano, en la formación del responsable de auditoría interna pues se indica que el profesional responsable debe tener formación en *compliance*, sobre todo, cuando se produzcan cambios organizativos o legislativos.

En definitiva, la Norma ISO 19600 pretende constituirse como una herramienta para ayudar a la función del cumplimiento en sus objetivos, entre los

22 Al respecto, NIETO MARTÍN señala que el plan de estudios ideal para la formación de *compliance officer*, del oficial de ética o de cualquier persona que quiera dedicarse profesionalmente al cumplimiento normativo sería una mezcla de criminología con conocimientos de auditoría y *management* empresarial, en NIETO MARTÍN, Adán, "Problemas fundamentales de cumplimiento normativo en el derecho penal", en KUHLEN, Lothar; Juan Pablo MONTIEL e Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 30.

cuales debe de estar la detección y gestión de los riesgos por incumplimientos de sus obligaciones legales. Por ello, consideramos que esta norma es un referente común que el legislador peruano debe tener en cuenta y que, por ende, lo más apropiado sería que sus directrices sean incluidas en el Reglamento del modelo de prevención que se apruebe.

IV. AUTORREGULACIÓN DE LA EMPRESA Y CONTRATACIÓN PÚBLICA

Resulta interesante que la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero del 2014 sobre contratación pública establezca, entre otros aspectos, una disposición que impide que las empresas que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por corrupción puedan contratar con el Estado y que además prevea la posibilidad de que, pese a haber sido condenadas, las mismas puedan competir en dichos concursos estatales en la medida que previamente hayan implementado un programa de cumplimiento. No cabe duda que la directiva en mención incorpora un incentivo adicional para que las empresas privadas se autorregulen a través de programas de cumplimiento para acceder a contratar con el Estado.

En efecto, el artículo 57 de la directiva señala que:

"1. Los poderes adjudicadores excluirán a un operador económico de la participación en un procedimiento de contratación cuando hayan determinado mediante la comprobación a que se refieren los arts. 59, 60 y 61, o tengan constancia de algún otro modo de que dicho operador económico ha sido condenado mediante sentencia firme por uno de los siguientes motivos:

a) participación en una organización delictiva, tal como se define en el art. 2 de la Decisión marco 2008/841/JAI del Consejo,

b) corrupción, tal como se define en el art. 3 del Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea y en el art. 2, apartado 1, de la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo o corrupción tal como se defina en la legislación nacional del poder adjudicador o del operador económico,

c) fraude, en el sentido del artículo 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas,

d) delito de terrorismo o delito ligado a las actividades terroristas, según se definen, respectivamente, en los artículos 1 y 3 de la Decisión marco 2002/475/JAI del Consejo o inducción, complicidad o tentativa de

cometer un delito, tal como se contempla en el artículo 4 de la citada Decisión marco,

e) blanqueo de capitales o financiación del terrorismo, tal y como se definen en el artículo 1 de la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo,

f) trabajo infantil y otras formas de trata de seres humanos, tal como se definen en el artículo 2 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

La obligación de excluir a un operador económico se aplicará también cuando el condenado mediante sentencia firme sea un miembro del órgano de administración, de dirección o de vigilancia del operador económico o tenga poderes de representación, decisión o control en el mismo".

Dicha disposición es compatible con lo que indica la exposición de motivos de la directiva en el sentido de que: "No deben adjudicarse contratos públicos a operadores económicos que hayan participado en una organización delictiva o hayan sido declarados culpables de corrupción o fraude contra los intereses financieros de la Unión, de delitos terroristas, de blanqueo de dinero o de financiación del terrorismo".

Lo más novedoso viene dado cuando en el apartado 6 del artículo 57 de la directiva europea se establece que el operador económico que incurra en alguna de las prohibiciones para contratar podrá demostrar que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.

En efecto, el mencionado artículo 57 señala que:

"6. Todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

A tal efecto, el operador económico deberá demostrar que ha pagado o se ha comprometido a pagar la indemnización correspondiente por cualquier daño causado por la infracción penal o la falta, que ha aclarado los hechos y circunstancias de manera exhaustiva colaborando activamente con las autoridades investigadoras *y que ha adoptado medidas técnicas, organizativas y de personal concretas, apropiadas para evitar nuevas infracciones penales o faltas.*

Las medidas adoptadas por los operadores económicos se evaluarán teniendo en cuenta la gravedad y las circunstancias particulares de la infracción penal o la falta. Cuando las medidas se consideren insuficientes, el operador económico recibirá una motivación de dicha decisión".

En el caso peruano, las prohibiciones para contratar con el Estado se encuentran en la Ley de Contrataciones con el Estado aprobado mediante el Decreto Legislativo N.º 1017. En esta norma se contemplan algunos supuestos para las personas naturales y jurídicas. Sin embargo, en dichas prohibiciones no se contemplan medidas para evitar que aquellas personas naturales o jurídicas que han sido condenadas mediante sentencia firme por delitos de corrupción accedan a contratos con el Estado mediante concursos públicos. En efecto, el artículo 10 de dicho dispositivo tan solo establece que están impedidos de ser participantes, postores o contratistas:

"j) Las personas naturales o jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente en el ejercicio de sus derechos para participar en procesos de selección y para contratar con Entidades, de acuerdo a lo dispuesto por la presente norma y su Reglamento;

k) Las personas jurídicas cuyos socios, accionistas, participacionistas, titulares, integrantes de los órganos de administración, apoderados o representantes legales formen o hayan formado parte, en los últimos doce (12) meses de impuesta la sanción, de personas jurídicas que se encuentren sancionadas administrativamente con inhabilitación temporal o permanente para participar en procesos de selección y para contratar con el Estado; o que habiendo actuado como personas naturales hayan sido sancionadas por la misma infracción; conforme a los criterios señalados en el presente Decreto Legislativo y su Reglamento. Para el caso de socios, accionistas, participacionistas o titulares, este impedimento se aplicará siempre y cuando la participación sea superior al cinco por ciento (5%) del capital o patrimonio social y por el tiempo que la sanción se encuentre vigente".

Si bien el apartado 4 del artículo 10 del Código Penal vigente permite al juzgador imponer a la persona jurídica la medida accesoria de prohibirle "realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito" es claro que en ningún caso el juez se encuentra autorizado a prohibirle a las personas jurídicas participar como postores en concursos públicos y acceder a nuevos contratos. De allí que resulte fundamental que en el artículo 132 del proyecto del NCP se haya previsto que una de las medidas aplicables a la persona jurídica que incurra en el delito de

soborno transnacional consiste en la suspensión para contratar con el Estado por un plazo no mayor de cinco años".

Como se aprecia, es interesante ver como la normativa europea exige ciertos estándares de autorregulación a las empresas que pretenden acceder a contratos públicos. Esta tendencia legislativa, bien podría conducir a que en el futuro la Administración pública exija que todas las empresas que quieran contratar con el Estado acrediten tener implementado un programa de cumplimiento.

En ese sentido, consideramos que dado el actual contexto político —salpicado muchas veces con reiterados escándalos de corrupción en el que se encuentran involucradas las empresas privadas— la propuesta de introducir en la Ley de Contratación Pública de nuestro país una disposición que prohíba a las personas naturales y jurídicas contratar con el Estado en el caso de que hayan sido condenadas mediante sentencia firme por algún delito de corrupción de funcionarios resulta no solo razonable sino también necesario a fin de que el sector empresarial asuma un compromiso serio con la política del Estado peruano en el sentido de que la corrupción no puede formar parte de los negocios de las empresas.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En principio, consideramos que las razones del legislador en el sentido de introducir en el proyecto del NCP, la responsabilidad penal de las personas jurídicas para el caso del soborno transnacional parece sensato por tres motivos, a saber: en primer lugar, porque pretende sancionar a las personas jurídicas por emplear malas prácticas corporativas para hacer negocios y, como se sabe, un acto de soborno constituye siempre un daño a la economía pues, entre otros aspectos, afecta la libre competencia empresarial y reduce la competitividad; en segundo lugar, porque la contribución del legislador peruano se enmarca en el esfuerzo internacional por neutralizar la corrupción empresarial y el contexto en el que suelen aparecer este tipo de delitos[23] y, en tercer lugar, porque busca

23 Como señala GÓMEZ-JARA, desde hace tiempo el estándar al que se somete a las empresas que pretenden contratar con el sector público es más exigente que el estándar habitual de contratación al punto que es conocido que las empresas que hayan sido condenadas por determinados delitos se ven excluidas automáticamente de los procesos de contratación pública, Cfr. GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública", en *Diario La Ley*, n.º 8423, Madrid: La Ley, 2014, p. 1.

incorporar un mecanismo preventivo y de control que sirva de incentivo para que las empresas se autorregulen acudiendo a los programas de cumplimiento[24].

De esta manera el legislador busca trasmitir un claro mensaje de política criminal a todas las empresas que operan en el Perú, sean estas nacionales o extranjeras, en el sentido de que la corrupción no forma "parte integrante de la práctica de los negocios" tal como se señala en la exposición de motivos del proyecto.

Por otro lado, consideramos que debiera discutirse la posibilidad a nivel legislativo la posibilidad de excluir de un concurso público a las empresas que hayan sido condenadas en sentencia firme por delitos de corrupción de funcionarios (cohecho, tráfico de influencias, colusión, patrocinio ilegal, entre otros delitos) y que solo se permita que participen en un concurso público con el Estado aquellas empresas que, pese a encontrarse incursas en la prohibición, logren acreditar que han implementado un programa de cumplimiento para evitar incurrir nuevamente en delitos de corrupción de funcionarios.

Consideramos que una medida como la propuesta constituirá un fuerte incentivo para que las empresas privadas se autorregulen a través de programas de cumplimiento anticorrupción lo que conducirá a que el sector empresarial asuma un verdadero compromiso de lucha contra la corrupción.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARROYO JIMÉNEZ, Luis

2008 "Introducción a la autorregulación", en ARROYO JIMÉNEZ, Luis y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova.

BACIGALUPO, Enrique

2011 *Compliance y derecho penal*, Madrid: Aranzadi.

DARNACULETTA I GARDELLA, Mercé

2005 *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Madrid: Marcial Pons.

2008 "Autorregulación, sanciones administrativas y sanciones disciplinarias", en ARROYO JIMÉNEZ, Luis y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova.

24 Aunque el proyecto de Ley del Código Penal se refiere al programa de cumplimiento como el "modelo de prevención", es evidente que los elementos que contiene son propios de un programa de cumplimiento.

ESTEVE PARDO, José

2002 *Autorregulación. Génesis y efectos*, Pamplona: Aranzadi.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo

2008 "Autorregulación y derecho penal de la empresa: ¿una cuestión de responsabilidad individual?", en ARROYO JIMÉNEZ, Luis y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *Autorregulación y sanciones*, Valladolid: Lex Nova.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando

2012 *Persona jurídica y proceso penal*, Madrid: Marcial Pons.

GIMENO SENDRA, Vicente y Jordi GIMENO BEVIÁ

2012 *Código de buena conducta de las personas jurídicas*, Madrid: 18 de abril del 2012. Recuperado de <http://bit.ly/1Y1RQ6C>.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos

2010 *Fundamentos modernos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Bases teóricas, regulación internacional y nueva legislación española*, Montevideo: Bdef.

2013 "La culpabilidad de la persona jurídica", en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; Bernardo FEIJOO SÁNCHEZ y Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (edits.), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Madrid: Civitas.

2014 "Responsabilidad penal de las personas jurídicas y contratación pública. A propósito de la nueva Directiva europea sobre contratación pública", en *Diario La Ley*, n.º 8423, Madrid: La Ley.

MAGRO SERVET, Vicente

2011 "Contenido necesario del plan de prevención jurídica de las empresas para evitar responsabilidades penales", en *La ley penal: Revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n.º 87, Madrid: La Ley.

NIETO MARTÍN, Adán

2009 "La responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la LO 5/2010", en *Revista Jurídica Gallega*, n.º 63, Galicia: Revista Xurídica Galega.

2013 "Problemas fundamentales de cumplimiento normativo en el derecho penal", en KUHLEN, Lothar; Juan Pablo MONTIEL e Iñigo ORTIZ DE URBINA GIMENO (eds.), *Compliance y teoría del derecho penal*, Madrid: Marcial Pons.

SIEBER, Ulrich

2013 "Programas de 'compliance' en el derecho penal de la empresa. Una nueva concepción para controlar la criminalidad económica", en ARROYO ZAPATERO, Luis y Adán NIETO MARTÍN (dirs.), *El derecho penal económico en la era de la compliance*, Valencia: Tirant lo Blanch.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

2008 "La evolución ideológica de la discusión sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas", en *Revista del Instituto de Ciencias Penales y Criminológicas*, Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho Penal. Treinta años de evolución del derecho penal, vol. 29, n.º 28, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

TIEDEMANN, Klaus

1988 "Die 'BewuBung von Unternehmen nach dem 2'. Gesetz zur Bekámpfung der Wirtschaftskriminalität", en *Neue Juristische Wochenschrift*, München: Verlag C.H. Beck.

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ

VÍCTOR ROBERTO PRADO SALDARRIAGA

SUMARIO: I. Introducción. II. Perú, un país de economía emergente. III. Sobre la economía informal en el Perú emergente. IV. Presencia de la criminalidad organizada en el Perú. V. Criminalidad organizada y lavado de activos ¿Una alianza táctica? VI. Criminalidad organizada y lavado de activos en la economía emergente peruana. VII. Control de la criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú de economía emergente, informal e ilegal. VIII. Algunas Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

Se ha sostenido en las últimas décadas, que la sociedad contemporánea se encuentra vinculada a una visualización e interacción de riesgos y amenazas. Esta *sociedad del riesgo*, que fuera expuesta en sus contornos esenciales por BECK, recientemente fallecido, se ha recepcionado en la política y en el derecho penal como una determinante noción de inseguridad que ha venido promoviendo en las tres últimas décadas sensibles efectos que BECERRA MUÑOZ ha sintetizado del modo siguiente: "La preocupación por el valor seguridad adquiere tal categoría que se convierte en un derecho a la seguridad que la sociedad exige pidiendo amparo a los poderes públicos y al Derecho penal. Los efectos de esto son triples: el primero de ellos es la expansión del derecho penal que, efectivamente, pretende la ampliación del objeto de la legislación en materia criminal a ámbitos en los que antes no intervenía; en segundo lugar, la conversión de la seguridad en un derecho de primer orden, lo que favorece el progresivo extrañamiento de todos aquellos que pretendan atentar contra él, su consideración en ciertos casos como enemigos del sistema y su consiguiente abandono de la condición de ciudadanos; en tercer lugar, aquellas exigencias a los poderes públicos de una actuación eficaz ante lo que se consideran ataques inadmisibles genera una profusa utilización del llamado derecho penal simbólico, cuyo objetivo esencial

es aparentar una intervención pública eficaz a través de la criminalización, al menos figurada, de determinadas conductas sociales"[1].

Por consiguiente, la construcción moderna de la política criminal y del derecho penal se suele conectar con procesos continuos de gestión de riesgos. Este nuevo enfoque y praxis que recibe diferentes denominaciones, predominando entre ellas la de *actuarialismo penal,* se edifica en base a un conjunto de procedimientos y metodologías analíticas que inciden en la presencia activa o latente de condiciones de peligro o amenazas que se ciernen sobre la sociedad, sobre los individuos o sobre las instituciones. Esto es, la prevención y el control de la criminalidad, especialmente de sus expresiones más constantes, tienden a diseñarse e implementarse como un calculado y técnico análisis de riesgos que resulte capaz de convencer a la colectividad de su potencial eficacia y eficiencia para reducir la intensidad de su consolidado sentimiento de inseguridad.

Como precisa BRANDARIZ GARCÍA se trata, pues, de un modelo funcional a la coyuntura presente. En efecto, "El actuarialismo penal surge en un momento en que la sensación de inseguridad y el riesgo tienden a afirmarse como rasgos fundamentales de comprensión de la vida colectiva"[2]. Sobre esta orientación es interesante lo señalado por BÖHM y GUTIÉRREZ quienes identifican como antecedentes de esta tendencia político criminal, las nociones *peligrosistas* de inicios del siglo XX y que desembocaban en una exagerada *esencialización* de la seguridad como prevención : "Considerar los problemas de la criminalidad como riesgos significa proyectar a futuro su posible crecimiento y, a la vez, preverlos para el presente; pues de esta manera se los puede encontrar desde un principio, previsoramente"[3].

Para este nuevo contexto ideológico y psicosocial la criminalidad organizada es, sin lugar a dudas, un riesgo grave con contornos tanto activos como latentes y que ha adquirido significado internacional por su capacidad de diseminarse y proyectarse sobre todas las regiones y naciones del mundo contemporáneo. Al respecto, organismos internacionales como la OIM han procurado graficar su presencia, características y tendencias con los siguientes indicadores:

- Han aparecido nuevas actividades delictivas y las antiguas adquieren nuevas modalidades.

---

1 BECERRA MUÑOZ, José, *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 70.

2 BRANDARIZ GARCÍA, José, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, Madrid: Dykynson, 2014, p. 114.

3 BÖHM, María Laura y Mariano GUTIÉRREZ (coomp.), *Políticas de seguridad: Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2007, p. 35.

- Cada vez existen más grupos delictivos organizados.
- Se evidencia un aumento en el número de países afectados por el crimen organizado transnacional.
- Existe mayor flexibilidad, dinamismo y adaptabilidad de las organizaciones delictivas a las condiciones sociales, a los mecanismos de seguridad de los Estados, a la geografía territorial, entre otros.
- Las estructuras organizacionales de los grupos criminales se están enraizando dentro de los procesos sociales, económicos, políticos y culturales de las sociedades[4].

Nosotros añadiríamos a tal descripción la galopante capacidad de rentabilidad que las distintas expresiones de la criminalidad organizada producen y que consolida la presencia de prácticas de inserción y legitimación del capital ilegal generado a través del lavado de activos.

La situación descrita ha determinado que un sector, incluso, califique, además, a la criminalidad organizada, como una verdadera amenaza a la seguridad interna y externa de cada país. Según GONZÁLES CUSSAC, en la realidad actual "viejos fenómenos de delincuencia común, en particular terrorismo y criminalidad organizada, han pasado de ser considerados como simples riesgos a la seguridad nacional, hasta alcanzar la máxima categoría de amenaza"[5]. Por tanto, pues, la visualización criminológica, política o geopolítica de la criminalidad organizada ha dejado de ser identificada como un fenómeno aislado de delincuencia grave, para reconocérsele más bien una potencialidad relevante que la coloca como una variable de restricción transversal a la seguridad y al desarrollo sostenido de cualquier sociedad, sea cual fuere la estructura económica, política o cultural en que esta se sustente.

Como advierte LÓPEZ SÁNCHEZ: "La delincuencia organizada se ha convertido en una amenaza compartida para la sociedad internacional y así se recoge en los catálogos de riesgos, peligros y amenazas que los países confeccionaban dentro de su política estratégica de seguridad y defensa o lo que para, algunos, entre ellos el nuestro, se denomina ya la Estrategia de Seguridad Nacional"[6]. Por

4 OIM (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES), *Protección de personas ante el Crimen Organizado Transnacional*, Lima: CAD, 2013, p. 20.

5 GONZÁLES CUSSAC, José Luis, "Tecnocrimen", en GONZÁLES CUSSAC, José Luis y María Luisa CUERDA ARNAU, (dirs.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 208.

6 LÓPEZ SÁNCHEZ, José, "La delincuencia organizada como amenaza estratégica", en GONZÁLEZ RUS, Juan José (dir.), *La criminalidad Organizada*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 329.

consiguiente resulta correcta la apreciación de JEAN-FRANÇOIS GAYRAUD, quien califica a nuestra época como la correspondiente a un mundo criminalizado en el cual la presencia discreta pero activa y expansiva de la criminalidad organizada se constituye en un rasgo característico de las ideologías, los estilos de gobierno y los paradigmas psicosociales. En efecto, en el presente se hace cada vez más evidente que "el crimen organizado ha abandonado la marginalidad y se ha instalado en el corazón de nuestros sistemas políticos y económicos"[7].

Es, pues, en un panorama social y geopolítico de tales características, que la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del 2000, fue aprobada como un documento esencial que debería marcar el inicio de una etapa diferente en la formulación e implementación de la política criminal internacional y nacional de los Estados modernos. Esto se advierte con claridad desde el preámbulo y en el articulado de este instrumento internacional. En ellos se pone énfasis en el interés y el compromiso de la comunidad mundial para unir iniciativas y esfuerzos que posibiliten enfrentar de manera integral, conjunta, compatible y eficiente a la criminalidad organizada en sus distintas manifestaciones y efectos. No obstante, como lo ha destacado con objetividad Francesco FORGIONE, los avances estratégicos y operativos en este dominio no han sido aún muy significativos: "Aunque la ONU, con la cumbre mundial sobre la delincuencia celebrada en Palermo en 2000, dio indicaciones precisas sobre los instrumentos jurídicos, penales y de investigación para luchar contra las mafias, la corrupción y los delitos transnacionales, estamos todavía lejos de alcanzar el objetivo. Se han dado algunos pasos en la coordinación policial y en la adquisición de algunos instrumentos de lucha como la orden de busca y captura europea; pero incluso en Europa estamos muy lejos de la homogeneización de las legislaciones, tanto en lo relativo al delito de asociación mafiosa como a la posibilidad de intervenir sus patrimonios y las riquezas de procedencia delictiva. Este es el verdadero límite de la lucha contra las organizaciones criminales"[8].

En efecto, los estándares de armonización internacional y regional alcanzados en la prevención y control de la criminalidad organizada se han mostrado, todavía, en muchos aspectos, esquivos a una adecuada asimilación e implementación interna de políticas, estrategias y normas, especialmente en lo que atañe a referentes de carácter legal como, por ejemplo, la clase de delitos propios o representativos de la criminalidad organizada y sobre los que deben recaer las

7 GAYRAUD, Jean-François, *El G 9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*, Barcelona: Ediciones Urano, 2007, p. 17.

8 FORGIONE, Francesco, *Mafia export. Como la 'Ndrangheta, la Cosa nostra y la Camorra han colonizado el mundo*, Barcelona: Anagrama, 2010, p. 36.

acciones especiales de interdicción estatal. Al respecto MILITELLO, refiriéndose al proceso de armonización legislativa europeo, ha señalado que la criminalidad organizada permaneció, por mucho tiempo, ubicada en un nivel semántico y normativo bastante discreto y genérico que contrastaba con la trascendencia y prioridad que en la política internacional ha ido adquiriendo dicha modalidad delictiva. Según este autor: "Esta ubicación residual, junto a la tradicional vaguedad del concepto de crimen organizado, implica un riesgo de que se le interprete como una cláusula abierta, capaz de abarcar cualquier forma de delincuencia para poder llevar a cabo la intervención europea de armonización penal [...] Para no privar de un significado autónomo a la referencia a la criminalidad organizada contenida en la norma, se hace necesario identificar los caracteres típicos del concepto, incluso recurriendo a cualquier otra fuente que pueda ser útil para definirla"[9].

Una consecuencia de este proceso de asimilación de los estándares internacionales dispuestos por la Convención de Palermo ha sido la promulgación de leyes contra la criminalidad organizada en el derecho interno de los Estados latinoamericanos. Primero lo hicieron Colombia y México y más recientemente Costa Rica y Venezuela. Esta tendencia ha sido seguida por el Perú a través de la Ley N.° 30077 o Ley Contra el Crimen Organizado, que fue promulgada el 20 de agosto del 2013 y que entró en vigencia en julio del 2014.

Todas estas características sociales, políticas y legislativas, demuestran que el problema de la criminalidad organizada, así como de los controvertidos instrumentos de reacción que se han configurado para hacerle frente, han dado vida y han consolidado en un corto tiempo un nuevo paradigma de las ciencias penales, cuyos contornos empíricos y sustantivos todavía no han sido claramente delineados pero que se manifiesta como un claro "gobierno de la penalidad" según atinada expresión de BRANDARIZ GARCÍA[10]. Si bien el análisis integral y discusión objetiva sobre este modelo se muestra todavía como una tarea inconclusa, la interoperatividad integral de las variables políticas, psicosociales, económicas y jurídicas que lo sustentan, siguen reproduciendo para el colectivo social y la clase política la imagen de amenaza que hoy por hoy tiene la criminalidad organizada.

Se requiere, entonces, partir de un raciocinio conjunto a la vez que prudente de todos estos aspectos, para identificar el impacto real que tiene la delincuencia

9 MILITELLO, Vincenzo, "Hacia un derecho penal europeo", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), en *VI Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 232 y ss.

10 BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel, *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, ob. cit., p.185 y ss.

organizada en la sociedad contemporánea y sobre todo en su futuro. En efecto, como advierte ESCUCHURI AISA: "Pese a la indefinición que acompaña a los conceptos de criminalidad organizada o delincuencia organizada no se pone en cuestión que esta forma de criminalidad ha adquirido un desarrollo transnacional y una importancia y peso financiero sin precedentes"[11].

Ahora bien, en el plano jurídico penal la problemática expuesta se suele reducir a una necesidad formal, pero de relevancia material, que, sin embargo, suele tornar más dificultosa su asimilación y consenso. Nos referimos, al imperativo de alcanzar un referente legal que permita ingresar las exigencias del principio de legalidad penal a todo ese complejo fenómeno social que se califica como criminalidad organizada. Al respecto señaló con acierto ZÚÑIGA RODRÍGUEZ: "Un primer problema que hallamos es definir a la criminalidad organizada. Las diversas manifestaciones que ha desarrollado en distintos países, la pluralidad de actuaciones que realiza, la diversa dimensión del fenómeno, hacen que resulte difícil acoger un concepto que reúna unas notas características consensuadas en todos los ámbitos y países. Incluso se discute si es posible aprender en un concepto general un fenómeno tan proteico"[12].

Se hace evidente, pues, como lo destaca MONTOYA, que el problema terminológico de la criminalidad organizada se desplaza con facilidad e insoslayablemente de lo social a lo jurídico: "El principal problema con el término crimen organizado es la interpretación que del concepto realiza el público por un lado, y los funcionarios por el otro, sin olvidar que la aludida expresión pueden tener distintos significados en diversos países. Este tipo de actividad criminal puede ser perseguida en una jurisdicción y no ser reconocida legalmente en otra"[13].

En publicaciones precedentes hemos aportado un concepto operativo de criminalidad organizada identificándola, sobre todo, como una estructura organizacional que construye mercados donde brinda bienes y servicios ilícitos generadores de ingentes ganancias. Al respecto, hemos sostenido que constituye "criminalidad organizada toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos,

11 ESCUCHURI, Estrella, "Consideraciones sobre el tratamiento de la delincuencia organizada tras las últimas reformas del Código Penal", en *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Libro Homenaje a Bernd Shunemann por su 70.º Aniversario*, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 431.

12 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, "Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis", en SANZ MULAS, Nieves (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: Comares, 2006, p. 41.

13 MONTOYA, Mario, *Mafia y crimen organizado*, Buenos Aires: Ad-Hoc, 2004, p. 237.

de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Además, estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico"[14]. Luego, también hemos identificado que la criminalidad organizada tiene como sus principales características las siguientes[15]:

- Permanencia operativa
- Estructura organizacional
- Práctica de negocios ilícitos
- Planificación de actividades
- Utilización de redes de protección
- Dinámica movilidad internacional
- Requerimiento de fuentes de apoyo
- Fin lucrativo
- Concierto de alianzas estratégicas o tácticas

Finalmente, hemos también reconocido y detallado la presencia paralela, cuando no fusionada, de hasta cinco tipologías y niveles de delincuencia organizada que actualmente operan a nivel mundial, regional o nacional y que tienen distintos diseños estructurales, diferentes modelos funcionales y de configuración de roles o cadenas de mando[16]. Pero, además, hemos destacado siempre que la sola definición de cada uno de estos rasgos aporta, por sí misma, una inevitable complejidad a cualquier posibilidad de elaboración de tipos penales que reflejen su sentido funcional o su trascendencia práctica Sin embargo, ellos son indispensables para definir cualquier fórmula jurídica o decisión judicial que busque la criminalización primaria o secundaria de la criminalidad organizada. En tal sentido, el reto de la técnica legislativa en este dominio no es menos disyuntivo, que aquel que surge cuando se trata de colocar o describir en la ley los delitos que se consideran propios del crimen organizado como el lavado de activos, la trata de personas o el tráfico ilegal de migrantes.

Pese a tales dificultades los códigos penales modernos no pueden eludir su inclusión y deben intentar que las decisiones legislativas al respecto, cuando

14 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa, 2013, p. 60.

15 *Ibid.*, p. 61.

16 *Ibid.*, p. 175 y ss.

menos, reproduzcan o representen lo esencial de tales ilícitos. En lo fundamental, las opciones normativas que se vienen ensayando al respecto en el derecho nacional y extranjero, como la Ley N.° 30077, procuran destacar, desde la ley, la composición plural y orgánica de la estructura criminal; la gestión o liderazgo de sus órganos centrales; las características de sus fuentes de apoyo financiero o logístico; sus motivaciones; sus áreas de influencia geográfica; sus alianzas tácticas o sus rutas de desplazamiento. En ese contexto, es frecuente que en sus definiciones legales se inserte, pues, con pretensiones estandarizables, un conglomerado de variables e indicadores de distinta índole y entre los que destacan los siguientes:

1. La concurrencia de más de dos personas
2. La comisión de delitos graves
3. El ánimo de lucro
4. La distribución de tareas

Esto es, los modelos jurídico-penales suelen construir normas legales orientadas a definir la constitución, la integración y la actuación concreta de las organizaciones criminales. En el caso peruano esa ha sido la orientación seguida en la evolución y redacción actual del art. 317 del CP y en el art. 2 de la Ley N.° 30077.

El objetivo central de este artículo es mostrar la relación que surge entre la criminalidad organizada y el lavado de activos en una economía emergente como la peruana que registra altos niveles de informalidad. Y cómo esta última se constituye en una activa y diversificada oportunidad que dinamiza la práctica de nuevas tipologías de lavado de activos que no logran ser captadas e interdictadas, aún, con eficiencia por las agencias estatales de prevención y control.

Su construcción metodológica se ha basado en el análisis de contenido de informes y estadísticas oficiales, así como en entrevistas y declaraciones de especialistas, líderes de opinión y de las instituciones involucradas en la persecución y sanción del delito.

Para el desarrollo de la exposición seguiremos un *iter* temático que sistematiza aspectos ligados a la economía emergente, la informalidad, la criminalidad organizada y el lavado de activos, así como la incidencia de todos ellos en la realidad presente del Perú.

II. PERÚ, UN PAÍS DE ECONOMÍA EMERGENTE

Se califican como países de economía emergente a todos aquellos que han alcanzado un crecimiento económico sostenido pese a mantener su condición subdesarrollada. Actualmente se identifica en el mundo a 28 países como representativos de economías emergentes y entre los que se encuentra el Perú[17].

Entre las principales características macroeconómicas de los países emergentes, destaca el desarrollo de una actividad productiva concentrada en los sectores económicos primario y secundario. Además, cuentan con un pronóstico favorable de incremento continuo del producto bruto interno, así como una presión inflacionaria baja y claras tendencias de reducción constante de las tasas de desempleo y pobreza. En el plano político, estos países van alcanzando estabilidad y solidez democrática que se expresan en prácticas estables de gobernabilidad, con notable afirmación del Estado de derecho y del sistema de justicia.[18]

Se estima que los principales retos que en la actualidad deben enfrentar los países de economía emergente pasan necesariamente por reactivar su demanda interna; promover una mayor apertura hacia el comercio exterior; potenciar la competencia de sus mercados locales; así como mejorar los indicadores microeconómicos que les permita elevar el estándar de calidad de los servicios estatales y de vida de su población[19].

17 SHARMA, Ruchir, *Países emergentes. En busca del milagro económico,* Madrid: Aguilar Santillán, 2013, p. 18 y ss.

18 SHARMA, Ruchir, *Países emergentes. En busca del milagro económico,* ob. cit., p. 12.

19 GIL CANALETA, Carlos, "El subdesarrollo", en BILBAO UBILLUS, Javier y Juan Carlos LONGÁS GARCÍA, (coords.), *Temas de economía mundial,* Bilbao: Delta Publicaciones, 2009, p. 96 y ss.

PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DE LAS ECONOMÍAS EMERGENTES

1. Su actividad productiva se desarrolla predominantemente en los sectores económicos primario y segundario.
2. Experimentan tecnologías de vanguardia.
3. Van reduciendo sus tasas de desempleo.
4. Las altas tasas de pobreza extrema comienzan a controlarse y a disminuir.
5. Mantienen pronósticos favorables de crecimiento del producto bruto interno.
6. Escasa presión de indicadores inflacionarios.
7. Tendencia negativa de déficit en la balanza de pagos.
8. Alto grado de integración en mercados regionales.
9. Alta productividad de sus producciones terminales.
10. Van alcanzando estabilidad política y gobernabilidad.
11. Afirmación del Estado de derecho y del sistema de justicia.
12. Mayor fortaleza en las instituciones económicas y finanzas públicas.

El Perú ha adquirido la condición de país de economía emergente en las dos últimas décadas. Y, actualmente, es considerado por diferentes organismos financieros internacionales como una economía sólida y promisoria de la región americana[20].

En efecto, las cifras muestran que en el último quinquenio la economía peruana experimento un crecimiento constante de su producto bruto interno llegando a alcanzar un promedio de alrededor del 5.5 %. No obstante, esa tendencia se ha reducido al 3,2 % anual en los dos últimos años por efecto de la desaceleración china. Además, su tasa inflacionaria se mantuvo baja y en torno al 2.4 %. En este periodo, sus sectores productivos con mejor desempeño fueron la minería y la pesca. Y sus reservas acumuladas han alcanzado los 65 000 millones de dólares[21].

Hoy en día se calcula que 7 de cada 10 peruanos pertenece a la clase media; que la tasa de desempleo se ha reducido al 6.5 % y también han disminuido los índices de desnutrición crónica.

20 Morón Pastor, Eduardo, *Los desafíos del Perú*, Lima: Universidad del Pacífico, 2013, p. 28 y ss.

21 *Ibid.*, pp. 51 y 52.

Por otro lado, la capacidad de expansión del Perú hacia el comercio exterior se ha potenciado con la suscripción de sucesivos tratados de libre comercio y la integración en importantes bloques económicos como el Asia-Pacífico[22].

EL PERÚ COMO ECONOMÍA EMERGENTE

1. El Perú se ubicó como la economía emergente de menor vulnerabilidad ante cualquier turbulencia financiera externa.
2. La tasa anual de crecimiento de la economía peruana es del 5.5 %.
3. Se registra un importante índice de confianza empresarial de 59 puntos.
4. En los últimos años han generado mayores cuotas de empleo adecuado y reducción del subempleo.
5. Se mantiene la expansión del gasto público sin desequilibrio presupuestal.
6. El saldo de la deuda pública sin desequilibrio presupuestal.
7. La población en situación de pobreza presenta el 25 % de la población nacional (30 814 175 habitantes).
8. Notable supervivencia d actividades productivas y mercados informales o desregularizados.

III. SOBRE LA ECONOMÍA INFORMAL EN EL PERÚ EMERGENTE

La informalidad es entendida como un conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales que rigen la actividad económica[23]. Se suele sostener que la informalidad se genera y desarrolla cuando los costos de adaptarse al marco legal y normativo que regula la actividad económica en un país, son superiores a los beneficios que esa adaptación podría generar[24].

Ahora bien, como señalan los especialistas el pertenecer al sector informal no solo supone estar al margen de las cargas tributarias y regulación legal, sino que también conlleva efectos negativos como el quedar excluido de los servicios y sistemas de protección, así como de seguridad y control que brinda el Estado.

22 *Ibid.*, p. 108 y ss.

23 GRECO, Orlando, *Diccionario preciso de economía,* Buenos Aires: Valleta Ediciones, 2013, p. 97.

24 PORTES, Alejandro y William HALLER, *La economía informal,* Santiago de Chile: CEPAL, 2004, p. 9 y ss.

Entre ellos, sobre todo, la protección contra la criminalidad así como la posibilidad de extenderse en los mercados locales e internacionales[25].

Son múltiples, pues, los efectos negativos y los riesgos que produce la informalidad económica, destacando con nitidez la constante exposición a prácticas de extorsión o soborno. En un ámbito más general estos efectos conllevan también notable desequilibrio en el peso de las cargas tributarias con altas cuotas de elusión y defraudación impositiva. Pero, además, se invisibiliza al sector informal con un limitado acceso a los servicios públicos y en especial al de Administración de justicia[26].

CARACTERÍSTICAS DE LA INFORMALIDAD ECONÓMICA

1. Conjunto de empresas, trabajadores y actividades que operan fuera de los marcos legales y normativos que rigen de la actividad económica.
2. Supone estar al margen de las cargas tributarias y normales legales pero también implica no contar con la protección, control y los servicios que el Estado puede ofrecer. (De Soto).
3. El sector informal predomina cuando el marco legal y normativo es opresivo, cuando los servicios ofrecidos por el gobierno no son de calidad, y cuando la presencia y control del estado son débiles.
4. Lo prejuicios de la informalidad son la desprotección policial frente al crimen y el abuso; así como la falta de respaldo del sistema judicial para la resolución de conflictos y el cumplimiento de contratos y de acceso a instituciones financieras formales para obtener créditos y diversificar riesgos.

El Perú no solo integra el promisor grupo de los países emergentes o "del futuro", sino que también se ubica entre los países con más alto nivel de informalidad. Esta situación es el riesgo más relevante para su crecimiento y desarrollo sostenido y constituye su principal vulnerabilidad en el espacio de competencia económica que tiene con países vecinos como Colombia o Chile.

Según diversas fuentes, actualmente en el Perú el 60 % de la producción se realiza informalmente. También se destaca que el 65 % de las empresas son informales y que 7 de cada 10 peruanos trabaja de manera informal. En ese mismo contexto, se alude a que el 40 % de la fuerza laboral se encuentra au-

25 CIMOLI, Mario; Annalisa PRIMI y Maurizio PUGNO, "Un modelo de bajo crecimiento: La informalidad", en *Revista de la CEPAL*, N.° 88, Brasislia: abril 2006, p. 89 y ss.

26 PORTES, Alejandro y William HALLER, *La economía informal*, ob. cit., p. 15 y ss.

toempleada en microempresas informales y que ello determina que más de 10 millones de peruanos trabajen sin beneficios laborales ni protección social alguna. Se estima, además, que la economía informal en el Perú representa un 30 o 35 % del producto bruto interno. Al respecto, los especialistas expresan la urgencia de superar esta grave presencia de la informalidad en nuestra economía, para lo cual sugieren abordar sus causas principales como las trabas burocráticas, las altas tasas tributarias y los sobrecostos laborales[27].

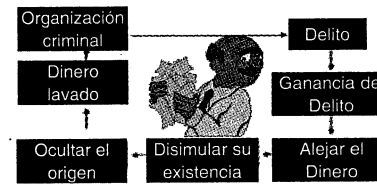
IV. PRESENCIA DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA EN EL PERÚ

Actualmente las Naciones Unidas consideran a la criminalidad organizada como una de las seis amenazas más preocupantes para el desarrollo y bienestar del mundo en el presente y en el futuro inmediato. Ahora bien, se suele identificar a la criminalidad organizada contemporánea a partir del señalamiento de un grupo importante y diversificado de delitos no convencionales y cuasi convencionales. En ellos subyace como rasgo común la presencia de una estructura organizacional compleja que construye y activa mercados; que producen y ofertan bienes y servicios de circulación restringida, fiscalizada o prohibida, pero que registran una alta y constante demanda social, real o potencial, que les asegura una ingente plusvalía. Como otras características de la criminalidad organizada es común señalar su continuidad operativa; su presencia transnacional y sus sólidas cuotas de soporte social[28].

27 Morón Pastor, Eduardo, *Los desafíos del Perú*, ob. cit., p. 85 y ss.

28 Prado Saldarriaga, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 31 y ss.

PRINCIPALES MANIFESTACIONES DELICTIVAS



- Delitos financieros
- Lavado de activos
- Trata de personas
- Inmigración ilegal
- Contrabando
- Tráfico de drogas e insumos químicos
- Tráfico de armas (convencionales y de destrucción masiva)
- Tráfico de bienes robados (vehículos, obras de arte, patrimonio cultural, etc.)
- Corrupción administrativa y privada
- Delitos de acta tecnología (delincuencia informática)
- Delitos con el medio ambiente (tala forestal ilegal, comercio de caza furtiva, minería ilegal, etc.)
- Financiación del terrorismo

El terrorismo no es calificado como modalidad de criminalidad organizada por carecer de finalidad lucrativa.

En el Perú, actualmente, se registran dos modalidades de criminalidad organizada. Una de estructura clásica y equivalente a la tipología 1 de las Naciones Unidas (jerarquía estándar), caracterizada por su *modus operandi* violento y que se dedica a delitos convencionales como el robo, la extorsión, los secuestros o el sicariato. Y, la otra, de estructura flexible con predominio de la tipología 4 (Grupo central) y que es representada por un *modus operandi* sofisticado y técnico con altas cuotas de impunidad. A esta segunda modalidad de delincuencia organizada corresponden delitos no convencionales como el lavado de activos, la trata de personas, la minería ilegal o la financiación del terrorismo[29].

Como en muchos países de la región, la presencia activa y frecuente de la criminalidad convencional violenta suele encubrir o hacer menos visible el crecimiento operativo y el desarrollo de las otras modalidades de criminalidad organizada no convencional. Esto último ha sido también destacado por aplicados estudios criminológicos y criminalísticos realizados sobre la materia[30].

29 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 81 y ss.

30 GARZÓN VERGARA, Juan Carlos, *La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican. Citizen Security and Organized Crime*, Washington: Woodrow Wilson Center Update on The Americas, 2012, p. 2 y ss.



V. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LAVADO DE ACTIVOS ¿UNA ALIANZA TÁCTICA?

Como advierte Castillo Gonzáles, "Siendo esencial en la criminalidad organizada la aspiración de los delincuentes a la obtención de ganancias, es igualmente esencial para la actividad delictiva, la actividad dirigida a esconderlas mediante el lavado de dinero"[31]. Cabe añadir, al respecto, que el lavado de activos es también, en la actualidad, un motor adicional que dinamiza la continuidad y expansión de la criminalidad organizada al asegurar sus capitales ilícitos y posibilitar su reinversión y diversificación productiva de bienes y servicios ilegales.

Al lavado de activos suele identificársele como un conjunto de negocios jurídicos u operaciones y transacciones comerciales o financieras, que procuran la incorporación al circuito económico formal de un país, sea de modo transitorio

31 Castillo Gonzáles, Francisco, *El delito de legitimación de capitales*, San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2012, p. 21.

o permanente, de capitales, bienes y servicios que se han originado o derivado de actividades criminales[32]. Este concepto, sin embargo, reduce la presencia del lavado de activos a prácticas de inserción económica que no responden, plenamente, a las dinámicas y características de informalidad que corresponden a las economías emergentes latinoamericanas.

Ahora bien, el lavado de activos se caracteriza también en el presente por ser una eficiente y desarrollada modalidad de criminalidad organizada que provee servicios a otras modalidades de criminalidad organizada, dando lugar a lo que WILLIAMS ha calificado como una alianza táctica[33]. Cabe señalar, además, que son rasgos peculiares de las organizaciones criminales dedicadas al lavado de activos, el diseñarse y estructurarse en base a una tipología especial derivada de aquella conocida como grupo central o tipología 4. Específicamente se les denomina empresas criminales flexibles y adoptan una configuración corporativa de apariencia legal que se dedica a negocios lícitos y prósperos de servicios financieros, contables, tributarios o de asesoría legal. Sin embargo, su actividad real es intrínsecamente ilegal y está ligada a consultorías o asesorías especializadas en transacciones financieras o comerciales que involucran capitales o activos de procedencia delictiva, así como prácticas de defraudación tributaria o fraude de subvenciones. Estas organizaciones de lavadores de activos se componen con un número reducido de integrantes, pero que cuentan con una amplia experiencia y especialización en temas económicos o financieros; asimismo, poseen un perfil criminológico técnico y exitoso que les facilita gozar de una alta estima social. Por lo general, este tipo de delincuente es ajeno a todo uso de medios violentos y cuenta con útiles conexiones en las esferas del poder político, del sector bancario o bursátil, así como entre los órganos de gestión de las empresas más exitosas.

Lo sofisticado, pues, de su fachada legal y de la integración activa y formal de sus agentes y actividades en la economía lícita, hacen que el espacio de actuación y de impunidad de estas organizaciones criminales sea bastante sólido y extendido. Es, por tanto, muy difícil la detección y la persecución de sus actividades ilícitas con métodos criminalísticos y procesales tradicionales. Constituyendo, al respecto, el análisis financiero forense y la prueba indiciaria las mejores vías de pesquisa y comprobación judicial. Sin embargo, la potencial presencia del lavado de activos en economías que son emergentes y a la vez informales hace

32 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 101 y ss.

33 WILLIAMS, Phil, "Cooperación entre organizaciones criminales", en BERDAL, Mats y Mónica SERRANO, (comps.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional*, México: Fondo de Cultura Económica, 2005, p. 117.

menos visible su operatividad y más compleja su investigación y sanción. Esto último se refleja en lo siempre abultado de las cifras que calculan el volumen anual y mundial de capital criminal que es objeto de operaciones de lavado de activos y que señalan que podría alcanzar entre 1.5 a 2 billones de dólares por año.

En efecto, el Fondo Monetario Internacional estima que el capital involucrado en estas actividades ilícitas equivale entre el 2 y el 5 % del producto bruto mundial. Por su parte el Banco Mundial considera que solo para América Latina los montos ilegales representan entre el 2.5 y el 6.3 % del producto bruto regional[34].

Es obvio, pues, que, la alta capacidad de inserción de los capitales ilícitos en las economías emergentes encuentra un espacio y una oportunidad muy favorables en los amplios sectores informales que interactúan al interior de ellas. Como precisan los analistas, son 5 los factores que favorecen la expansión del lavado de activos en las economías emergentes y la informalidad es el más determinante de ellos:

a) La debilidad del sistema bancario
b) La existencia de un sistema financiero subdesarrollado
c) Una extensa economía subterránea o informal
d) La debilidad de las instituciones gubernamentales
e) Una deficiente gestión empresarial

Ahora bien, son múltiples los efectos políticos, económicos y sociales que genera el lavado de activos a las economías emergentes, destacando, sobre todo, el surgimiento y la consolidación de poderes paralelos; el fortalecimiento de la imagen de una criminalidad próspera y con capacidad de influencia económica; la distorsión de la magnitud real de los indicadores económicos (precios, tasas de interés, rentas, tipos de cambio, volumen de acceso a créditos) lo que trae consigo altos riesgos de crisis financiera. Si hacemos evocación de lo ocurrido en países como México, Colombia o Brasil resulta fácil validar tal enunciación de efectos perniciosos de la informalidad y del lavado de activos de la criminalidad organizada[35].

34 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 125 y ss.

35 ALTVATER, Elmar y Birgit MAHNKOPF, *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*, Buenos Aires: Paidos, 2008, p. 222 y ss.

EFECTOS NEGATIVOS DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LAS ECONOMÍAS EMERGENTES

1. Fortalece la criminalidad y la recompensa monetariamente, colocándola como influyente actor y opción económica.
2. Favorece la corrupción en los sectores administrativos empresariales y financieros, afectando su legitimidad y expectativa social, lo cual puede comprometer reputación internacional de los mercados internos.
3. Afecta la captación tributaria, impulsa la fuga de capitales y potencia la circulación de capitales golondrinos.
4. Perjudica la inversión y debida financiación de bienes públicos.

VI. CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LAVADO DE ACTIVOS EN LA ECONOMÍA EMERGENTE PERUANA

Según el Foro Económico Mundial la presencia del lavado de activos en la economía formal del Perú es todavía discreta y se sitúa por debajo del promedio regional, ocupando el décimo cuarto lugar en relevancia. No obstante, el crecimiento de las operaciones de lavado de activos ha mantenido en los últimos 20 años un ritmo constante. Es así que en 1994 esta actividad ilegal movilizaba entre 500 y 800 millones de dólares por año, concentrándose predominantemente en el sector bancario, especialmente a través de la compra y venta informal de dólares. Actualmente, los estudios realizados muestran que la práctica del lavado de activos registra movimientos anuales entre 8 000 y 10 000 millones de dólares, extendiéndose por todos los sectores económicos más significativos.

Sin embargo, es evidente que aún los registros y controles del lavado de activos no alcanzan a distinguir e interdictar las operaciones que se realizan y mezclan en el amplio espacio de la economía informal nacional, dominada por la producción de bienes y servicios no financieros a cargo de pequeñas y medianas empresas independientes o de particulares que trabajan por su cuenta. La vulnerabilidad, entonces, de la economía emergente peruana, frente al lavado de activos, tiene, en la actualidad, una amplia proyección que comprende áreas poco controladas como el mercado informal de divisas, pasando por los servicios turísticos e involucrando recientemente a la construcción inmobiliaria o a los espectáculos artísticos o deportivos. Son 14 los sectores económicos donde las prácticas del lavado de activos han demostrado mayor frecuencia.

SECTORES VULNERABLES A OPERACIONES DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ

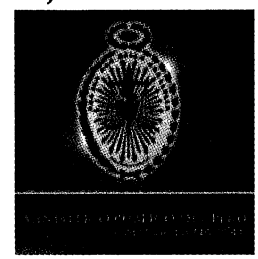
Las investigaciones muestran actos recurrentes de lavado de activos en los siguientes actores:

- Casinos y casa de juego
- Mercado informal de divisas
- Casas de cambio de moneda extranjera
- Agencia de viajes
- Compra y venta de metales preciosos
- Servicios de turismo
- Promoción de espectáculos artísticos y deportivos
- Negociación bursátil
- Importación de artefactos electrodomésticos
- Casa de prestamo y empeño
- Hostales
- Restaurantes
- Surtidores de gasolina
- Construcción inmobiliaria

Las tipologías desarrolladas por el Ministerio Público y la Unidad de Inteligencia Financiera ratifican esa presencia activa, recurrente y diversificada del lavado de activos en la economía emergente peruana, donde las transferencias bancarias son solo una de las diversas modalidades aplicadas por las organizaciones criminales para la legitimación e inserción de capitales ilícitos[36].

36 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 113 y ss.

TIPOLOGÍAS DE LAVADO DE ACTIVOS SEGÚN EL MINISTERIO PÚBLICO (2007-2011)



1. Depósitos en montos pequeños
2. Compra de bienes o instrumentos monetarios
3. Creación de empresas fachada
4. Empresas de solo existen en el papel
5. Transferencias electrónicas
6. Ventas fraudulentas de bienes inmuebles

TIPOLOGÍAS DE LAVADO DE ACTIVOS SEGÚN LA UIF-PERÚ (2007-2012)

1. Utilización de empresas de fachada
2. Unos de entidades falsas, documentos o testaferros
3. Transporte físico de dinero ilícito para conversión de moneda
4. Productos financieros y de inversión susceptibles de ser usados para operaciones de lavado de activos
5. Reclutamiento de personas para realizar operaciones por encargo-pitufeo
6. Arbitraje cambiario internacional mediante transporte de dinero ilícito
7. Transferencias fraccionadas de dinero ilícito a través de giros internacionales
8. Exportación o importación ficticia de bienes o mercancía sobrevalorada
9. Utilización de fondos ilícitos para disminuir el endeudamiento o capitalizar empresas legítimas
5. Transferencias electrónicas
6. Ventas fraudulentas de bienes inmuebles

Como lo destacan diferentes expertos, el 2013 ratificó la tendencia al crecimiento de la economía emergente peruana. Sin embargo, también en dicho lapso quedó en evidencia un crecimiento relevante de la economía informal y de la economía ilegal o criminal. Es más, algunos investigadores como Ruben GUEVARA han llegado a sostener que la tasa de crecimiento en estas economías paralelas logró alcanzar dos dígitos y fue muy superior a la registrada por la economía formal[37].

37 GUEVARA, Rubén, "En el 2013 el Perú fue 'campeón' en economía informal e ilegal", en

Concretamente, el aludido crecimiento de la economía ilegal, o lo que algunos identifican como el producto criminal bruto, se consolida en el Perú a partir de dos modalidades de criminalidad organizada: el tráfico ilícito de drogas y la minería ilegal. El primero, al que podríamos calificar como una expresión tradicional del crimen organizado nacional, reporta anualmente una ganancia de alrededor de 3200 millones de dólares. Por su parte, la segunda, que aflora como una modalidad no convencional y de reciente criminalización en el país, produce 1000 millones de dólares por año. A ello deben sumarse registros menores generados por modalidades de corrupción de sistema o de defraudación tributaria y criminalidad violenta. Ahora bien, este flujo importante de capital ilegal logra insertarse sin mayores dificultades en los canales formales o informales de la economía emergente nacional a partir de tres vías:

a) La creación de empresas en o desde el exterior.
b) El desarrollo y expansión de negocios de fachada.
c) La compra y venta de activos, sobre todo inmuebles.

Sin embargo, a ello debe agregarse también la vía alterna e ilegal del contrabando o traslado de dinero en efectivo o metales preciosos. Esta conducta también adquirió significado delictivo propio con la promulgación del D. Leg. N.° 1106 (art. 3).

Como anota CASTELLANOS, esta convergencia del dinero criminal y de las operaciones de lavado alcanza eficiencia por el todavía limitado control administrativo o penal que puede aplicarse a las personas jurídicas[38]; especialmente, a aquellas que se constituyen y operan desde el país y hacia el exterior, con accionistas y capitalistas extranjeros. En efecto, al 65% de empresas informales se añaden estas personas jurídicas de amplio espectro social y que suelen estar integrados por emprendedores y capitalistas extranjeros provenientes de países con presencia activa del crimen organizado y a quienes no se les aplica mayores restricciones de inserción y pueden constituir empresas con un capital mínimo en muchos casos no superior a 10.000 dólares.

En consecuencia, pues, según lo destaca el diario *Gestión*, medio especializado en temas económicos y financieros, la condición emergente pero a la vez informal de la economía peruana, se ha convertido con sus espacios grisáceos y desregularizados en una excelente oportunidad para la inserción de las ganancias de la criminalidad organizada vía operaciones comunes o sofisticadas de lavado de activos[39].

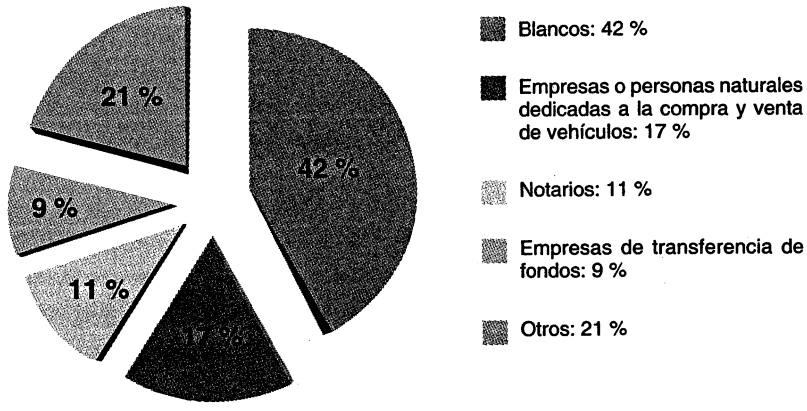
Gestión, Lima: 27 de diciembre del 2013, p. 11.

38 CASTELLANOS, Enrique, "El lavado de dinero en el Perú", en *El Comercio*, Lima: 19 de enero del 2014, Lima, p. 13.

39 GESTIÓN, título, edición del 7 de junio del 2013, Lima: Grupo El Comercio, p. 16.

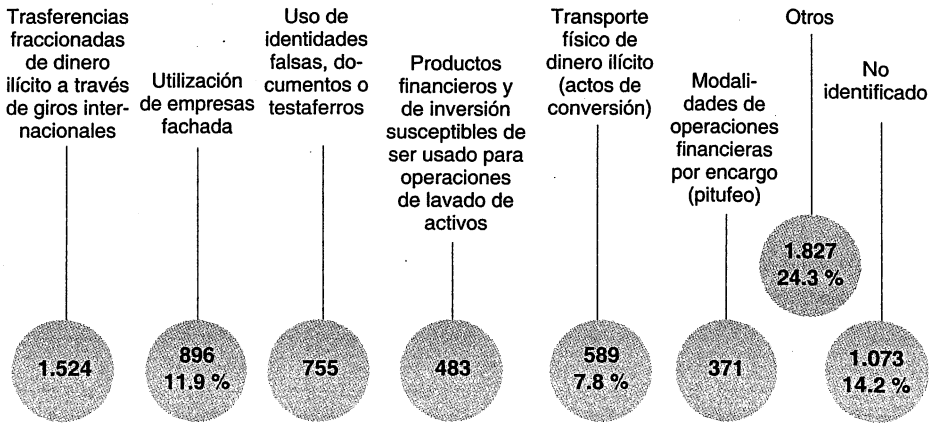
Por lo demás, las estadísticas sobre reportes de transacciones sospechosas que aporta la Unidad de Inteligencia Financiera UIF-Perú, demuestran con claridad esa actual condición favorable de la economía emergente peruana para el lavado de los fondos ilegales de la criminalidad organizada nacional e internacional. En efecto, tales cifras permiten observar un crecimiento constante del volumen de capital involucrado en las operaciones sospechosas reportadas. Es así que el monto acumulado en 7 años (enero 2007 a enero 2014) ha alcanzado a superar los 8000 millones de dólares. Destacando, sobre todo, el dato general que el 21% de los reportes proceden de sectores diferentes a los tradicionales representados por los bancos. Esto es, proceden del ámbito más próximo a las empresas y comercios informales.

PRESENCIA POTENCIAL DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LOS REPORTES DE LA UIF-PERÚ
(Enero 2013 - enero 2014)



Fuente: UIF-PERÚ

MONTO EN MILLONES DE DÓLARES INVOLUCRADO POR TIPOLOGÍA DE OPERACIONES SOSPECHOSAS
(de enero 2007 a enero 2014 = 7,518 millones de dólares)



Fuente: UIF-PERÚ

También es significativo por su coherencia con las fuentes principales del dinero criminal que circula en la economía peruana, el que los mayores registros de fondos ilícitos involucrados en los reportes de la UIF-Perú, correspondan al tráfico ilícito de drogas con 255 reportes sobre un total de 5200 millones de dólares y la minería ilegal que con solo 4 reportes consigna 1525 millones de dólares. Esto es, el volumen de dinero ilícito que derivan del tráfico ilícito de drogas y la minería ilegal, correspondería al 81.94 % del total de los fondos contenidos en los 635 reportes registrados y que es de 8207 millones de dólares.

PRESENCIA POTENCIAL DEL LAVADO DE ACTIVOS EN LOS REPORTES DE LA UIF-PERÚ

Monto involucrado en los informes de inteligencia financiera por delito precedente

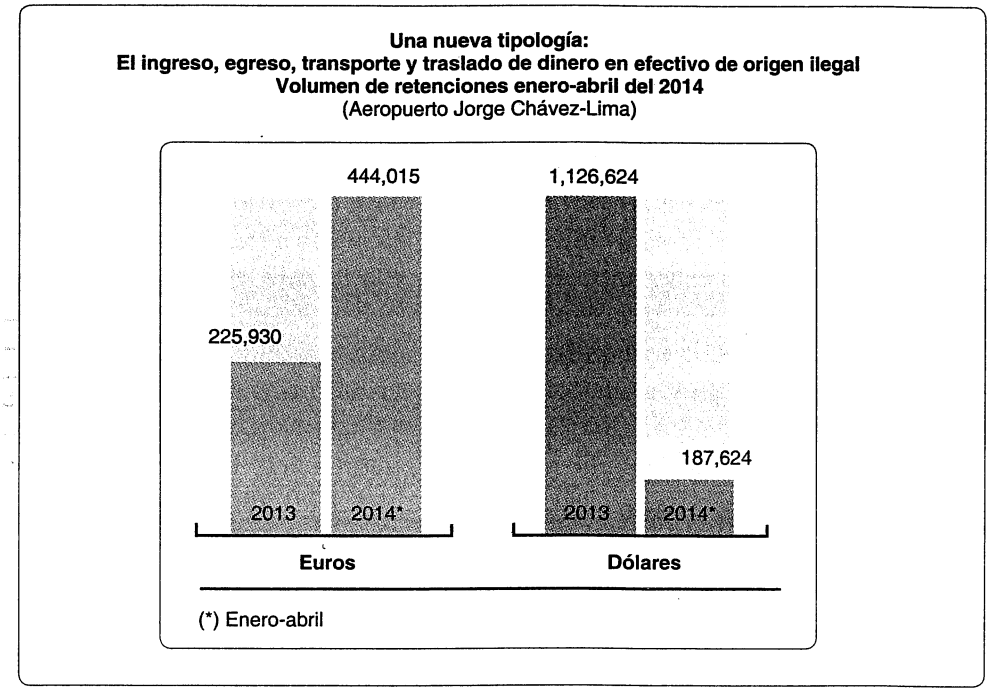
(Enero del 2007 a enero del 2014)

Posible delito vinculado	N.° de IIF	Total millones US$
Tráfico ilícito de drogas	255	5,200
Minería ilegal	4	1,525
Defraudación de rentas de aduanas/contrabando	30	282
Corrupción de funcionarios	80	190
Defraudación tributaria	44	166
Estafa/fraude	18	158
Proxenetismo	9	26
Financiamiento del terrorismo	16	7
Delitos contra la administración pública	4	5
Enriquecimiento ilícito	7	3
Trata de personas	3	2
Secuestro	1	2
Delitos contra el patrimonio agravado	2	1
Tráfico ilícito de migrantes	6	1
Delitos contra los derechos intelectuales	1	1
Otros	155	638
Total	**635**	**8,207**

Fuente: UIF-PERÚ

Finalmente, todos estos estimados, tendencias y proyecciones de la economía criminal y del lavado de activos en la economía emergente peruana, se ven reforzados por la rápida consolidación de una nueva tipología de actos de conversión. Nos referimos al ingreso, egreso, transporte y traslado de dinero en efectivo de origen ilegal. Efectivamente, esta modalidad de lavado de activos, actualmente tan importante para los instrumentos y organismos internacionales de prevención como el GAFI y sus 40 nuevas recomendaciones, muestra en el Perú, en los dos últimos años, una actividad cada vez más fluida y constante. Es así que solo entre junio del 2012 y junio del 2013 se realizaron por la Sunat 75 intervenciones por esta modalidad delictiva y que determinó la retención de algo más de 4 millones de dólares. No pudiéndose acreditar el origen lícito de tales fondos en 27 casos y no presentándose los titulares de tales fondos al proceso de acreditación en 26 casos. Esto es, en 53 casos se calificó indirectamente a los actos irregulares de ingreso, egreso o traslado de dinero en efectivo como operaciones potenciales de lavado de activos. Esta tendencia ha sido ratificada en el primer trimestre del 2014, habiéndose realizado 9 intervenciones con la

retención de un total de 923 231 dólares y no pudiéndose acreditar su origen lícito en 8 casos[40].



VII. CONTROL DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y LAVADO DE ACTIVOS EN EL PERÚ DE ECONOMÍA EMERGENTE, INFORMAL E ILEGAL

Ahora bien, el crecimiento constante y la inserción discreta de la criminalidad organizada y el lavado de activos en un Perú de economía emergente, contrastan con la poca sensible y relativa capacidad del sistema estatal de prevención y control para revertir o disminuir dicha tendencia. Al respecto, las percepciones oficiales y psicosociales de dicho fenómeno se muestran aun tímidas o confusas. Si bien no proyectan una actitud de desánimo o fracaso, sí dejan entrever su marcada incertidumbre y frustración por las malas prácticas e indecisiones observadas en el tratamiento penal de los casos judicializables o judicializados por delitos de lavado de activos, los cuales marcan una preocupante proyección hacia la impunidad. Esto se refleja, por ejemplo, en las expresiones y valoraciones que al respecto han emitido

40 PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 226 y ss.

secuencialmente importantes líderes de opinión como la procuradora antidrogas Sonia MEDINA[41]; el superintendente adjunto de la Unidad de Inteligencia Financiera Sergio ESPINOZA[42]; el actual embajador del Perú en la OEA y ex presidente del Consejo de Ministros Juan JIMÉNEZ MAYOR[43]; y Augusto ÁLVAREZ RODRICH, uno de los más connotados periodistas de análisis político de la prensa local[44].

En el contexto descrito, la regulación e implementación de un nuevo planeamiento estratégico así como de una renovada legislación preventiva y penal contra la criminalidad organizada y el lavado de activos (D. Leg. N.° 1106 y Ley N.° 30077), si bien han significado un oportuno y mejor alineamiento a los estándares y recomendaciones internacionales dispuestos por la ONU, el GAFI o la Cicad-OEA, sus proyecciones e incidencia siguen tomando como referencia principal la presencia de lavado de activos en la economía formal. Esto es, aun se sigue quedando muy al margen el escenario criminógeno de la economía informal y donde realmente se mimetiza el mayor torrente de capital criminal. No obstante, es de destacar que desde los inicios del presente año, hay esfuerzos serios por distinguir la minería informal de la criminalizada minería ilegal, lo cual ha logrado que alrededor de 52000 mineros informales hayan ingresado a un proceso de formalización que posibilitará un distanciamiento, mayor aislamiento y mejor interdicción de la actividad minera delictiva.

Por último, resulta preocupante el escaso grado de eficacia que en la represión del lavado de activos provenientes de la criminalidad organizada, vienen exhibiendo las diferentes agencias estatales de persecución y sanción de tales delitos. Al respecto, una explicación etiológica de esta realidad parece relacionarse con la todavía ingente desinformación de policías, jueces y fiscales sobre los aspectos técnicos que corresponden a la criminalización de los actos de lavado de activos; así como, también, con la poco sólida y fluida coordinación e interoperatividad estratégica que muestran aun las unidades estatales competentes. En ese contexto, las altas cifras de sobreseimientos que generan las denuncias por delitos de lavado de activos compatibilizan, de algún modo, con los modestos y bajos registros de condenas que por dichos ilícitos imponen los tribunales nacionales. Estando próximo el Perú a ser evaluado por el Gafisud el 2016, la actual situación puede generar riesgos de descalificación o de ingreso a la "lista negra", lo cual perjudicaría gravemente el futuro hasta ahora promisor de la economía emergente peruana.

---

41 MEDINA, Sonia, "Lavado de dinero llega a la música y al fútbol en el Perú", en *Gestión*, Lima: 6 de marzo del 2014.

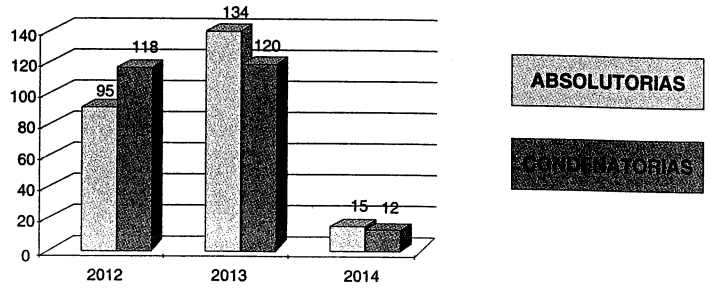
42 ESPINOZA, Sergio, "La construcción y el comercio en los que se lavan más activos", en *El Comercio*, Lima: 19 de abril del 2013.

43 Sesión de Interpelación en el Congreso de la República del 12 de abril del 2013.

44 ÁLVAREZ RODRICH, Augusto, "Desborde impopular", en *La República*, Lima: 10 de abril del 2014, Lima, p. 4.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA SALA PENAL NACIONAL
(PERIODO 2012-FEBRERO 2014)

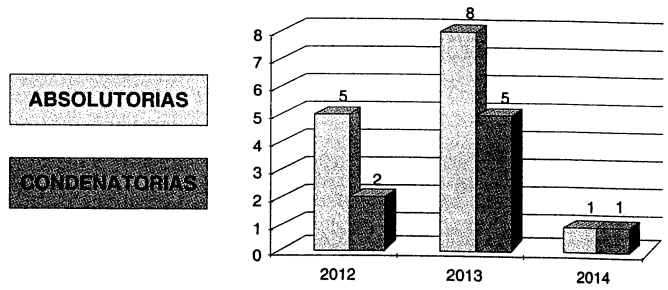
	TOTAL SENTENCIAS EMITIDAS POR DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS			
	AÑO JUDICIAL	TOTAL GENERAL	ABSOLUTORIAS	CONDENATORIAS
ENERO-DICIEMBRE	2012	213	95	118
ENERO-DICIEMBRE	2013	353	134	120
ENERO-FEBRERO	2014	27	15	12
TOTAL DE SENTENCIAS EMITIDAS EN EL PERIODO 2012-FEB 2014		**493**	**244**	**250**



(DATOS PROPORCIONADOS POR LA SALA PENAL NACIONAL)

SENTENCIAS POR LAVADO DE ACTIVOS
DE LA SALA PENAL NACIONAL
(PERIODO 2012-FEBRERO 2014)

	TOTAL SENTENCIAS EMITIDAS POR DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS			
	AÑO JUDICIAL	TOTAL GENERAL	ABSOLUTORIAS	CONDENATORIAS
ENERO-DICIEMBRE	2012	7	5	2
ENERO-DICIEMBRE	2013	13	8	5
ENERO-FEBRERO	2014	2	1	1
TOTAL DE SENTENCIAS EMITIDAS EN EL PERIODO 2012-FEB 2014		22	14	8



(DATOS PROPORCIONADOS POR LA SALA PENAL NACIONAL)

Esta problemática y sus riesgos latentes han sido advertidos por los propios líderes de las instituciones responsables de la prevención y control del lavado de activos como la UIF-PERU, la Procuraduría Antidrogas y del Poder Judicial. Sin embargo, la anotada debilidad en las prácticas de judicialización y sanción de operaciones de lavado de activos muestran aún un panorama inquietante y que se debe ser superado en el corto plazo con mayores cuotas de eficiencia pero siempre en el marco del respeto a la ley y al debido proceso. El cambio requerido demanda, pues, un mejor adiestramiento de los operadores del sistema penal; pero, sobre todo, de una ampliación de las acciones de inteligencia sobre la presencia grisácea de la economía ilegal en la expectante economía emergente del Perú. Claro está, en ese replanteamiento de estrategias y funciones, los criterios hermenéuticos en torno a la nueva legislación deben, también, difundirse y practicarse. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, a través de la producción de jurisprudencia vinculante sobre la materia, ha brindado importantes aportes para superar problemas hermenéuticos frecuentes, como los concernientes al rol del delito precedente, a la punibilidad del autolavado y a la utilidad de la prueba indiciaria[45].

VIII. ALGUNAS CONCLUSIONES

Los datos obtenidos, las prácticas examinadas y las tendencias identificadas nos permiten sustentar las siguientes conclusiones:

1. En el Perú de economía emergente se produce y circula un importante volumen de capital y activos generados por la criminalidad organizada.
2. Es posible inferir que ese producto económico del delito se consolida y asegura a partir de prácticas de lavado de activos que se gestan e interactúan en el amplio espacio de la economía informal o de nuevas tipologías de conversión como el ingreso, egreso o traslado de dinero en efectivo de origen ilegal.
3. El sistema de prevención y control del lavado de activos aún no desarrolla estrategias específicas que incidan en el sector informal.
4. Las agencias de persecución y sanción de la criminalidad organizada y el lavado de activos muestran, aún, debilidades técnicas y tácticas para materializar con eficiencia sus competencias y objetivos.
5. Urge reformular el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, para retroalimentar sus objetivos y estrategias a fin de corregir y atender las disfunciones detectadas en su

45 Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010.

aplicación, así como ampliar sus alcances hacia la evidente presencia de la criminalidad organizada y el lavado de activos en los sectores que activan la economía informal en el Perú.

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALTVATER, Elmar y Birgit MAHNKOPF

2008 *La globalización de la inseguridad. Trabajo en negro, dinero sucio y política informal*, Buenos Aires: Paidós.

BECERRA MUÑOZ, José

2013 *La toma de decisiones en política criminal. Bases para un análisis multidisciplinar*, Valencia: Tirant lo Blanch.

BÖHM, María Laura y Mariano GUTIÉRREZ

2014 *Políticas de seguridad: Peligros y desafíos para la criminología del nuevo siglo*, Buenos Aires: Editores del Puerto.

BRANDARIZ GARCÍA, José Ángel

2014 *El gobierno de la penalidad. La complejidad de la política criminal contemporánea*, Madrid: Dykinson.

CASTILLO GONZÁLES, Francisco

2012 *El delito de legitimación de capitales*, San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental.

CIMOLI, Mario; Annalisa PRIMI y Maurizio PUGNO

2006 "Un modelo de bajo crecimiento: La informalidad", en *Revista de la CEPAL*, n.° 88, Brasilia.

ESCUCHURI, Estrella

2014 "Consideraciones sobre el tratamiento de la delincuencia organizada tras las últimas reformas del Código Penal", en *Dogmática del derecho penal material y procesal y política criminal contemporáneas. Libro Homenaje a Bernd Shunemann por su 70.° Aniversario*, Lima: Gaceta Jurídica.

FORGIONE, Francesco

2010 *Mafia export. Como la 'Ndrangheta, la Cosa nostra y la Camorra han colonizado el mundo*, Barcelona: Anagrama.

GARZÓN VERGARA, Juan Carlos

2012 *La rebelión de las redes criminales: el crimen organizado en América Latina y las fuerzas que lo modifican. Citizen Security and Organized Crime*, Washington: Woodrow Wilson Center Update on The Americas.

GAYRAUD, Jean-François

2007 *El G 9 de las mafias en el mundo. Geopolítica del crimen organizado*, Barcelona: Ediciones Urano.

GIL CANALETA, Carlos

2009 "El Subdesarrollo", en BILBAO UBILLUS, Javier y Juan Carlos LONGÁS GARCÍA, (coords.), *Temas de economía mundial*, Bilbao: Delta Publicaciones.

GONZÁLES CUSSAC, José Luis

2013 "Tecnocrimen", en GONZÁLES CUSSAC, José Luis y María Luisa CUERDA ARNAU (dirs.), *Nuevas amenazas a la seguridad nacional*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GRECO, Orlando

2013 *Diccionario preciso de economía,* Buenos Aires: Valleta Ediciones.

LÓPEZ SÁNCHEZ, José

2013 "La delincuencia organizada como amenaza estratégica", en GONZÁLEZ RUS, Juan José (dir.), *La criminalidad Organizada*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MILITELLO, Vincenzo

2014 "Hacia un derecho penal europeo", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), en *VI Congreso Internacional sobre Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MONTOYA, Mario

2004 *Mafia y crimen organizado*, Buenos Aires: Ad-Hoc.

MORÓN PASTOR, Eduardo

2013 *Los desafíos del Perú*, Lima: Universidad del Pacífico.

OIM (ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL PARA LAS MIGRACIONES)

2013 *Protección de personas ante el Crimen Organizado Transnacional*, Lima: CAD.

PORTES, Alejandro y William HALLER

2004 *La economía informal*, Santiago de Chile: CEPAL.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto

2013 *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa.

SHARMA, Ruchir

2013 *Países emergentes. En busca del milagro económico,* Madrid: Aguilar Santillán.

WILLIAMS, Phil

2005 "Cooperación entre organizaciones criminales", en BERDAL, Mats y Mónica SERRANO, (comps.), *Crimen transnacional organizado y seguridad internacional*, México: Fondo de Cultura Económica.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2006 "Criminalidad organizada, derecho penal y sociedad. Apuntes para el análisis", en SANZ MULAS, Nieves (coord.), *El desafío de la criminalidad organizada*, Granada: Comares.

EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO DE LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

PERCY GARCÍA CAVERO

SUMARIO: I. Introducción. II. La criminalidad organizada. 1. La realidad criminológica. 2. Las decisiones político-criminales. 2.1. En el plano internacional. 2.2. En el plano nacional. III. El lavado de activos. 1. La realidad criminológica. 1.1. La lesividad del lavado de activos en el sistema económico. 1.2. El modelo de fases del lavado de activos. 1.2.1. La colocación. 1.2.2. El ensombrecimiento. 1.2.3. La integración. 1.2.4. Conductas periféricas. 1.3. La transnacionalidad del lavado de activos. 1.4. La profesionalización del proceso de lavado de activos. 2. Las decisiones político-criminales de represión del lavado de activos. 2.1. La lucha en el plano internacional. 2.2. La lucha en el plano nacional. IV. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El origen criminológico del lavado de dinero se remota al desarrollo del lucrativo negocio del tráfico ilícito de drogas a partir de los años sesenta, aunque existen también datos ciertos sobre su vinculación con el ocultamiento de beneficios obtenidos ilícitamente por funcionarios públicos corruptos[1]. En cualquier caso, y con independencia de su origen, no hay duda que, en la actualidad, la persecución penal de esta nueva forma de actuación delictiva está vinculada fundamentalmente a la llamada criminalidad organizada, en la medida que los procesos de legitimación de los bienes de origen delictivo son cometidos sobre todo por organizaciones delincuenciales que necesitan dar apariencia de legalidad a los grandes beneficios económicos obtenidos por sus actividades ilícitas[2]. Por lo

1 *Vid.* Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra: Ilustrated, 2002, p. 37.

2 *Vid.* Ferré Olivé, "'Blanqueo' de capitales y criminalidad organizada", en *Nuevas tendencia del Derecho penal económico y de la empresa*, Reyna Alfaro (coord.), Lima: Ara editores, 2005, p. 856 y s.; Abanto Vásquez, Manuel, "Evolución de la criminaliza-

tanto, para poder llegar a tener una cabal comprensión de lo que se reprime como delito de lavado de activos, es necesario tener presente su contexto criminológico y cómo le alcanza la actitud político-criminal de lucha contra la criminalidad organizada. Lo anterior permitirá explicar la absoluta priorización de la eficacia en la persecución penal, al extremo de negar o restringir sustancialmente el lado garantista del sistema penal.

II. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

1. La realidad criminológica

La criminalidad organizada no es una aparición delictiva novedosa, sino, en todo caso, las dimensiones que tiene en la actualidad. El fenómeno asociativo con fines delictivos puede remontarse a la antigua Roma en relación con el llamado *conventículum*, esto es, el caso de los bandoleros que asolaban los caminos y las poblaciones[3]. Este bandolerismo no solo generaba una fuerte inseguridad ciudadana, sino que afectaba también la propia estabilidad política de la comunidad, al poner en crisis a la autoridad nombrada en zonas apartadas. Si bien el fenómeno de la criminalidad organizada se muestra hoy de forma muy distinta, debe reconocerse que sus elementos constitutivos siguen siendo, en el fondo, los mismos. En efecto, la criminalidad organizada responde siempre a la idea de constituir una organización de personas para cometer hechos delictivos graves de forma permanente y conseguir así sendos beneficios económicos[4]. Dos son, pues, los aspectos esenciales de la criminalidad organizada que deben ser tenidos en cuenta en la reacción penal: la entidad subjetiva especial y la orientación delictiva de la organización criminal[5]. Estos aspectos de la criminalidad

---

ción del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania", en *Lavado de activos y compliance*, AMBOS, Kai; Carlos CARO y Ezequiel MALARINO (coords.), Lima: Jurista Editores, 2015, p. 32.

3 *Vid.* YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, nota 1, p. 25.

4 Por el contrario, la definición de PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa, 2013, p. 44, resulta más restrictiva, pues limita la criminalidad organizada a las organizaciones que ofrecen bienes o servicios legalmente restringidos, dejando de lado a las organizaciones que se dedican organizadamente a extorsionar, plagiar, corromper o robar para conseguir beneficios económicos o materiales.

5 *Vid.* similarmente, YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), ob. cit., p. 56; como perspectivas de la política criminal.

organizada presentan, en la actualidad, una serie de particularidades que resulta conveniente describir de forma más precisa.

De manera general, puede decirse que, en el plano subjetivo, la criminalidad organizada se caracteriza por la configuración de una organización delictiva que expresa una mayor gravedad que un delito mono-subjetivo e incluso que una sumatoria eventual de sujetos que realizan un delito mediante un acuerdo circunstancial o momentáneo[6]. En efecto, la existencia de una organización ilícita conlleva una situación especial que incrementa, por diversas razones, el desvalor social de la entidad subjetiva de los delitos cometidos. En primer lugar, con la constitución de una agrupación delictiva tiene lugar una especialidad en el desarrollo de la actividad delictiva, lo que significa una distribución de funciones para la optimización de los objetivos criminales del grupo[7]. Esta mayor eficiencia no solo repercute en la realización de los delitos-fines, sino también en la inmunidad frente a la acción de la justicia (equipos de defensa, corrupción, amenaza, etc.). En segundo lugar, se produce una permanencia del grupo, de manera tal que la actividad criminal agrupada no termina en la comisión de un delito, sino que se prolonga a lo largo del tiempo[8]. Esta permanencia hay que entenderla en cuanto a la agrupación, puesto que puede ser que al interior de esta cambien las personas individuales pero el grupo se mantenga operativo[9]. Finalmente, la existencia de una organización criminal lleva muchas veces a que la procuración de medios se desarrolle también ilícitamente de forma organizada como es el caso de la provisión de armas, insumos controlados, etc., lo que implica evidentemente un mayor desarrollo de actividades delincuenciales.

---

6 Así niega la equiparación de la criminalidad organizada a una simple coautoría o participación en el delito. *Vid.* YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), ob. cit., p. 57; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 36 y s.

7 *Vid.* así, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex, 1998, p. 37. Sobre la estructura de las organizaciones criminales, YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), ob. cit., p. 106; en donde se destaca su jerarquización.

8 Véase, sobre la permanencia, YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), ob. cit., p. 106 y ss.; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 45.

9 *Vid.*, YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), ob. cit., p. 57.

El segundo elemento característico de la criminalidad organizada es la orientación delictiva, es decir, que la agrupación está orientada a la comisión permanente de delitos. Estos delitos-fines tienen, a su vez, ciertas particularidades. En primer lugar, son delitos graves que, por lo general, contemplan como sanción una pena privativa de libertad, como, por ejemplo, el narcotráfico, la trata de personas, el tráfico de armas y obras de arte, el secuestro y la extorsión, etc.[10]. En segundo lugar, la realización de estos hechos ilícitos trae, por lo general, grandes beneficios económicos y financieros a los miembros de la organización[11]. Un rasgo actual de estos beneficios es su generación en contextos internacionales. Como es sabido, el sistema económico desborda hoy en día las fronteras nacionales, lo que explica que la rentabilidad de los delitos cometidos por las agrupaciones criminales también adquiera un carácter internacional[12]. En efecto, la globalización económica ha contribuido de alguna forma a la sorprendente expansión de la criminalidad organizada en los últimos tiempos[13], pues una economía globalizada y agilizada por el uso de modernas tecnologías facilita que la criminalidad organizada pueda realizar todas sus actividades de tráfico ilegal con mayor rapidez e impunidad (armas y materiales nucleares, drogas, personas, embriones, órganos, animales, obras de arte, autos robados, etc.)[14]. Podría decirse que la existencia del fenómeno de integración económica y la generación de mercados supranacionales ha traído consigo que también la criminalidad organizada se haya no solo internacionalizado, sino incluso transnacionalizado[15].

---

10 *Ibid.*, p. 114 y s; en la Convención de Palermo se establece como referencia la pena privativa de libertad de cuatro años.

11 *Ibid.*, p. 118.

12 *Ibid.*, p. 58.

13 Véase, sobre las oportunidades que ofrece el mercado global, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 31.

14 *Vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, en Prólogo a BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 25; CASTALDO, Andrea, "Criminalidad organizada y mercado económico-financiero", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 275.

15 La organización criminal es internacional cuando no opera solamente en los límites de un Estado, sino que va más allá con el auxilio de sus propios integrantes, mientras que será transnacional cuando existe cooperación entre los grupos criminales de cada territorio para operar. *Vid.*, YACOBUCCI, Guillermo, "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), ob. cit., pp. 58, 116 y s.

2. LAS DECISIONES POLÍTICO-CRIMINALES

El proceso criminológico de transnacionalización de la criminalidad organizada ha llevado a que la represión penal contra este fenómeno delictivo no se limite a mecanismos de reacción de carácter nacional, sino que se incluya también los internacionales[16]. Lo anterior explica que, en el análisis político-criminal de la lucha contra la criminalidad organizada, se puedan diferenciar las decisiones que se han tomado en el plano internacional y aquellas que han tenido lugar a nivel nacional, sin negar, claro está, la natural vinculación que hay entre las mismas.

2.1. En el plano internacional

En el 2004, en el prefacio de la publicación de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, Kofi Annan, secretario general de dicha institución, señalaba: "Si la delincuencia atraviesa las fronteras, lo mismo ha de hacer la acción de la ley. Si el imperio de la ley se ve socavado no solo en un país, sino en muchos países, quienes lo defienden no se pueden limitar a emplear únicamente medios y arbitrios nacionales". Esta orientación de la política criminal internacional ha quedado plasmada en la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional del 2000, más conocida como la Convención de Palermo. Esta Convención constituye el esfuerzo internacional más claro para reprimir la criminalidad organizada[17], a la que se ha adherido el Perú (Resolución Legislativa N.° 27527 del 5 de octubre del 2001).

---

16 Blanco Cordero, Isido e Isabel Sánchez García de Paz, "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio", en *Revista Penal*, N.° 6, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, p. 5; Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, "La regulación española del blanqueo de capitales", en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, Urquizo, José; *et. al.*, Lima: Idemsa, 2012, p. 130. En este sentido, señala Suárez González, Carlos, *Organización delictiva, comisión concertada u organizada*, en homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra: Civitas, 2005, p. 1772; que en el plano jurídico las medidas de intensificación de la represión de la criminalidad organizada se han desarrollado básicamente en dos direcciones: reforzamiento de la cooperación policial y judicial a nivel internacional mediante la suscripción de convenios internacionales y reforzamiento de la legislación penal.

17 A nivel de las Naciones Unidas los antecedentes se remontan a la Conferencia Mundial Interministerial sobre crimen organizado transnacional celebrado en Nápoles de 1994. Véase, al respecto, Blanco Cordero, Isido e Isabel Sánchez García de Paz, "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos

El ámbito de aplicación de la Convención de Palermo gira en torno a los delitos graves de carácter transnacional que entrañen la participación de un grupo delictivo organizado. Por delito grave se entiende la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave. Un delito grave es considerado de carácter transnacional en los siguientes casos: Si se comete en más de un Estado; si se comete dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; si se comete dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o si se comete en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado. Finalmente, por grupo delictivo organizado se entiende un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Los países que se han adherido a la Convención de Palermo se comprometen, en consonancia con los principios de igualdad soberana e integridad territorial de los Estados, a tomar diversas medidas para reprimir los delitos graves de carácter transnacional cometidos por un grupo delictivo organizado. El primer compromiso está referido a la adopción de medidas legislativas para tipificar como delito las siguientes conductas: a) el acuerdo con una o más personas para cometer un delito grave con la finalidad de obtener un beneficio económico o material y, cuando así lo prescriba el derecho interno, el inicio de la ejecución del hecho acordado o la participación en un grupo delictivo organizado; b) La participación activa en las actividades ilícitas de en grupo delictivo organizado o en otras actividades que favorecen los fines delictivos del grupo (tráfico de armas, p. e.); c) la organización, dirección, ayuda, incitación, facilitación o asesoramiento en aras de la comisión de un delito grave que entrañe la participación de un grupo delictivo organizado (cooperación con la organización criminal); d) el lavado de activos, concretamente los actos de conversión y transferencia, los actos de ocultación y tenencia, y los actos de cooperación (asesoramiento) para la comisión de estos delitos; e) la corrupción de funcionarios. Tanto cohecho

al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio", en *Revista Penal,* n.° 6, art. cit., p. 5 y s.; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: Contribución a la determinación del injusto penal de Organización Criminal,* Granada: Comares, 2009, p. 48.

activo como pasivo. También la tipificación de la participación en estos delitos; y f) la obstrucción de la justicia frente a la criminalidad organizada.

Además de los compromisos de criminalización, los Estados parte se obligan a tomar medidas de investigación y enjuiciamiento, entre las que destacan las siguientes: a) medidas específicas para combatir el blanqueo de dinero (reglamentación y supervisión de bancos e instituciones financieras); b) medidas para facilitar la persecución penal contra la corrupción (en especial, dotar de autonomía e independencia a los órganos de persecución de la corrupción para evitar influencias indebidas en su actuación); c) la implementación de una responsabilidad (penal) de las personas jurídicas que intervengan en la realización de los delitos; d) medidas para la detención y el aseguramiento de los procesados; e) la adopción de reglas sobre la prescripción de los delitos para que no prescriban en un tiempo razonable; f) el decomiso y la incautación de los activos de procedencia delictiva; g) medidas de protección de testigos.

Junto con lo anterior, la Convención de Palermo prevé diversas medidas de cooperación internacional para la persecución de los delitos cometidos por organizaciones criminales de carácter transnacional, entre las que destacan la extradición y la asistencia judicial recíproca (como, por ejemplo, la recepción de testimonios, la realización de inspecciones, la ejecución de embargos preventivos, etc.).

2.2. En el plano nacional

A nivel interno, se han tomado también diversas decisiones dirigidas a optimizar la lucha contra la criminalidad organizada. Estas decisiones han tenido lugar tanto a nivel de las normas de la Parte General, como de los tipos penales de la Parte Especial.

En cuanto a las reglas de la Parte General, la idea central ha sido optimizar los criterios de imputación penal a los diversos miembros de la agrupación criminal. Esta optimización se presenta en los siguientes aspectos como la aplicación de la ley penal peruana a los delitos transnacionales cometidos por la organización criminal, la flexibilización de los criterios de la intervención delictiva para determinar la responsabilidad penal de los miembros de la agrupación criminal por los delitos cometidos (especialmente de los miembros de la cúpula dirigencial que no intervienen en su ejecución), la aplicación de consecuencias accesorias como el decomiso de ganancias y la intensificación de las reglas del concurso de delitos.

Por su parte, a nivel de la Parte Especial la lucha contra la criminalidad organizada se ha centrado en el castigo de la actividad previa y posterior a los delitos

cometidos por la organización criminal, esto es, en el delito de asociación ilícita para delinquir (artículo 317 del CP) y en el delito de lavado de activos (Decreto Legislativo N.° 1106). En lo que sigue, nuestra exposición se va a centrar en la represión de los actos posteriores de las organizaciones criminales, por lo que se abordará el contexto criminológico del delito de lavado de activos y las decisiones político-criminales que se han tomado sobre la manera cómo debe reprimirse.

III. EL LAVADO DE ACTIVOS

Las grandes ganancias obtenidas por las actividades delictivas de la organización criminal se convierten, sin embargo, en su mayor debilidad, pues no solo dan una luz de alerta a los órganos de persecución penal sobre la actividad delictiva que las genera, sino que, al haberse conseguido al margen de las reglas del mercado, no pueden ser disfrutadas plenamente. Dado que a los miembros de la organización delictiva les interesa mantenerse en sociedad y disfrutar tranquilamente de los beneficios alcanzados por su accionar delictivo, se procede a realizar diversas maniobras con las ganancias con la finalidad de darles una apariencia de legalidad. El lavado de activos se presenta, de esta manera, como un paso necesario para que los delincuentes encuentren en la criminalidad una forma de vida[18].

1. La realidad criminológica

El lavado de activos es una actividad compleja que requiere ser entendida a cabalidad en el plano criminológico. Lo que define sus características criminológicas es el ámbito social en el que tiene lugar, es decir, el tráfico de bienes en el sistema económico actual.

1.1. La lesividad del lavado de activos en el sistema económico

Si bien el lavado de dinero surge criminológicamente como un acto de encubrimiento realizado para evitar la detección de los bienes de origen delictivo, cada vez se ve con mayor claridad que los procesos de blanqueo de capitales ilícitos tienen, en sí mismos, una lesividad social que repercute en el sistema económico. Salvo que un Estado ordene conscientemente su economía a la espera movimientos de activos dirigidos a lavar ganancias ilícitas, la introducción de estos activos en el tráfico legal de bienes y valores genera serias distorsiones en el sistema económico y financiero que terminan afectando a los diversos agentes

18 Véase con referencias concretas, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 39 y s.

económicos[19]. En efecto, la conducta de dotar de apariencia de legalidad a activos de procedencia ilícita afecta no solo a la libre competencia en el mercado, sino que incluso produce variaciones perjudiciales en los precios de los bienes y servicios, así como en las cotizaciones de la moneda extranjera[20]. En este sentido, el delito de lavado de activos tiene su propia lesividad social que lo hace independiente de los delitos que originan las ganancias ilícitas que pretenden ser blanqueadas.

1.2. El modelo de fases del lavado de activos

Dada la multiformidad del sistema económico actual, el lavado de activos se realiza a través de una gran variedad de métodos. Los estudios especializados han intentado sistematizar esta diversidad de métodos mediante diferentes modelos explicativos. Pero el que posiblemente mayor predicamento ha recibido es el modelo desarrollado por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), el cual ha sido corregido y complementado por diversas aportaciones doctrinales y prácticas[21]. En este modelo del proceso de lavado de activos se destacan fundamentalmente tres fases: la colocación, el ensombrecimiento y la integración de los activos. Antes de entrar a explicar en qué consiste cada una de estas fases, resulta pertinente destacar que no todos los procesos de lavado de activos pasan necesariamente por las tres fases[22], sino que, por alguna razón estratégica, pueden dejarse inconclusos o ser reiniciados. Asimismo, debe hacerse la indicación de que, junto a las fases, existen las llamadas conductas periféricas, es decir, aquellos actos sobre los activos de origen delictivo que tienen lugar al margen del sistema económico lícito, pero que preparan, intermedian o concluyen un acto de colocación, ensombrecimiento o integración de los activos[23].

---

19 Sobre los efectos lesivos en el sistema económico y financiero expuestos en los informes del Consejo de Europa sobre el blanqueo de capitales, véase Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 119.

20 Véase, en este sentido, Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 218 y s.

21 *Vid.* Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 62. No obstante, Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Barcelona: Marcial Pons, 2000, p. 42, se muestra crítico frente a los modelos de fases, a los que califica de elucubraciones teóricas de difícil aplicación práctica. Igualmente críticos Prieto, Ana María; Deborah García Magna y Antonio Martín Prado, *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, Barcelona: InDret, 2010, p. 5.

22 Así, Vidales Rodríguez, Caty, "Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código penal español tras las reforma de la L.O. 5/2010)", en *Revista General de Derecho Penal*, n.° 18, Madrid: Iustel, 2012, p. 4.

23 Véase al respecto, Prieto, Ana María; Deborah García Magna y Antonio Martín Prado, *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 7 y ss.

1.2.1. La colocación

La fase de colocación consiste en desprenderse materialmente de fuertes sumas de dinero de procedencia delictiva sin ocultar aún la identidad de su titular, aunque también es posible la utilización de intermediarios en la colocación[24]. Por razones de seguridad, estas cantidades de dinero se depositan en instituciones financieras tradicionales o no tradicionales. En el caso de instituciones financieras tradicionales, se adquieren instrumentos financieros con el dinero de procedencia ilícita[25] o se deposita el dinero de forma fraccionada en cantidades que no generan la obligación de la institución bancaria de comunicar como sospechosas las operaciones realizadas al organismo de prevención del lavado de activos[26]. En la medida en que el conocimiento del cliente se deja todavía al criterio de las instituciones bancarias, es usual que la colocación de capitales ilícitos cuente con la complicidad de funcionarios bancarios que han sido captados por los lavadores[27]. La colocación de los capitales se puede hacer también en instituciones financieras no tradicionales que no están sometidas a un control tan estricto como las tradicionales (casas de cambio, casas de empeño, etc.) e incluso recurrir a empresas que generalmente manejan considerables cantidades de dinero en metálico sin un estricto control de sus movimientos como los supermercados, hoteles, casinos, etc.[28]. En este último caso, el dinero ilícito se mezcla con el dinero lícitamente obtenido por la actividad de la empresa, lo que hace muy difícil poder reconducirlo luego hasta su origen delictivo.

1.2.2. El ensombrecimiento

La etapa del ensombrecimiento consiste en ocultar el origen de los bienes ilícitos previamente colocados[29]. Esta ocultación del origen de los activos coloca-

24 Véase, sobre la figura de los recaudadores, PRIETO, Ana María; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PRADO, *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 15.

25 Sobre la instrumentalización de los títulos-valores, véase FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 115 y ss.

26 Véase, así, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 114; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 65, respecto del *structuring* y el *smurfing*.

27 *Vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 66; LAMAS PUCCIO, Luis, *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas*, Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p. 97.

28 *Vid.* FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 123 y ss.

29 *Vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 69 y s.; ARÁNGUEZ Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 41. Como fase de control y cobertura, BUOMPADRE, Jorge, "Lavado de dinero", en *Derecho penal de*

dos se lleva a cabo mediante la realización de múltiples transacciones financieras o similares que hacen difícil un seguimiento completo de la procedencia de dichos activos e impiden, por tanto, la identificación de su origen delictivo[30]. Lo que se procura con esta fase del lavado de activos es alejar los fondos de su origen delictivo mediante diversas transacciones u operaciones en las que muchas veces participan instituciones de diversos países[31].

Los tipos de transacciones que se usan para el ensombrecimiento de los capitales de origen ilícito pueden ser muy diversos. A modo simplemente ejemplificativo: se podría crear un rastro documental falso para evitar su detección[32], se podría convertir el dinero metálico que se ha colocado en instituciones bancarias en instrumentos financieros para facilitar su traslado fuera del país, se podría adquirir bienes por un precio mayor al declarado para su posterior venta o cambio[33], se podría instrumentalizar a sociedades interpuestas o fachadas para realizar diversas transacciones económicas con los fondos ilícitos[34], o se podrían realizar diversas transferencias electrónicas de fondos que por su volumen y el poco desarrollo de mecanismos de individualización de los agentes constituye un mecanismo ideal para ensombrecer el origen ilícito de los bienes o activos colocados[35]. No hay duda de que este último tipo de transacción constituye el mecanismo preferido para desaparecer el rastro ilícito de la procedencia de los bienes, lo que explica la especial atención que en la actualidad los diversos instrumentos internacionales de lucha contra el lavado de activos ponen sobre las transacciones electrónicas y la solicitud de colaboración a las instituciones bancarias correspondientes [Recomendación N. R (80) 10 del Comité de Ministros del Consejo de Europa del 27 de junio de 1980][36].

---

los negocios, CARRERA, Daniel y Humberto VÁSQUEZ (dir.), Buenos Aires: Astrea, 2004, p. 272. Como fase de intercalación, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima: Grijley, 2007, p. 27.

30 *Vid.* PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, ob. cit., p. 28; BERNAL CAVERO, "Las etapas del proceso de lavado de activos", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 17, Lima: Gaceta Jurídica, 2010, p. 53.

31 Véase, en este sentido, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 135.

32 *Ibid.*, p. 142 y ss.

33 *Ibid.*, p. 139 y ss. En relación con bienes inmuebles, LAMAS PUCCIO, Luis, *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas*, ob. cit., p. 102 y s.

34 Véase, para mayores referencias, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 146 y ss.

35 *Vid.*, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 70.

36 *Ibid.*, p. 71.

1.2.3. La integración

La integración consiste en el retorno aparentemente legal de los fondos al delincuente de manera directa o por medio de personas o empresas vinculadas. Esta apariencia de legalidad se puede conseguir de diversas formas: como recepción de utilidades en inversiones (por ejemplo, la adquisición de bienes inmuebles a un precio menor en los papeles para luego venderlo a su precio real, o la declaración de utilidades en empresas pantalla que no tienen realmente los ingresos declarados ante el fisco[37]), obtención de créditos ficticios (créditos simulados otorgados por empresas extranjeras normalmente de paraísos fiscales[38]), emisión de facturas de importación o exportación con sobrevaloraciones o subvaloraciones de las mercancías, reinversiones de ahorros, cobro de seguros[39], plusvalías en el mercado de valores (por ejemplo, compra y venta de acciones[40]), herencias e incluso las ganancias o premios en juegos de azar o apuestas[41]. Debe destacarse que la determinación del origen ilícito de los fondos resulta difícil en la etapa de integración si es que no se ha podido detectar en las fases anteriores de colocación y ensombrecimiento[42]. En suma, se trata de diversos mecanismos que permiten la incorporación de los capitales de procedencia delictiva en la esfera de dominio del generador mediante mecanismos que le otorgan una apariencia de legalidad.

1.2.4. Conductas periféricas

Dentro de las conductas periféricas se engloban los actos de almacenamiento, transporte o transformación que se hacen al margen del sistema económico lícito. Por ejemplo, el traslado de los activos puede tener lugar por medio de un sistema

37 *Vid.* PRIETO, Ana María; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PRADO, *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 29.

38 Sobre los prestamos ficticios, véase PRIETO, Ana María; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PRADO, *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 30; ROMERO FLORES, Beatriz, "Análisis criminológico del blanqueo de capitales", en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, URQUIZO, José; Nelson SALAZAR; Gabriel ADRIASOLA *et. al.*, Lima: Idemsa, 2012, p. 312.

39 *Vid.* LAMAS PUCCIO, Luis, *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas*, ob. cit., p. 101.

40 *Ibid.*, p. 99.

41 Así, PRIETO, Ana María; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PRADO, *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 28 y s.

42 De hecho se señala que la detección solamente tiene probabilidades de conseguirse en la etapa de colocación. Así, PRADO SALDARRIAGA, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, ob. cit., p. 29; con base en lo señalado por organismos públicos o privados como la Federación bancaria europea, la INTERPOL o la DEA.

organizado de compensaciones al margen del sistema financiero oficial[43]. Lo mismo sucede con el llamado contrabando físico de dinero en metálico, aprovechando la falta de un control exhaustivo[44]. De esta manera, el dinero se desplaza a un lugar en el que la acumulación de grandes cantidades de dinero puede pasar más desapercibida. Periférica es también la transformación del activo de procedencia delictiva que se hace al margen de los circuitos legales como sería el cambio de denominación de los billetes en lugares con mucho flujo de efectivo. En todos estos casos, no se realiza una operación en el circuito económico legal, lo que dificulta su incardinación en las fases de colocación, ensombrecimiento o integración. Sin embargo, estas conductas facilitan la posterior realización de dichos actos o, en todo caso, generan las condiciones idóneas para la realización de alguna de las fases que tienen lugar propiamente en el sistema económico legal.

1.3. La transnacionalidad del lavado de activos

Si una de las características del sistema económico actual es su globalidad, entonces resulta lógico que también los procesos de blanqueo de capitales adquieran esta dimensión espacial. En los estudios especializados se habla ya de una globalización de las actividades de lavado de activos[45], en la medida en que las organizaciones criminales aprovechan las debilidades de los sistemas de control de cada país y la falta de interrelación entre los mismos para evitar el seguimiento de las diversas operaciones y transferencias internacionales y, con ello, la demostración del origen ilícito de los beneficios[46]. A ello habría que agregar el uso de los diversos paraísos fiscales en el mundo con altos niveles de secreto bancario, los cuales se constituyen en el lugar apropiado para ensombrecer el origen delictivo de los capitales de procedencia delictiva[47].

---

43 Véase al respecto, con numerosos ejemplos, PRIETO, Ana María; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PRADO, *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 7 y ss.

44 *Vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 67 y s.; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 127 y ss.

45 *Vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 51; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 73 y s.; CALDERÓN VALVERDE, Leonardo, "El delito de lavado de activos en la legislación peruana", *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 64, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 152.

46 Así, BLANCO CORDERO, Isidoro e Isabel Sánchez García de Paz, "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio", en *Revista Penal*, art. cit., p. 4.

47 Sobre los paraísos fiscales (*tax havens*), véase, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 88 y ss.

En las investigaciones criminológicas se ha constatado la transnacionalidad del lavado de activos en las organizaciones criminales o mafias internacionales más conocidas. Las tríadas chinas, por ejemplo, no actúan desde la propia República China, sino que realizan sus actividades en ciudades con un núcleo numeroso de ciudadanos chinos, como Ámsterdam, Londres, Nueva York o San Francisco[48]. Estas organizaciones criminales se caracterizan por llevar el dinero metálico desde el lugar de recolección hasta el lugar de inversión, normalmente Hong Kong, para, a partir de allí, enviarlo a otros países para comprar más droga (Birmania y Tailandia) o para integrarlo mediante la inversión de millones de dólares en negocios situados en zonas económicas especiales de Guandong y Fujian[49]. Las mafias rusas, por su parte, se remontan a las organizaciones criminales de la economía subterránea y la corrupción desarrolladas durante el régimen comunista. Con la actual apertura de sus fronteras y la integración en el mercado, se ha creado un nuevo panorama para el desarrollo de sus actividades ilícitas entre las que destacan el tráfico de drogas, comercio de armas, la prostitución, robo de automóviles y el tráfico de antigüedades. Los sistemas de blanqueo de capitales se han movido fundamentalmente en los procesos de privatización de bienes y empresas públicas de los países del este europeo; un lugar de desarrollo perfecto, sobre todo por la ausencia de suficientes y adecuados mecanismos de control para detectar el lavado de los activos de procedencia ilícita que se utilizan para la adquisición de las referidas empresas[50].

Más sofisticados son los procesos de blanqueo de capitales que utilizan la mafia siciliana y la mafia colombiana. Los italianos dedican su actividad ilícita fundamentalmente a los sobornos, adjudicaciones fraudulentas, tráfico de drogas, protección de comerciantes, etc. El dinero que les reporta estas actividades ilícitas las invierten en bienes que puedan mantener controlados, como propiedades inmuebles, empresas, negocios, más que comprar acciones o bonos. La titularidad de estos bienes tanto en Italia como en el extranjero la tienen los propios miembros de la mafia o sus familiares que han emigrado. Para realizar sus inversiones, la mafia siciliana ha empezado ya a utilizar personas especializadas en las actividades de blanqueo, de manera que el sistema bancario y de seguros, las empresas comerciales y los negocios de juego y apuesta son los circuitos económicos por donde usualmente materializan el proceso de lavado de dinero[51]. Sin embargo, el mayor nivel de tecnificación lo tienen los cárteles

48 Véase, así, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 40.
49 *Ibid.*, p. 41 y s.
50 *Ibid.*, p. 46 y ss.
51 *Ibid.*, p. 46.

colombianos, cuyas actividades ilícitas giran alrededor fundamentalmente del narcotráfico. Estas organizaciones criminales han logrado conjugar la cultura empresarial con la criminal, diversificando los mercados y sus productos para poder conseguir la mayor rentabilidad de sus actividades ilícitas. Este grado de sofisticación se presenta también en el proceso de lavado de dinero, en donde no solo recurren a personas especializadas, sino que han logrado especializar las distintas fases de este proceso[52]. Con estos niveles de especialización, las posibilidades que tienen los órganos de control estatal de detectar los lavados de activos resultan evidentemente reducidas.

1.4. La profesionalización del proceso de lavado de activos

Otro de los aspectos característicos de los procesos actuales de lavado de activos es su tendencia hacia la profesionalización[53]. En la medida que los diversos Estados han creado unidades especializadas para detectar los procesos de blanqueo de capitales, las organizaciones criminales se han visto en la necesidad de especializar a determinadas personas en la tarea de desarrollar nuevos y sofisticados mecanismos para eludir el control de los órganos especializados de persecución. Esta profesionalización en los procesos de lavado de activos ha tenido lugar en dos planos distintos. Por un lado, algunos de los miembros de la propia organización criminal se han especializado en la labor de reciclamiento de las ganancias ilícitas, generándose de esta manera un área dentro de la organización criminal que se ocupa específicamente de la legitimación de las ganancias delictivas. Por otra parte, se han comenzado a formar, a su vez, asociaciones dedicadas específicamente a lavar dinero sucio procedente de las actividades de otras organizaciones criminales[54]. Se trata de un grupo de profesionales compuesto por abogados, contadores, analistas de riesgo, banqueros, etc., que utilizan sus conocimientos profesionales para el lucrativo negocio de lavar capitales de otras organizaciones criminales. Se pasa así de un lavado a mano hasta llegar al sistema de la llamada tintorería,

52 Véase, sobre esto, Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 43, en donde reconoce como niveles de especialización: los contadores del cártel, los comisionistas, los cambistas y los blanqueadores del dinero.

53 *Vid.* Prado Saldarriaga, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, ob. cit., p. 13; Romero Flores, Beatriz, "Análisis criminológico del blanqueo de capitales", en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, art. cit., p. 316; Calderón Valverde, Leonardo, "El delito de lavado de activos en la legislación peruana", *Gaceta Penal & Procesal Penal*, art. cit., p. 152 y s.

54 *Vid.* Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 72.

es decir, de una organización que ofrece el servicio de lavado de activos con diferentes ciclos a las organizaciones criminales[55].

2. Las decisiones político-criminales de represión del lavado de activos

La decisión político-criminal de reprimir penalmente el lavado de activos tiene su origen en la necesidad de intensificar la lucha contra la criminalidad organizada[56]. Esta vinculación explica de manera comprensible no solo que se haya recurrido al derecho penal para reprimir los procesos de legitimación de capitales de procedencia delictiva, sino que se haga a través de tipos penales abiertos y con penas considerablemente altas. Sin entrar en la necesidad de una modulación dogmática a la priorización político-criminal de la eficacia persecutoria en el delito de lavado de activos, no hay duda que deben conocerse las razones que motivaron la configuración actual de esta figura delictiva, pues ya en ese nivel de análisis es posible discutir si resultan atendibles o no.

2.1. La lucha en el plano internacional

Como se dijo anteriormente, en el plano internacional la represión del lavado de activos se ha erigido como una de las piedras angulares de la lucha contra la criminalidad organizada. Por ello, los Estados parte de la Convención de Palermo asumieron el compromiso de tipificar como delitos diversas conductas relacionadas directamente con la criminalidad organizada[57], dentro de las cuales se menciona expresamente el lavado de activos, abarcando el compromiso de incriminación asumido, los actos de conversión, transferencia, ocultación y receptación patrimonial. Esta penalización tendría que incluir la asociación para cometer los actos antes mencionados, el intento de cometerlos, así como la inducción o cooperación a los mismos (especialmente el asesoramiento). Como delitos previos del lavado de activos, la Convención señala que debe abarcarse la gama más amplia posible[58] y que la prueba del elemento subjetivo del delito se

55 *Vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 53.

56 Sobre los diversos modelos de política criminal frente a la criminalidad organizada, véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: Contribución a la determinación del injusto penal de Organización Criminal*, ob. cit., p. 184 y ss.

57 *Vid.* VIGNA, Piero, "La cooperación judicial frente al crimen organizado", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma, 2005, p. 235 y s.

58 WINTER ETCHEBERRY, Jaime, "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en *Lavado de activos y compliance*, AMBOS, Kai; Carlos CARO y Ezequiel MALARINO (coords.), Lima: Jurista Editores, p. 111.

pueda inferir de circunstancias fácticas objetivas. En cuanto a las reglas generales de la imputación penal, se prevé la necesidad de actuar contra las personas jurídicas mismas, planteando la posibilidad de regular su responsabilidad penal[59].

En cuanto a las medidas específicas para investigar y enjuiciar eficazmente los delitos de lavado de activos, la Convención de Palermo contempla la reglamentación y supervisión de bancos, instituciones financieras y otras instituciones susceptibles de ser usadas para el blanqueo de capitales de procedencia delictiva con la finalidad de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo, haciendo hincapié en medidas como la identificación de clientes, el establecimiento de registros y la denuncia de transacciones sospechosas[60]. Adicionalmente señala que cada Estado parte considerará la posibilidad de crear una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre las posibles actividades de blanqueo de dinero. Para la elaboración del sistema de reglamentación y supervisión se recomienda utilizar las guías elaboradas por organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el lavado de activos. En relación con las medidas para asegurar una persecución efectiva a las organizaciones criminales por delito de lavado de activos, la Convención reconoce la conveniencia de utilizar técnicas especiales de investigación como la entrega vigilada, la vigilancia electrónica o los agentes encubiertos, así como también la necesidad de dar protección a los testigos y víctimas. En el plano internacional, destaca la utilidad de medidas como la extradición y la asistencia judicial recíproca (recibir testimonios, inspecciones, embargos preventivos, etc.)[61]. La Convención de Palermo contempla el compromiso de los mencionados Estados de actuar conjuntamente en la represión de la criminalidad organizada[62], lo cual resulta de vital importancia en la lucha contra los procesos de lavado de activos que tienen lugar a través de circuitos internacionales, pues las medidas de cooperación internacional constituyen un instrumento fundamental para la efectiva persecución y condena de los miembros de la organización que se aprovechan de la falta de un sistema internacional único e integrado de persecución penal.

---

59 *Vid.* Carnevali Rodríguez, Raúl, "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la confiscación", en *Revista Ius et Praxis*, año 16, n.° 2, Talca: 2010, p. 282; Orsi, Omar, *Lavado de dinero de origen delictivo*, Buenos Aires: Hammurabi, 2007, p. 156.

60 *Vid.* Orsi, Omar, *Lavado de dinero de origen delictivo*, ob. cit., p. 157.

61 *Vid.* Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 221 y s.

62 *Vid.* Zúñiga Rodríguez, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: Contribución a la determinación del injusto penal de Organización Criminal*, ob. cit., p. 49.

A nivel regional, se ha hecho notorio el impulso de una política criminal altamente represiva contra el lavado de activos por parte de la Organización de Estados Americanos (OEA). La que ha llevado la batuta de este impulso ha sido específicamente la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) creado en el año 1986[63]. Una comisión de expertos de la CICAD elaboró el llamado Reglamento Modelo concerniente a Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y sus Delitos Conexos, aprobado por la asamblea general de la OEA el 23 de mayo de 1992. Este instrumento regional recomienda la tipificación del delito de lavado de activos procedentes del tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves. De manera concreta, prevé la incriminación de los actos de tenencia, conversión y transferencia, lo cual se hace con múltiples verbos rectores, incluyendo el caso de ignorancia deliberada y abriendo el marco de lo punible a la asociación para cometerlos, el intento de cometerlos y los actos de inducción o complicidad[64].

La política internacional de represión del lavado de activos no se ha quedado en la formulación de compromisos generales de la comunidad internacional, sino que se han generado también instrumentos de apoyo en un nivel más operativo. Es destacable, por ejemplo, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) convocado por el Grupo de los Siete (G-7) en la cumbre económica de París de 1989 con la finalidad de prevenir la utilización del sistema bancario y las instituciones financieras para lavar activos de procedencia delictiva[65]. Este organismo internacional formula diversas recomendaciones para prevenir el lavado de activos[66], emite informes periódicos sobre la situación del lavado de activos en el mundo y establece mecanismos de evaluaciones mutuas, lo que le permite, entre otras cosas, confeccionar una lista de países y territorios no cooperadores[67]. A nivel

63 *Vid.* Orsi, Omar, *Lavado de dinero de origen delictivo*, ob. cit., p. 158.

64 Véase, para mayores referencias, Orsi, Omar, *Lavado de dinero de origen delictivo*, ob. cit., p. 160 y s.; Winter Etcheberry, Jaime, "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en *Lavado de activos y compliance*, ob. cit., p. 116 y s.

65 *Vid.* Rosas Castañeda, Juan, "Instrumentos internacionales en materia de lavado de activos y obligación de armonización de la legislación interna", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 63 Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 147.

66 Sobre cómo han ido evolucionado las recomendaciones de GAFI y su actual configuración en sus aspectos esenciales, véase Abel Souto, Miguel, *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Galicia: Universidad de Santiago de Compostela, 2002, p. 120 y ss.; Rosas Castañeda, Juan, "Instrumentos internacionales en materia de lavado de activos y obligación de armonización de la legislación interna", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, ob. cit., p. 149 y ss.

67 *Vid.* Orsi, Omar, *Lavado de dinero de origen delictivo*, ob. cit., p. 174; Rosas Castañeda, Juan, "Instrumentos internacionales en materia de lavado de activos y obligación de armonización de la legislación interna", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, art. cit., p. 152.

regional se cuenta con un emprendimiento similar a partir del entendimiento de los países de la Cumbre de la Américas para crear el GAFISUD, del cual forma parte el Perú[68]. Por otro lado, cabe destacar la conformación del Grupo Egmont en Bruselas en el año 1995, con la finalidad de articular la información relevante entre las agencias de inteligencia financiera de los distintos países.

Lo expuesto pone en evidencia una política-criminal a nivel internacional que, bajo el manto de una lucha eficaz contra la criminalidad organizada y el tráfico de drogas, ha impulsado compromisos internacionales para una incriminación amplia del lavado de activos en el derecho interno y una cooperación activa entre los Estados para su persecución. Si bien en algunos instrumentos internacionales se contempla una cláusula de reserva que permita preservar los aspectos constitucionales y legales del derecho interno de cada país, lo cierto es que lejos de incentivar expresamente el respecto de principios garantistas como la legalidad, la lesividad, la proporcionalidad o la culpabilidad, se recogen estructuras de imputación sumamente discutibles como la tipificación por medio de múltiples verbos rectores, la objetivización del dolo, la ausencia de un valor mínimo de los activos, la incriminación de actos de agotamiento, etc. No hay duda que la especial dificultad que existe para perseguir y sancionar a las organizaciones criminales puede justificar una flexibilización de los criterios de imputación y de los mecanismos de investigación, pero eso tampoco otorga una carta abierta para abandonar la finalidad garantista a la que toda política criminal debe también apuntar y que la dogmática penal tiene que finalmente garantizar.

2.2. La lucha en el plano nacional

En el plano nacional también se ha hecho evidente una política criminal dirigida a reprimir el delito de lavado de activos. Como consecuencia del entorno internacional se aprobaron en los años noventa las primeras leyes que reprimieron los actos de lavado de activos, aunque con serias dudas sobre su identidad. Se siguió inicialmente la línea marcada por la Convención de Viena y la CICAD de asociar el delito de lavado de activos fundamentalmente con el tráfico ilícito de drogas[69]. Sin embargo, una vez entrados en el presente siglo, se realizaron diversas modificaciones a la regulación penal del lavado de activos que dejaron clara su independencia respecto del narcotráfico y lo asociaron, más bien, a las actividades de las organizaciones criminales. A la par, se desarro-

68 *Vid.* WINTER ETCHEBERRY, Jaime, "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en *Lavado de activos y compliance*, ob. cit., p. 113.

69 *Vid.* GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo, N.° 1106,* Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 157.

lló progresivamente un sistema de regulación y supervisión administrativa en los diversos sectores económicos para prevenir y detectar el lavado de activos, encargando su manejo a la llamada Unidad de Inteligencia Financiera (UIF). Todas estas iniciativas del legislador están indudablemente impulsadas por el propósito de reprimir de la manera más eficaz el lavado de activos, pero resulta posible distinguir dos momentos distintos en el desarrollo de esta orientación político-criminal.

En un primer momento se expidieron diversas leyes sin ningún plan de acción general. Como ya se dijo, estas leyes criminalizaron el delito de lavado de activos e implementaron también un sistema de control administrativo para la prevención y detección del lavado de activos. Sin embargo, el afán represivo contra el lavado de activos llevó a que adicionalmente se hicieran modificaciones legales a ciertas normas penales de carácter general. Se modificó, por ejemplo, el artículo 2 inciso 2 del CP para incluir como uno de los ámbitos englobados por el principio real o de protección los delitos de lavado de activos realizados en el extranjero, pero cuyos efectos se producen en el Perú[70]. Lo mismo puede decirse de la intensificación que se hizo a través de diversas modificaciones legales a la figura del decomiso para admitir de manera general y sumamente flexible el decomiso de las ganancias procedentes del delito. A ello hay que agregar la primera normativa sobre pérdida de dominio que habilitó a decomisar los bienes procedentes de actividades delictivas al margen de un proceso penal. Y no menos importante es el perfilamiento de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas, en especial la medida de disolución y liquidación de la persona jurídica que ha sido creada con fines únicamente delictivos[71], lo que es precisamente el caso de las sociedades pantalla o fachada utilizadas para la realización de actos de lavado de activos[72].

---

70 *Vid.* HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA, *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., t. I, Lima: Idemsa, 2011, § 6, n.m. 671.

71 Igualmente, SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, García Cavero (coord.), Lima: Ara Editores, 2002, p. 143; BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosh, 1998, p. 303; MEINI Méndez, Iván, *La responsabilidad de las personas jurídicas*, Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú, 1999, p. 212.

72 En este sentido, la Corte Suprema en el punto 15, B señala la procedencia de la consecuencia accesoria de disolución y liquidación de la persona jurídica creada exclusivamente para lavar dinero de procedencia delictiva. *Vid.* CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA, *Acuerdo Plenario N.° 07-2009/CJ-116: Personas jurídicas y consecuencia accesorias*, Lima: 13 de noviembre del 2009.

El segundo momento de la política criminal peruana contra el lavado de activos tiene lugar en el momento en el que se formula un plan nacional de lucha contra el lavado de activos (D. S. 057-2011-PCM del 30 de junio del 2011)[73]. Esta formulación parte de la necesidad de hacer frente a las organizaciones criminales de manera igualmente organizada, lo que supone fundamentalmente una ordenación de las acciones estatales hacia la consecución de la finalidad procurada. El plan nacional se erige como una guía integral que aborda las necesidades de reforma legislativa y reglamentaria, así como de adecuación de recursos y capacidades de las instituciones públicas. Para que este esfuerzo de programación estatal sea sustentable en el tiempo, se establece además la necesidad de revisar el plan periódicamente para hacer frente a circunstancias tales como los nuevos riesgos a medida que vayan surgiendo.

Conforme al plan nacional, la lucha contra el lavado de activos tiene como finalidades principales proteger la integridad y estabilidad del sistema económico-financiero, reducir el poderío económico del crimen organizado y contribuir a la lucha contra la corrupción. Estas finalidades se alcanzarán por medio del "sistema antilavado de activos a nivel nacional", cuyos principales componentes son: (i) la prevención, (i) la detección, y (iii) la represión penal. El componente preventivo busca proteger al sector financiero y no financiero de ser utilizados para fines delictivos y a reducir la ocurrencia de hechos de lavado de activos. La detección apunta a localizar la ocurrencia de hechos de lavado de activos a través de las alertas de operaciones inusuales, el reporte de operaciones sospechosas, las acciones de análisis financiero y la inteligencia policial (en su sentido amplio). Finalmente, el componente represivo penal está dirigido a probar y sancionar penalmente la ocurrencia de hechos de lavado de activos a través de la investigación penal, el uso en la misma de las técnicas investigativas especiales, el juicio penal y el debido castigo, tanto a través de la pena correspondiente como de la medida complementaria del decomiso. Como en todo sistema, los componentes que lo constituyen se encuentran relacionados entre sí por medio de la coordinación y cooperación entre los sujetos que los integran.

Sobre la base de los tres componentes del sistema de nacional de lucha contra el lavado de activos, en el plan nacional se hizo un diagnóstico de las vulnerabilidades que pudiesen repercutir negativamente en los objetivos pretendidos por cada uno de ellos. A partir de este diagnóstico se formuló un plan de acción con la finalidad de optimizar el sistema a través del mejoramiento institucional, la interrelación entre los organismos involucrados y el fortalecimiento de sus

73 También se destaca, en PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 192.

componentes constitutivos (prevención, detección y represión penal). En este plan de acción se formularon objetivos y acciones específicas en cada uno de los componentes del sistema. Sin entrar en detalles, el hecho es que muchos de estos objetivos estuvieron orientados por la actividad legislativa del legislador penal, lo que ha supuesto, cuando menos, el abandono de una política criminal intuitiva y sin nortes claros.

Por mencionar algunos puntos concretos, el plan de acción estableció como objetivos hacer varias modificaciones legales. En primer lugar, se planteó la modificación del Código Penal para englobar expresamente los actos de transporte y traslado[74] y establecer también una sanción penal por el incumplimiento de la entrega oportuna de información solicitada por las autoridades competentes. En segundo lugar, se contempló también una modificación al Nuevo Código Procesal Penal con el fin de incrementar los plazos para la investigación preliminar de delitos de lavado de activos y las medidas limitativas. En tercer lugar, se propuso como objetivo la elaboración y aprobación de una nueva versión de la Ley de Pérdida de Dominio, enfatizando su carácter de acción real de contenido patrimonial y contemplando la distribución de los activos involucrados entre las entidades que participan en la lucha contra el lavado de activos. Estos objetivos se han consolidado en diversas modificaciones legales. La nueva Ley contra el Lavado de Activos (D. Leg. N.° 1106) incorporó la modalidad de transporte y traslado y la figura delictiva de rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información. La Ley contra el Crimen (Ley N.° 30077) flexibiliza, por su parte, el plazo de las diligencias preliminares y establece que tienen una naturaleza compleja. En relación con los actos de investigación, esta ley penal establece la posibilidad de adoptar técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de investigación[75]. En cuanto a la pérdida de dominio, se aprobó una nueva ley (el D. Leg. N.° 1104), la cual acogió sustancialmente el objetivo establecido en el plan de acción.

Se puede colegir de todo lo dicho que la política criminal nacional referida a la lucha contra el lavado de activos ha pasado de un proceder intuitivo a una actuación planificada de manera general con base en un diagnóstico y el establecimiento de objetivos concretos. Esto, que es muy loable, no la preserva —sin

74 *Vid.* PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 227.

75 Véase, con mayor detalle, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo*, ob. cit., p. 511 y ss.

embargo— de la crítica de estar sustentada únicamente en la eficacia represiva[76], dejando absolutamente de lado los aspectos garantistas que no solo evitan la arbitrariedad contra los ciudadanos, sino que aseguran también la racionalidad de la respuesta penal. Si bien el lado garantista no ha sido en lo absoluto considerado en la política criminal nacional, la dogmática penal no puede ser cómplice de este exceso punitivista, por lo que el análisis jurídico-dogmático de la regulación penal debe procurar adaptar los tipos penales a las exigencias que imponen los criterios de imputación penal actualmente admitidos.

IV. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

2015 "Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania", en *Lavado de activos y compliance*, AMBOS, Kai; Carlos CARO y Ezequiel MALARINO (coords.), Lima: Jurista Editores

ABEL SOUTO, Miguel

2002 *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*, Galicia: Universidad de Santiago de Compostela.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina

1998 BACIGALUPO, Silvina, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Barcelona: Bosh.

BERNAL CAVERO, Jorge

2010 "Las etapas del proceso de lavado de activos", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 17, Lima: Gaceta Juridica.

BLANCO CORDERO, Isidoro

2002 *El delito de blanqueo de capitales*, Navarra: Ilustrated.

BLANCO CORDERO, Isido e Isabel Sánchez García De Paz

2000 "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio", en *Revista Penal*, n.° 6, Valencia: Tirant lo Blanch.

76 Esto se aprecia en los puntos de reforma detectados al momento de formular el plan nacional de lucha contra el lavado de activos. *Vid.* PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, ob. cit., p. 195 y s.

BUOMPADRE, Jorge

2004 "Lavado de dinero", en *Derecho penal de los negocios*, CARRERA, Daniel y Humberto VÁSQUEZ (dir.), Buenos Aires: Astrea.

CALDERÓN VALVERDE, Leonardo

2014 "El delito de lavado de activos en la legislación peruana", *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 64, Lima: Gaceta Jurídica.

CARNEVALI RODRÍGUEZ, Raúl

2010 "La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la confiscación", en Revista *Ius et Praxis*, año 16, n.° 2, Talca.

CASTALDO, Andrea

2005 "Criminalidad organizada y mercado económico-financiero", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma

DÍAZ-MOROTO Y VILLAREJO, Javier

2012 "La regulación española del blanqueo de capitales", en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, URQUIZO, José; Nelson SALAZAR; Gabriel ADRIASOLA *et. al.*, Lima: Idemsa.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo

1998 *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: COLEX.

FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos

2005 "'Blanqueo' de capitales y criminalidad organizada", en *Nuevas tendencia del Derecho penal económico y de la empresa*, REYNA ALFARO (coord.), Lima: Ara editores

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás

2014 *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo, N.° 1106*, Lima: Instituto Pacífico.

HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA

2011 *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., t. I, Lima: Idemsa

LAMAS PUCCIO, Luis

2008 *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas*, Lima: Gaceta Jurídica.

MEINI Méndez, Iván

1999 *La responsabilidad de las personas jurídicas*, Lima: Pontificia Universidad Católica de Perú

ORSI, Omar

2007 *Lavado de dinero de origen delictivo*, Buenos Aires: Hammurabi.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2007 *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima: Grijley.

2013 *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa

PRIETO, Ana María; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PRADO

2010 *La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales*, Barcelona: InDret

ROMERO FLORES, Beatriz

2012 "Análisis criminológico del blanqueo de capitales", en *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*, URQUIZO, José; Nelson SALAZAR; Gabriel ADRIASOLA *et. al.*, Lima: Idemsa.

ROSAS CASTAÑEDA, Juan

2014 "Instrumentos internacionales en materia de lavado de activos y obligación de armonización de la legislación interna", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 63 Lima: Gaceta Jurídica.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

2002 SILVA SÁNCHEZ, "La responsabilidad penal de las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del art. 129 del Código penal español", en *La responsabilidad penal de las personas jurídicas, órganos y representantes*, GARCÍA CAVERO (coord.), Lima: Ara Editores.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos

2005 *Organización delictiva, comisión concertada u organizada*, en homenaje al profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo, Navarra: Editorial Civitas.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty

2012 "Blanqueo, ¿qué es blanqueo? (estudio del artículo 301.1 del Código penal español tras las reforma de la L.O. 5/2010)", en *Revista General de Derecho Penal*, n.° 18, Madrid: Iustel.

VIGNA, Piero

2005 "La cooperación judicial frente al crimen organizado", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Yacobucci, Guillermo (coord.), Buenos Aires: Ábaco De Rodolfo Depalma.

WINTER ETCHEBERRY, Jaime

2015 "La regulación internacional del lavado de activos y el financiamiento del terrorismo", en *Lavado de activos y compliance*, AMBOS, Kai; Carlos CARO y Ezequiel MALARINO (coords.), Lima: Jurista Editores

YACOBUCCI, Guillermo

2005 "Política criminal y delincuencia organizada", en *El crimen organizado, Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, YACOBUCCI, Guillermo (coord.), Buenos Aires: Ábaco de Rodolfo Depalma.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2009 *Criminalidad organizada y sistema de Derecho penal: Contribución a la determinación del injusto penal de Organización Criminal*, Granada: Comares.

ANÁLISIS COMPARATIVO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS EN LAS LEGISLACIONES PENALES PERUANA Y ESPAÑOLA*

JUANA DEL CARPIO DELGADO

* El presente trabajo de investigación se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-44228-R, "Criminalidad organizada transnacional: una amenaza a la seguridad de los Estados democráticos" financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y dirigido por la profesora Laura Zúñiga Rodríguez

SUMARIO: I. Presentación. II. Objeto material del lavado de activos. 1. Los bienes como objeto material. 2. Origen de los bienes: la previa comisión de un delito. 3. Clases de delito previo: de un sistema restringido a un sistema abierto. 3.1. Los inicios: sistema restringido o de *numerus clausus*. 3.2. Sistema de catálogo o de umbral. 3.3. Sistema amplio. 4. La autonomía del lavado de activos y su nexo con el delito previo. 5. Características del delito previo. III. El sujeto activo: modelo alternativo o acumulativo. IV. Conducta típica. 1. Antecedentes: el lavado como una modalidad de receptación. 2. El lavado de activos como un delito de resultado: D. Leg. N.° 986 del 2007. 3. La conducta típica en la normativa vigente. V. Tipo subjetivo. 1. El conocimiento del origen delictivo de los bienes como elemento del dolo. 2. Elementos subjetivos del tipo de injusto. VI. Bibliografía. VII. Jurisprudencia.

I. PRESENTACIÓN

El diseño de toda política criminal para luchar contra determinadas formas de delincuencia pasa por elaborar una estrategia que prive a sus autores de los bienes ilícitamente obtenidos. Se trata de evitar que a los delincuentes el delito les resulte provechoso. En este contexto la importancia del delito de lavado de activos es evidente.

Al margen de los aspectos relacionados con la política criminal, son muchas, y ciertamente muy complicadas, las cuestiones que desde el punto de vista dogmático plantea el delito de lavado de activos debido a la técnica de tipificación utilizada en ambas legislaciones. Como veremos a lo largo del desarrollo de este trabajo, los legisladores peruanos y españoles han utilizado indistintamente en la configuración de los tipos penales el casuismo, propio de las legislaciones anglosajonas, y las cláusulas generales, contenidas en los documentos internacionales.

El objetivo de este trabajo es contribuir en este intenso e interesante debate, pero cabe advertir que algunas cuestiones requieren un análisis más profundo que en este trabajo no podemos realizar por la naturaleza del mismo. En cualquier caso, el análisis que aquí se hace parte de la premisa de que el derecho penal constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico y que cualquier interpretación que se haga respecto a los elementos del tipo debe ser coherente con los principios de legalidad, intervención mínima y proporcionalidad. Por ello, siguiendo la misma línea del primer trabajo que publicamos sobre el tema, se realiza una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del delito de lavado de activos porque, de lo contrario, este "monstruo jurídico" creado por el legislador al que alude el profesor MUÑOZ CONDE[1] puede terminar por devorar nuestro, cada vez más limitado, ámbito de libertad, y lo más grave aún, los principios básicos que fundamentan nuestro derecho penal.

Pero antes de abordar las cuestiones propuestas permítannos un breve espacio para pedir disculpas a los colegas peruanos que puedan leer este trabajo. Somos conscientes de lo arriesgado que supone realizar un análisis, algunas veces crítico, de la regulación de un determinado fenómeno criminal que, en estos momentos, puede parecer que nos resulta ajeno. Sin embargo, a pesar de que desde hace muchos años nos encontramos ejerciendo la docencia en España, esta circunstancia no ha supuesto el desconocimiento o desvinculación de la realidad social, cultural o jurídica, ni menos de los problemas de seguridad por lo que atraviesa Perú como consecuencia de fenómenos criminales como la minería ilegal, la delincuencia organizada o el lavado de activos. Por ello, pretendemos que esta pequeña contribución no sea percibida como la de una jurista extranjera que pretende trasladar sin más a la legislación peruana los postulados teóricos que sobre el lavado de activos se han elaborado en España. No se trata de la traslación acrítica de opiniones extranjeras a realidades que poco o nada tienen en común, estamos convencidos de que la aportación, que no "colonización", de la doctrina comparada en el desarrollo de los derechos penales nacionales es positiva. En cualquier caso, pedimos disculpas de antemano por los más que probables errores interpretativos en que podamos incurrir.

1 MUÑOZ CONDE, Francisco, "Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), *I Congreso de Prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 173.

II. OBJETO MATERIAL DEL LAVADO DE ACTIVOS

Lo que determina la existencia del lavado de activos es la previa realización de una actividad delictiva que genera bienes idóneos sobre los que recaen las conductas típicas que pueden consistir en adquirir, transmitir, convertir, entre otras.

La formulación de esta premisa obliga a analizar en este epígrafe no solo el objeto material de este delito, sino también cuestiones como su origen, es decir, el delito previo, las clases de delitos previos, la autonomía del delito de lavado y su nexo con ese delito previo y, finalmente, sus características.

1. Los bienes como objeto material

Una de las cuestiones que llama la atención en la configuración del delito de lavado de activos es la diversidad terminológica o el casuismo utilizado para determinar el objeto del delito. Desde su incorporación en 1991 al CP mediante D. Leg. N.° 736, de 08-Nov-1991, hasta la actualidad se ha venido utilizando indistintamente los términos "cosas" o "beneficios", que si bien no aparecen en la legislación vigente sí aparecían en los arts. 296-A y 296-B CP. Además de estos, también se mencionan los "bienes", "efectos", "ganancias", "dinero" y "títulos valores", sin olvidar que desde el año 2002, las dos normas penales especiales que regulan estos delitos se denominan lavado de "activos"[2].

¿Es necesario tal casuismo? ¿Acaso el dinero o los títulos valores no pueden representar el beneficio o las ganancias?, ¿las cosas o los efectos no constituyen bienes?, ¿y todos estos objetos no son bienes? En nuestra opinión, este casuismo puede ser un tanto perturbador a la hora de interpretar el verdadero alcance del objeto material del delito y es, desde luego, innecesario. Veamos por qué.

Puede ser perturbador porque es imposible que el tipo enumere todos los posibles objetos sobre los que puede recaer la acción típica, o abarque todas las modalidades que estos puedan adoptar. Por ello, la técnica del casuismo no agota todas las posibilidades fácticas que puede representar el objeto material idóneo para ser lavado o blanqueado. Además, obliga al intérprete a delimitar el alcance o los límites de cada uno de los objetos mencionados, y lo mismo cabe decir de los operadores de justicia. Jueces y fiscales están en la obligación de interpretar estos términos y tras un análisis pormenorizado llegarán a la conclusión de que son sinónimos o similares unos de otros o tienen cabida en un solo término: "bienes".

2 Por lo que se refiere a la normativa penal española, el art. 546 bis f) del antiguo CP español que contemplaba el blanqueo como un supuesto de receptación específica, el objeto material eran los "efectos" o "ganancias".

En la legislación peruana hay un precedente en la utilización de este último término. Cuando en 1992 se decide introducir en el CP mediante Ley 25404, del 25 de febrero de 1992, el lavado de activos como un tipo agravado de la receptación, el único término utilizado para determinar el objeto del delito es "bienes".

El mismo término que, tras su incorporación en 1992 en el antiguo CP español, describe el objeto del blanqueo de capitales en la normativa española, tanto la de naturaleza penal[3] como la administrativa[4]. La utilización de este único término para designar el objeto material, ha sido acogida favorablemente por la unanimidad de la doctrina española en tanto que[5], al menos en este elemento típico, el legislador español cumple con el principio de taxatividad, huyendo así del casuismo o de otras técnicas legislativas poco compatibles con el principio de legalidad.

Quienes, dentro de la doctrina peruana como BRAMONT ARIAS-TORRES y GARCÍA CANTIZANO[6], CARO CORIA[7] o MENDOZA LLAMACPONCCA[8], se muestran de acuerdo con que sería preferible utilizar el término "bienes" para determinar el objeto material del lavado de activos[9], lo hacen tras interpretar los términos

3 *Vid.* arts. 344 bis h) e i) del CP español de 1973.

4 Cfr. La Ley 19/2003, del 4 de julio, sobre régimen jurídico de los movimientos de capitales, La Ley de las transacciones económicas con el exterior y La Ley 10/2010, del 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

5 Así, entre otros, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, Pamplona: Navarra, 1997, p. 210 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 93; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 182 y ss.; PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa, 2000, pp. 307 y ss.; ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, Barcelona: Bosch, 2005, pp. 178 y ss.; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*, Madrid: Iustel, 2011, p. 309; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial*, 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 398.

6 BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y María GARCÍA CANTIZANO, *Manual de derecho penal Parte especial*, 4.ª ed., Lima: Editorial San Marcos, 1998, p. 529.

7 CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, n.° 2, Lima: CEDPEE, 2012, p. 202.

8 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, "El delito fuente en el lavado de activos", en HURTADO POZO, José (dir.), *Anuario de derecho penal: Temas de derecho penal económico*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2016, (en prensa).

9 En parecidos términos se pronunciaba Tomás GÁLVEZ VILLEGAS. Así, a este autor le parecía "más apropiada la referencia de manera genérica al término 'bien', ya que esta expresión en un sentido amplio comprende al dinero, efectos o ganancias". Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, Lima: Grijley, 2004, p. 67. Con posterioridad, según declara

utilizados en la normativa contra el lavado de activos y llegar a la conclusión de que el contenido de estos tiene cabida en un concepto amplio de bienes, tal como se prevé en algunas legislaciones comparadas como la española[10] y en los principales documentos internacionales y regionales relativos al lavado de activos[11].

En nuestra opinión tienen razón. Si bien el término bienes no es muy utilizado por el legislador español, la doctrina dominante sobre la base del concepto de bienes elaborado para el delito de alzamiento de bienes establece que comprende tanto los bienes muebles, los materiales e inmateriales, los derechos y valores, así como los créditos. En este concepto amplio de bienes, no solo se incluyen los efectos y ganancias sino también el dinero y los títulos valores a los que hacen mención los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.° 1106, del 18-Abr-2012. Como gráficamente afirma MEINI MÉNDEZ "No se necesita ser muy avispado para darse cuenta de que los efectos (aquellos generados a consecuencia de un

---

expresamente el autor "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 o actividad criminal previa". Sin embargo, cuando dota de contenido a los términos efectos o ganancias, por ejemplo, utiliza como sinónimo de los mismos el término "bienes", GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, Lima: Instituto Pacífico, nota 302, 2014, p. 173; p. 180 y ss.

10 Por eso no podemos estar de acuerdo con Víctor PRADO SALDARRIAGA cuando afirma que la incorporación de fórmulas "alternativas y detalladas" para señalar el objeto de la acción por parte del legislador peruano es una técnica que "es también empleada por el derecho penal español", Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "El Delito de Lavado de Activos en la Legislación Penal Peruana", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*, 3.ª ed., Washington: CICAD-OE, 2014, p. 269 y ss. Uno de los aspectos, por no decir, el único que no ha sido cuestionado por la doctrina española es precisamente el acierto del legislador al utilizar solo el término "bienes" para determinar el objeto material del delito de blanqueo de capitales, huyendo así de fórmulas alternativas o casuísticas como la peruana. Véase por todos, ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código Penal español*, ob. cit., p. 178 y ss.; las referencias bibliográficas allí contenidas.

11 Ampliamente al respecto, entre otros, GÓMEZ INIESTA, Diego, *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*, Barcelona: CEDECS, 1996, p. 47 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 213; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 94; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 182; PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 307 y ss.; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 309 y ss.

acto o actividad) y las ganancias (dinero u otro valor proveniente de una actividad) son especies que pertenecen al género bienes"[12].

Esta propuesta coincide con lo previsto en los principales instrumentos internacionales ratificados por el Estado peruano y en el Reglamento Modelo sobre Delitos de Lavado de Activos Relacionados con el tráfico Ilícito de Drogas, y otros Delitos Graves. Así, por ejemplo, en la Convención de Viena de 1988 o en la Convención de Varsovia del 2005, el objeto de este delito lo constituyen los bienes. El artículo 3 de la Convención de Viena utiliza el término bienes y los define en su art. 1 como "los activos de cualquier tipo, corporales e incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acreditan la propiedad u otros derechos sobre dichos activos". Estos bienes pueden constituir el producto de un delito, es decir, deben ser obtenidos o derivados de la comisión de un delito. La misma definición que se da en los otros documentos internacionales y en el Reglamento Modelo.

Este concepto de bienes que se propone, permite abarcar todas las formas o modalidades que estos puedan revestir; sin embargo, tal como lo propusimos en el primer trabajo que publicamos sobre este tema[13], es necesario establecer determinados criterios que permitan excluir algunos bienes que, si bien tienen origen delictivo, no pueden ser objeto de blanqueo. Estos criterios que han sido asumidos tácita o expresamente por la doctrina española[14] y peruana[15] son, en

12 MEINI MÉNDEZ, Iván, "El delito de receptación. La receptación 'sustitutiva' y la receptación 'en cadena' según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema", en *Justicia Viva,* Lima: Justicia Viva-IDL, 2005, p. 15.

13 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 92 y ss.

14 Así, por ejemplo, entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 182; CALDERÓN CEREZO, Ángel, "Análisis sustantivo del delito (i) Prevención y represión del blanqueo de capitales", en ZARAGOZA AGUADO, Javier, *Prevención y represión del blanqueo de capitales,* Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Madrid: CGPJ, 2000, p. 276; PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 306; ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español,* ob. cit., p. 183 y ss.; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales,* ob. cit., pp. 311 y 320; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* 3.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2012, p. 248; REBOLLO VARGAS, Rafael, "La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3.ª época, n.° 10, Madrid: UNED, 2013, p. 214; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 598 y ss.

15 En la doctrina peruana, expresamente CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* art. cit.,

primer lugar, que deben tratarse de bienes que, al ser susceptibles de ser valorados económicamente, pueden formar parte del patrimonio; y, en segundo lugar, los bienes deben ser susceptibles de incorporarse al tráfico económico.

El primer criterio permite excluir todos aquellos bienes que, al tener origen delictivo, solo tienen un valor afectivo o sentimental y, por lo tanto, no pueden formar parte del patrimonio de persona alguna. El segundo criterio excluye los bienes que pueden tener un valor económico en el mercado paralelo pero no pueden ser incorporados al tráfico económico legal; por ejemplo, no pueden ser objeto del delito de blanqueo los documentos falsos o los billetes falsificados.

De esta forma, todos los bienes que tienen su origen en un delito y que cumplan con estos dos criterios pueden ser objeto de lavado, como por ejemplo, el precio, recompensa o promesa para cometer un delito, el producto del delito o *producta scaeleris*, el beneficio, utilidad o ganancia del delito. También puede ser objeto del lavado el objeto material del delito previo siempre que, además de cumplir con los criterios vistos *supra*, la ejecución de los actos de lavado sobre dicho objeto no constituya el delito previamente cometido o no pueda ser consumido en el delito previo[16]; es el caso, por ejemplo de los bienes que constituyen el objeto material del delito de malversación de caudales públicos.

Una cuestión aparte es la relacionada con los instrumentos utilizados en la comisión del delito previo. Como acertadamente afirma CARO CORIA[17], no existen argumentos sólidos para entender que los instrumentos del delito puedan considerarse como objeto material del lavado. En nuestra opinión, los medios o instrumentos utilizados en la comisión del delito previo no pueden ser objeto material del lavado por dos razones fundamentales: la primera de ellas, porque gramaticalmente no puede afirmarse que estos bienes tienen su origen en la comisión de un delito; la segunda, teleológicamente no es finalidad de la norma de blanqueo castigar las conductas que recaen sobre estos bienes[18]. Ahora bien,

---

p. 203 y ss. Esta también parece ser la opinión de GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 179 y ss.

16 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 250. De acuerdo con lo planteado en el texto, entre otros, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C. (2010), ob. cit., p. 205; PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 320; ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, ob. cit., p. 167.

17 CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de derecho Penal Económico y de la Empresa*, art. cit., p 203.

18 Esta opinión ya la manteníamos en DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 103. Así, también, BLANCO CORDERO,

si el instrumento del delito se convierte en ganancias, entonces estas sí serán objeto material idóneo para el lavado[19].

Para terminar. Un ejemplo de cómo el casuismo utilizado para describir los elementos del tipo puede ser perturbador se encuentra en el nuevo delito previsto en el art. 3 del D. Leg. N.° 1106. Como tendremos ocasión de ver cuando analicemos las conductas típicas, este precepto, que castiga el transporte o traslado así como el hacer ingresar o salir del país, limita el objeto de estas conductas al dinero o títulos valores. Esto supone que el ámbito de aplicación de este delito no abarca el transporte o traslado de otros bienes distintos a los anteriores que también son susceptibles de traslado o desplazamiento, como pueden ser los coches de alta gama o las piedras preciosas, dígase diamantes o esmeraldas[20]. Ello obligará a reinterpretar el contenido de cada una de las conductas típicas para ver si este "vacío" legal puede ser cubierto por cualquiera de los delitos contenidos en los arts. 1 o 2 de la mencionada norma[21]. Lo mismo cabe decir respecto de los títulos valores. Si por aplicación del principio de vigencia debe definirse y diferenciarse cada uno de los objetos mencionados en los arts. 1 y 2 del D. Leg. N.° 1106, en estos solo se menciona al dinero, bienes, efectos o ganancias. Si se considera, con base en esta diferenciación y en el contenido del art. 3 que los títulos valores son diferentes a los anteriores, entonces podría darse la paradoja de que al no mencionarse expresamente su conversión, transferencia o custodia serían atípicas. Y como creemos que esto no debe ser así, entonces tendremos que asumir que a efectos de los arts. 1 y 2 dentro del concepto bienes, efectos o ganancias, pueden incluirse a los títulos valores[22].

ISIDORO, *El delito de blanqueo de capitales,* 2.ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2002, p. 213; ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español,* ob. cit., p. 69.

19 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 599.

20 Incide en ello, de forma crítica, sin determinar cómo se van a castigar estos hechos, PAUCAR CHAPPA, Marcial, "La nueva Ley penal de lavado de activos: el Decreto Legislativo N.° 1106", en *Gaceta Penal y Procesal Penal,* n.° 35, Lima: Gaceta Jurídica, 2012, p. 73.

21 Sin embargo, para Tomás GÁLVEZ, "con la delimitación de los objetos del delito solo a dinero y títulos valores se ha precisado de modo específico los objetos materia de transporte o traslado", lo que a su juicio resultaría positivo en el marco de la "evolución de la normatividad". Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106,* ob. cit., p. 265.

22 Según Tomás GÁLVEZ, 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. Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106,* ob. cit., p. 192.

2. Origen de los bienes: la previa comisión de un delito

Al igual que otros delitos como la receptación o el encubrimiento, la principal peculiaridad del delito de lavado es la exigencia de la previa comisión de un hecho delictivo en el cual tiene origen el objeto material. Este requisito es esencial, de forma que si no se aprecia la previa comisión de este hecho delictivo no cabe hablar de lavado, constituyendo así el límite entre una conducta que puede constituir lavado de otra que no lo es.

Este elemento del tipo determina el ámbito de aplicación del blanqueo y, en lo que a la legislación penal española se refiere, es el que más reformas ha sufrido. Sin embargo, como veremos más adelante, a diferencia de lo que sucede en la legislación peruana, el término utilizado para determinar este hecho previo fue siempre "delito", hasta que el legislador en el 2010 decidió sustituirlo por la locución "actividad delictiva".

Como ya nos hemos ocupado sobre este tema en otros trabajos de investigación, solo cabe decir que este cambio terminológico fue duramente criticado por la doctrina española por considerar que una interpretación amplia de actividad delictiva permitiría incluir como hecho previo a todas las infracciones penales incluidas las faltas, lo que desde todo punto de vista era rechazable por la enorme amplitud que adoptaría este delito. Tras realizar una interpretación sistemática y de acuerdo con lo previsto en los documentos internacionales, así como por coherencia con la normativa administrativa que regula el blanqueo de capitales, llegamos a la conclusión[23] de que, al igual que la doctrina dominante, el hecho previo en el cual tiene origen los bienes a blanquear deberá seguir siendo constitutivo de delito[24].

---

23 DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal*, n.° 15, Madrid: Iustel, 2011, p. 3 y ss.; *idem*, "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal", en *Revista Penal*, n.° 28, Madrid: La Ley, 2011, p. 14 y ss.

24 Véase, entre otros, CASTRO MORENO, Abraham, "Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto del 2008", en *La Ley*, n.° 7277, Madrid: 2009, p. 5; MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)", en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco y José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal del 2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 341 y ss.; ABEL SOUTO, Miguel, "La reforma penal española del 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 166 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., ob. cit., p. 278; REBOLLO VARGAS,

Ahora bien, todos estos esfuerzos interpretativos de la doctrina para fundamentar la exclusión de las faltas como hecho previo han servido para muy poco por no decir para nada. La reforma del CP español, aprobada solo con los votos de los parlamentarios del partido que sustenta el Gobierno, es decir, del Partido Popular, en marzo del 2015, deroga el Libro III del CP en el que se contienen las faltas, acabando así con la clasificación bipartita de las infracciones penales entre delitos y faltas tal como se mantiene en el CP peruano vigente. Pero esta "derogación" es solo una cuestión formal ya que la mayoría de las faltas pasan a tener la consideración de delito, aunque considerado como leve[25]. En consecuencia, como el término actividad delictiva debe ser interpretado como sinónimo de delito, según la reforma en vigor desde el 1 de julio del 2015, las antiguas faltas hoy convertidas en delitos también serán delitos previos a efectos del blanqueo.

En lo que a la legislación peruana se refiere, la variedad terminológica utilizada en el D. Leg. N.° 1106 para determinar el objeto del lavado de activos, vuelve a repetirse cuando se trata de establecer el origen de este objeto. Según los arts. 1, 2 y 3, el objeto del delito debe tener "origen ilícito". El tipo cualificado previsto en el párrafo segundo del art. 4, solo refiere que el objeto material debe "provenir" de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas. El art. 10 que regula los aspectos relacionados con la autonomía del delito y la prueba indiciaria, menciona indistintamente a: "actividades criminales" [que produjeron el dinero], origen "ilícito" (conocimiento del origen ilícito), "delitos" [delito de minería ilegal] o "cualquier otro", con capacidad de generar ganancias ilegales.

Una vez más el celo por describir de forma distinta o variada el hecho en el cual deben tener origen los bienes, este alarde terminológico del que hace gala el legislador peruano, solo consigue introducir elementos de confusión e inseguridad en la determinación de este elemento y, desde luego, es superflua si no aporta la claridad necesaria que toda norma penal requiere por aplicación del principio de taxatividad.

Rafael, "La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* art. cit., p. 219; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 601.

25 *Vid.* al respecto, DEL CARPIO DELGADO, Juana, "Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto del 2012 de reforma del Código penal", en *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época,* vol. 16, n.° 2, Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2013, pp. 89 y ss. Recuperado de <http://bit.ly/1T75WCx>.

Gramatical o literalmente un hecho ilícito es aquel contrario a derecho y dentro de este podemos encontrar al "ilícito penal", "ilícito administrativo", "ilícito civil", entre otros. Esta interpretación supondría asumir que el hecho en el cual tienen origen los bienes objeto del lavado puede ser cualquier "ilícito", no solo el penal[26]. Sin embargo, esta interpretación gramatical, al ser necesaria, no es suficiente por lo que hace falta utilizar otros métodos de interpretación como el lógico-sistemático o el teleológico.

Analizando el conjunto del D. Leg. N.° 1106, en este aparecen mencionados expresamente hechos constitutivos de delito. Así, en el tipo cualificado previsto en el párrafo segundo del art. 4, la pena se agrava cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias proceden de la "minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas"; todos estos hechos son constitutivos de "delito" tal como expresamente se prevé en el art. 10. Lo que supone que ese hecho ilícito debe ser un delito. Lo mismo cabe decir del término "actividades criminales". En el mismo art. 10 se dispone que el conocimiento del "origen ilícito [...] corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, [...] o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales". Este origen ilícito debe interpretarse como origen delictivo, las actividades criminales como hechos constitutivos de delitos y ese "cualquier otro" también debe constituir un delito[27].

Si se interpreta que el hecho en el cual tienen origen los bienes puede ser cualquier ilícito, incluidos los ilícitos penales y dentro de estos las faltas, supondría dotar al delito de lavado de activos un ámbito de aplicación que no tiene parangón en la legislación comparada ni menos en la normativa internacional. Por el contario, interpretar que los bienes objeto del lavado deben tener origen en un delito se ajusta a lo establecido en los documentos internacionales ratificados por el Estado peruano en los que para denominar al hecho previo en el cual tienen origen los bienes, se refiere siempre a "delito"[28].

---

26 Un análisis sobre las consecuencias que conllevaría interpretar literalmente la locución "origen ilícito". *Vid.* García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal. Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* Lima: Ara Editores, 2012, p. 419.

27 Así, en este sentido, véase García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal. Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 421.

28 Ampliamente al respecto, Del Carpio Delgado, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal,* art. cit., pp. 14 y s.

3. Clases de delitos previos: de un sistema restringido a un sistema abierto

Una vez determinado que el objeto material del lavado o blanqueo debe tener origen en un delito, es momento de analizar qué delitos, de todos los que se contienen en la legislación peruana y española, son susceptibles de constituirse en delitos previos.

3.1. Los inicios: sistema restringido o de *numerus clausus*

El mismo año de aprobación de la Convención de Viena de 1988, el legislador español decidió tipificar determinadas conductas constitutivas de blanqueo con el objetivo de "hacer posible la intervención del derecho penal en todos los tramos del circuito económico del tráfico de drogas". El art. 546 bis f) del CP de 1973 castigaba el aprovechamiento de los efectos y ganancias procedentes de los delitos de "tráfico ilícito de drogas"[29]. Cuatro años más tarde, en 1992 se produce otra reforma en el CP que amplía el delito previo a los delitos relativos al "tráfico de drogas", "tráfico de precursores", incluyéndose además, al propio "delito de blanqueo"[30].

En la misma línea, tal como se prevé en la Exposición de Motivos del D. Leg. N.° 736 que incorpora en el CP peruano los arts. 296-A y 296-B, la tipificación del lavado de activos era necesaria para contrarrestar la amenaza del narcotráfico y del narcoterrorismo. En este contexto, el legislador peruano estimaba necesario definir como delito las conductas que se relacionaban con los bienes, productos o beneficios ilegales que se obtenían como consecuencia del proceso de comercialización de las drogas. En el art. 296-A el delito previo lo constituía el "tráfico ilícito de drogas", mientras que en el art. 296-B, además del tráfico ilícito de drogas, se mencionaba al "narcoterrorismo"[31].

La limitación del delito previo a los delitos relativos al tráfico ilícito de drogas prevista en la legislación peruana y española era coherente con la tendencia político criminal de ese entonces. Recuérdese que en el Convenio de Viena de 1988, primer instrumento internacional en el que se prevé la tipificación del

29 Juan Carlos I, *Ley Orgánica 1/1988: Reforma del Código Penal en materia de tráfico ilegal de drogas*, Madrid: 24 de marzo de 1988.

30 Juan Carlos I, *Ley Orgánica 8/1992: modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas,* Madrid: 23 de diciembre de 1992.

31 Véase al respecto, Prado Saldarriaga, Víctor, "El delito de lavado de activos en la Legislación Penal peruana", en Blanco Cordero, Isidoro; Eduardo Fabián Caparrós; Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú*, ob. cit., pp. 230 y ss.

blanqueo, el delito previo debe ser relativo al tráfico ilícito de drogas. Ambas legislaciones optaban por un sistema restringido o de *numerus clausus*.

3.2. Sistema de catálogo o de umbral

El sistema de *numerus clausus* adoptado por parte del legislador español fue criticado por un sector de la doctrina, al considerar que carecía de sentido dejar al margen otro tipo de criminalidad con capacidad para generar bienes susceptibles de blanqueo, por lo que proponían su ampliación a los bienes procedentes de cualquier delito[32].

El cambio de sistema se produjo tras la aprobación del CP español de 1995 y fue acogido favorablemente por la doctrina[33]. En este, el delito previo del tipo básico se amplía a cualquier delito que tuviese la consideración de grave, previéndose un tipo cualificado cuando el delito previo fuese uno relativo al tráfico ilícito de drogas. Según la legislación vigente en ese entonces, tenía la consideración de delito grave cualquiera que, según el art. 13 CP español en relación con su art. 33.2, fuera castigado con pena grave. Por ejemplo, todos aquellos delitos castigados con pena de prisión superior a tres años.

La legislación española pasaba de un sistema cerrado o de *numerus clausus* a un sistema intermedio o de *umbral*, lo mismo cabe afirmar respecto a la legislación peruana.

La promulgación de la Ley N.° 27765, del 20 de junio del 2002, trajo como consecuencia que la legislación peruana abandonara el sistema cerrado o de *numerus clausus* para optar por un sistema similar al intermedio o de *umbral*. Tras las reformas de esta Ley, mediante Ley N.° 28950, del 16 de enero del 2007, y D. Leg. N.° 986, del 22 de julio del 2007, el art. 6 enumera una serie de delitos previos en los cuales pueden tener origen los bienes entre los que se encuentran:

---

32 Así, entre otros, Ruiz Vadillo, Enrique, "El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.° 1641, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, 1992, p. 4283; Fabián Caparrós, Eduardo, "Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento Criminal en materia de Tráfico de Drogas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto, Madrid: Universidad de Salamanca, 1993, p. 613; Diez Ripollés, José Luis, "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español", en *Actualidad penal*, n.° 32, Madrid: Universidad de Santiago de Compostela, 1994, p. 610.

33 Así, por ejemplo, Faraldo Cabana, Patricia, "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° xxi, Santiago de Compostela: USC,1998, p. 135 y ss.

tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la Administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de persona, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, delitos contra el patrimonio en su modalidad agravada y delitos aduaneros. Pero este catálogo no era ni mucho menos cerrado, porque de ser así, entonces seguiríamos ante un sistema de *numerus clausus* o de catálogo, más amplio, pero catálogo al fin y al cabo[34]. En el mismo artículo se deja abierta la posibilidad de considerar como delitos previos a "otros similares" que generen ganancias ilegales[35].

Esta cláusula abierta obligaba a interpretar o determinar qué características debía tener ese "otro" delito para ser considerado como "similar". Al respecto, del fundamento jurídico 30 del Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-1116, se desprende que debe tratarse de delitos graves, realizados en delincuencia organizada y que

34 Esta técnica de tipificar los delitos previos era la que proponía Diego Gómez Iniesta para la legislación de España. En opinión de este autor, junto a los delitos graves deberían haberse introducido "determinadas clases de hechos, un catálogo no meramente ejemplificativo, suficientemente indicativos de la gravedad, perfectamente perfilados y que particularmente presentan peligrosidad y frecuencia que sirvan al intérprete aplicador de la norma de parámetros de valor que orientes su labor investigadora". Cfr. Gómez Iniesta, Diego, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español,* ob. cit., p. 47.

35 El problema de establecer una "enumeración ejemplificativa" de los delitos previos puede conllevar a conclusiones distintas sobre qué delitos pueden constituir delitos previos. Así, estamos de acuerdo con el planteamiento de Luis Bramont-Arias Torres, de excluir los delitos imprudentes o culposos porque los delitos expresamente previstos en la Ley solo podían ser cometidos dolosamente, Cfr. Bramont-Arias Torres, Luis "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N.° 27765, 27-06-02", en *Estudios Penales: Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias,* Lima: Editorial San Marcos, 2003, p. 522. Más dudas generan los planteamientos de Percy García Cavero y José Caro John. El primero es de la opinión de que, dado que la norma aludía a las formas agravadas de los delitos patrimoniales, esta exigencia es extensible a los delitos económicos, "en la medida que respondían a una línea de protección penal muy similar a los delitos patrimoniales", Cfr. García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* ob. cit., (nota a pie 14), p. 422. El segundo, partiendo de la base de la premisa de que el delito de malversación de caudales públicos es un delito de infracción del deber, "este delito no genera una ganancia ilegal para quien lo comete y por lo tanto no existe forma alguna de sustraer un activo ilícito". *Vid.* Caro John, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* Lima: Ara Editores. 2010, p. 159.

generen ganancias ilegales. Elementos comunes que también fueron asumidos por parte de la doctrina peruana[36].

Respecto a la consideración de delito grave, el Acuerdo Plenario se refiere a los sancionados con penas privativas de libertad "significativas", pero no se determina cuándo una pena de esta naturaleza debe tener la consideración de "significativa". La cuestión era, por ejemplo, ¿un delito castigado con pena de prisión de más de tres años podía ser considerado como grave al entenderse que tres años de prisión ya es una pena significativa? El otro criterio para determinar esta "similitud" era que el delito fuera cometido por la delincuencia organizada, ya que la realidad criminológica de estos delitos revela que por lo general suelen tener una vinculación profesional y empresarial con la criminalidad organizada[37]. Por último, el criterio establecido en la ley: que deben tratarse de delitos que generen bienes susceptibles de lavado.

Al ser correctos los dos primeros criterios limitadores, desde nuestro punto de vista, el problema está en que dejaban fuera de los delitos previos otras formas de criminalidad, también graves por la pena prevista, susceptibles de generar bienes idóneos para el lavado pero que, sin embargo, no necesariamente se cometen en delincuencia organizada. Es el caso, entre otros, del homicidio calificado o asesinato por lucro o precio previsto en el art. 108.1 CP peruano. Por ejemplo, un sicario es contratado para matar a otra persona previo pago de una cuantiosa cantidad de dinero y actúa de forma individual sin formar parte de ninguna modalidad de delincuencia organizada. Con posterioridad una tercera persona, teniendo conocimiento del origen de los bienes, los adquiere con la finalidad de evitar la identificación de su origen. Según los criterios del Acuerdo del Plenario, este delito es grave dada la pena con la que se castiga: prisión no menor de quince años; y también genera bienes: el precio; sin embargo, al no

36 Así, entre otros, Caro John, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* ob. cit., p. 159; Villavicencio Terreros, Felipe, "La investigación y sanción", en Villavicencio Terreros, Felipe; Verónica Zambrano; Fabián Novak y Luis García-Corrochano Moyano, *Lavado de activos en el Perú. Grado de efectividad y cumplimiento. Recomendaciones,* Lima: IDEI, 2011, p. 24, recuperado de <http://bit.ly/1SZ4CCO>; García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* ob. cit., p. 422.

37 De esta opinión, Caro John, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* ob. cit., p. 159.

ser cometido en delincuencia organizada ¿no podría ser delito previo del lavado de activos?

En un trabajo publicado por CARO JHON, partiendo de la base de que no es posible establecer con una "precisión matemática" qué delitos podrían ser admitidos como fuente, realiza una propuesta de sistematización de los mismos elaborando una lista. Sin embargo, tras este esfuerzo termina concluyendo que ese listado "tampoco es concluyente" por lo que considera que para la determinación del delito fuente deben tenerse en cuenta las características previstas en el Acuerdo Plenario N.° 3/2010[38]. Pero como hemos visto en el párrafo anterior, la aplicación de estos criterios excluía como delitos fuentes a todos los delitos graves generadores de ganancias ilegales cometidos fuera del ámbito de la delincuencia organizada. Ahora bien, esto sería correcto si se entiende que la intención del legislador peruano era utilizar el lavado de activos como una herramienta para luchar solo contra los delitos cometidos por la criminalidad organizada. Sin embargo, no creemos que esta fuera la finalidad de la Ley.

3.3. Sistema amplio

En la legislación española, la limitación del delito previo a los delitos graves generó algunos problemas interpretativos y de aplicación práctica, que hemos expuesto ampliamente en otros trabajos de investigación[39]; por lo que tras la reforma del 2003 del CP, se amplió el delito previo a cualquier delito, independientemente de su gravedad. Se pasaba así, a un sistema amplio que se mantiene hasta la actualidad.

La reforma del 2010 del CP español sustituyó el término "delito" por el de "actividad delictiva", pero, tal como hemos visto *supra,* de forma unánime, la doctrina considera que esto no supone ningún cambio respecto a la naturaleza del hecho previo en tanto que este debe seguir siendo constitutivo de delito, excluyéndose una vez más a las faltas. Aunque también cabe recordar que tras la reforma del CP, puesta en vigor el 1 de julio del 2015, algunas faltas, que se convertirán en delitos leves, constituirán delitos previos del blanqueo.

El mismo modelo o sistema de delito previo, aunque con algunas peculiaridades, se adopta en el D. Leg. N.° 1106. Por un lado, los arts. 1, 2 y 3 se refieren al origen ilícito; por otro lado, el art. 10 dispone expresamente que el conocimiento

38 CARO JOHN, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* ob. cit., p. 163 y s.

39 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 153 y ss.; *ibid.* p. 11 y ss.

que tiene o debía presumir el agente [...], corresponde a actividades criminales como los delitos de: "minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, contra la Administración pública, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, extorsión, robo y aduaneros" o "cualquier otro" con capacidad de generar ganancias ilegales con excepción de los "actos contemplados" en el art. 194 del CP.

Hay varios aspectos que se deben resaltar. En primer lugar, se mantiene la referencia expresa a determinados delitos. En segundo lugar, si en la legislación anterior se hacía mención a otros delitos "similares" ahora se refiere a "cualquier otro" delito con "capacidad de generar ganancias ilícitas". En tercer lugar, se siguen excluyendo expresamente los "actos contemplados" en el art. 194 CP.

Respecto a la primera de las cuestiones, además de los delitos previstos en la Ley N.° 27765, se adiciona el delito de tráfico ilícito de armas y, en lugar de la referencia genérica a los delitos contra el patrimonio en su forma agravada, dentro de los que además del robo agravado se podía incluir al hurto agravado, ahora se limita al delito de robo. Pero, ¿cuál es el papel o por qué el legislador mantiene la referencia expresa a estos delitos? Podrían considerarse como simples ejemplos que deben seguir desempeñando un papel indiciario sobre la naturaleza o características de los delitos susceptibles de ser englobados en la cláusula genérica: "cualquier otro" delito. Respecto a lo anterior, la mención expresa a estos delitos puede deberse a que su comisión genera casi siempre bienes delictivos y por ello son tomados como ejemplo, de forma que solo constituirán delitos previos aquellos que sean similares a los anteriores.

Sin embargo, esta interpretación debe descartarse si se tiene en cuenta la segunda cuestión. Literalmente, el término "otro" significa "cosa distinta", lo que supone que esos otros delitos no tendrían por qué ser similares a los delitos expresamente mencionados sino, por el contrario, distintos a estos, siempre que, como exige la ley, puedan generar bienes susceptibles de lavado. Pero a esta interpretación se le puede objetar que no tiene sentido mencionar expresamente cada uno de estos delitos, al no resultar distintos de "cualquier otro" delito, por lo que bastaba que la ley dispusiera sin más la referencia a "cualquier" delito con capacidad para generar ganancias ilegales. Pero es evidente que esto no ha sido así.

En la determinación del delito previo, la legislación peruana entremezcla, innecesariamente, dos técnicas de tipificación: el casuismo, al establecer expresamente determinados delitos previos, con la cláusula abierta, que da cabida a cualquier delito, igual, similar o completamente distinto de los mencionados, con la única condición de que genere bienes susceptibles de lavado. En consecuencia, desde nuestro punto de vista, el delito previo puede ser cualquiera, no tiene por

qué ser castigado con una pena de prisión significativa ni menos cometido en delincuencia organizada, tal como disponía el Acuerdo Plenario N.° 3-2010 con relación a la regulación anterior. Ahora bien, tal como se interpreta para la legislación española en vigor, deben quedar excluidas las faltas en cuanto en *stricto sensu* no constituyen delitos[40].

La adopción de un sistema amplio para determinar el delito previo por parte de la legislación peruana y española supone ampliar el ámbito de aplicación del lavado o blanqueo a todos los delitos independientemente de su gravedad[41]. Por ejemplo, teóricamente cabría hablar de lavado de activos procedentes de un delito de hurto simple castigado con pena de prisión de 1 a 3 años (art. 185 CP peruano). Lo mismo cabe decir de la legislación española que, tras la entrada en vigor de la reforma del 2015, incluirá como delito previo al hurto leve castigado con pena de multa de uno a tres meses (art. 234.2 CP español).

Sin embargo, CARO CORIA, es de la opinión de que, en aplicación del principio de intervención mínima, los delitos deben tener "cierta gravedad", de forma que en la determinación del delito precedente en el caso de delitos similares, debe tenerse en cuenta que se trate de un "delito grave"[42]. Estando de acuerdo con el planteamiento del autor en establecer algún tipo de criterio para delimitar los delitos previos, creemos que por aplicación del principio de vigencia, su propuesta no se corresponde con el tenor literal del D. Leg. N.° 1106. En este, como vimos *supra*, ya no se hace referencia a delitos "similares" sino a "otros" delitos por lo que los argumentos vertidos al respecto en el Acuerdo Plenario N.° 3-2010 y que el autor utiliza para fundamentar su postura no pueden ser válidos para la legislación vigente. Además, el concepto de "delito grave", a diferencia de lo previsto en el CP español, no existe en la legislación penal peruana por lo que seguiría dejándose en manos de jueces y magistrados quienes, en el uso de su facultad de discrecionalidad, determinen por la pena privativa de libertad "significativa", cuándo el delito en cuestión es grave.

Además, al no establecerse un límite cuantitativo en el valor de los bienes, cabría plantearse la posibilidad de considerar como lavado, siempre que

40 Véanse arts. I y 11 del CP peruano.

41 Así, por ejemplo, Percy García, es de la opinión que dado que no se exige nada sobre la entidad del delito previo, este puede ser "cualquier figura delictiva" que genere ganancias. *Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO John y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 422.

42 CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* art. cit., p. 204 y ss.

concurran los demás elementos del tipo, la adquisición o transmisión de un bien independientemente de que su valor sea 10 o 10 mil euros o nuevos soles peruanos[43]. Por ello, de acuerdo con cierto sector doctrinal[44], proponemos la tipificación del lavado siempre que los bienes superen un determinado valor, es decir, fijar una cantidad o valor mínimo a partir del cual el bien puede ser idóneo para el lavado[45]. Al respecto también se ha pronunciado García Cavero, para quien el valor de los activos puede ser un elemento que sirva para determinar si se está ante un lavado de activos o ante un acto de agotamiento del delito. Pone el ejemplo del funcionario que tras cobrar una coima de poca monta, adquiere con ese dinero un determinado bien. En este caso, para este autor, está claro que no está haciendo un acto de conversión del activo, sino un "agotamiento del delito"[46]. Estamos de acuerdo con su propuesta de que el valor de los activos puede ser un elemento que permita delimitar el ámbito de aplicación el lavado

43 Así, por ejemplo, Víctor Prado, destaca para la legislación peruana, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas prácticas de lavado "carecen de significado para la tipicidad" de las distintas modalidades de lavado, en Prado Saldarriaga, Víctor, "El delito de lavado de activos en la Legislación Penal peruana", en Blanco Cordero, Isidoro; Eduardo Fabián Caparrós; Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*, art. cit., p. 270. Véase, también al respecto, Caro Coria, Carlos y Diana Asmat Coello, "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 3-2010 /CJ-116, del 16 de noviembre del 2010, y N.° 7-2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011, en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal,* Lima: Ara Editores, 2012, p. 316 y ss.

44 Así, entre otros, Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 183 y ss.; Del Carpio Delgado, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal,* art. cit., p. 16 y ss.; García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 422.

45 No hay que perder de vista que el párrafo tercero del art. 4 establece un tipo privilegiado para los casos en los que el valor de los activos no sea superior a 5 UIT pero también otro tipo cualificado si el valor de los activos es superior a las 500 UIT.

46 García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 42 y s. Crítico con este planteamiento, Prado Saldarriaga, Víctor, "El Delito de Lavado de Activos en la Legislación Penal Peruana", en Blanco Cordero, Isidoro; Eduardo Fabián Caparrós; Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*, art. cit., p. 270.

de activos, sin embargo, nos surgen dos cuestiones de su ejemplo. La primera. El tercero que, sabiendo de su procedencia delictiva recibe ese dinero con la finalidad de evitar la identificación de su origen, ¿también estaría realizando un acto de agotamiento del delito previo o puede considerarse como lavado de activos? La segunda. Si la coima no es de poca monta y el sujeto adquiere con ella un bien de considerable valor, ¿sería también un acto de agotamiento del delito previo?

En cualquier caso, teniendo en cuenta que en los documentos internacionales se establece que deben ser cantidades importantes o razonablemente grandes de bienes, y que, al menos en España el delito es de blanqueo de *capitales,* desde luego, no puede hablarse de capitales si se trata de pequeñas cantidades[47].

Con relación a los "actos contemplados en el art. 194", debe entenderse que se trata de excluir expresamente el tipo básico del delito de receptación previsto en el art. 194 CPP pero, tal como afirman CARO CORIA[48] o MENDOZA LLAMACPONCCA[49], no se trata de excluir a los delitos que son previos a la receptación[50].

En la receptación, al igual que en el lavado de activos, cabe diferenciar entre otros, dos elementos típicos: la conducta típica y el objeto material. Por un lado, la conducta típica o los actos contemplados en el art. 194 CP, tipo base de la

47 QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Comentarios a la parte especial del derecho penal,* 5.ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2006, p. 1040; CÓRDOBA RODA, Juan, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de Capitales,* Madrid: Marcial Pons, 2006, p. 59; DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal,* art. cit., p. 17.

48 CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* art. cit., p. 206.

49 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, "El delito fuente en el lavado de activos", en HURTADO POZO, José (dir.), *Anuario de Derecho Penal: Temas de derecho penal económico,* art. cit., (en prensa).

50 No alcanzamos entender a José Antonio Caro cuando afirma que es "evidente que por razones político criminales de combatir el crimen organizado el legislador ha optado por sustraer del concepto de 'ganancias ilegales' del art. 6 de la Ley N.° 27765 a aquellas generadas mediante la comisión de delitos contra el patrimonio para darles un castigo por separado en el art. 194 del Código penal como delito de receptación", Cfr. CARO JOHN, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* art. cit., p. 194. Si lo que quiere decir es que los delitos previos de la receptación no pueden ser delitos previos del blanqueo, no queda más que disentir de esta opinión. Literalmente la legislación que analiza prevé expresamente que quedan excluidos los "actos contemplados en el art. 194 del Código penal", más no se dice nada sobre excluir los delitos en los cuales tienen su origen los bienes a receptar. Además, cuando se refiere a que el lavado se reserva a incriminar determinadas conductas sobre bienes de "mayor envergadura", los delitos patrimoniales clásicos también generan bienes de gran envergadura y pueden ser cometidos por grupos organizados.

receptación, lo constituyen: adquirir, recibir en donación o en prenda o guarda, esconder, vender o ayudar a negociar. Por otro lado, el objeto material, es decir el bien sobre el que recae cualquiera de las conductas típicas, debe tener origen en una actividad delictuosa, es decir, en un delito[51]. Ciertamente, determinar de qué delitos se trata es una cuestión más que conflictiva. A diferencia de la legislación española en la que se determina expresamente como delitos previos de la receptación del art. 298 CP español a los delitos contra el patrimonio o el orden socioeconómico, el art. 194 CP peruano se refiere a "actividades delictuosas" y dentro de estas pueden incluirse a cualquiera constitutiva de delito, no solo a las patrimoniales. Y ello, porque hay que tener en cuenta que según el art. 195 CP peruano cabe la receptación de bienes procedentes de delitos como el secuestro, la extorsión, etc.

Si tenemos en cuenta que el art. 10 prevé expresamente "con excepción de los actos contemplados en el art. 194 del Código penal", estos actos constituyen las conductas típicas del tipo básico de la receptación. Del tenor literal de esta frase no puede concluirse que se excluyen "los delitos previos del delito de receptación"[52].

Interpretar que se excluyen los delitos previos de la receptación supone contradecir lo previsto en los arts. 4 y 10 del D. Leg. N.° 1106, en los que se enuncia expresamente como delitos previos del lavado de activos algunos delitos que también son delitos previos de la receptación, tipo básico y tipo cualificado, como es el caso del robo, robo agravado, secuestro, trata de personas o extorsión.

Si se asume esta interpretación, la cuestión entonces es determinar cómo se castigan los actos de lavado que recaigan sobre estos bienes. Partiendo de la premisa de que la receptación requiere ánimo de lucro, si el sujeto no actúa con ánimo de lucro no cabría castigar por receptación por la falta de este elemento subjetivo, entonces, ¿el hecho es atípico? Si actúa con ánimo de lucro ¿se castigaría como receptación? Si la respuesta a esta última cuestión es positiva se estarían privilegiando absurdamente estos supuestos. Ejemplificando, el sujeto que —conociendo que proceden de un delito de robo— transfiere los bienes a una tercera persona con la finalidad de evitar el decomiso y con posterioridad a ello invertirlos en un negocio legal, sería castigado con una pena de prisión de 1 a 4 años prevista en el art. 194 CP. Pena considerablemente inferior a la

51 Aunque también cabría interpretar que dentro de las "actividades delictuosas" pueden quedar comprendidas las faltas.

52 De esta opinión, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 112 y ss.

prevista para el tipo básico del lavado de activos previsto en el art. 1 del D. Leg. N.° 1106: prisión de 8 a 15 años.

Hay que tener especial cuidado con este tipo de interpretaciones porque excluir como delitos previos del lavado de activos a los delitos previos de la receptación supone vaciar gran parte del contenido del lavado de activos y, en consecuencia, limitar su ámbito de aplicación. Por estas y otras razones, desde nuestro punto de vista, el art. 10 del D. Leg. N.° 1106, este solo excluye como delito previo al delito de receptación previsto en el art. 194. A pesar de ello, no alcanzamos a comprender cuál es el fundamento de esta decisión del legislador, que por otro lado también estaba prevista en la Ley N.°, si en la teoría y en la práctica cabe la posibilidad de que el delito de receptación constituya un delito previo susceptible de generar bienes objeto de lavado. Salvo que el legislador haya decidido, dada la amplitud del ámbito de aplicación de ambos delitos, resolver expresamente el posible concurso de leyes que pueda surgir. En cualquier caso, no pocos serán los supuestos en los que, además de realizar conductas propias de la receptación, el mismo sujeto o un tercero realice conductas de blanqueo. Por ejemplo, el sujeto que recibe en donación bienes sabiendo que proceden de la comisión de un robo en principio, comete un delito de receptación previsto en el art. 194. Y si transcurrido un tiempo los transfiere a un tercero que adquiere la propiedad de los mismos con la finalidad de evitar su incautación, ¿la conducta del tercero que adquiere esos bienes conociendo su procedencia para evitar su identificación, es impune?

A pesar de lo anterior, al no preverse nada al respecto, cabe la posibilidad que el delito de receptación agravado del art. 195 constituya un delito previo a efectos del lavado de activos. Utilizando el mismo ejemplo anterior, si los bienes aceptados en donación proceden de la comisión de un secuestro, y con posterioridad se los transfiere a un tercero, este último, si se dan todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo, puede ser autor de un delito de lavado de activos. Y ello porque, si tanto la doctrina peruana como la española aceptan, sin ningún inconveniente, el blanqueo en cadena[53], es decir, el blanqueo de bienes

53 Así, entre otros, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 256 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 137; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 110; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 192 y ss.; GARCÍA CAVERO, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO John y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, art. cit., p. 424; CARO CORIA, Carlos y Diana ASMAT COELLO,

procedentes de otro delito de blanqueo, no hay inconveniente en considerar la receptación, en este caso agravada, como delito previo.

4. La autonomía del lavado de activos y su nexo con el delito previo

Los delitos de lavado, receptación y encubrimiento tienen un elemento común: para que "existan" como tales requieren la previa comisión de otro delito. Es en este otro delito en el que tiene origen o del cual procede el objeto material sobre el que recae la conducta típica respectiva. En este sentido, se puede afirmar que estos delitos dependen de la previa comisión de un delito[54].

En España, a diferencia de lo que ocurre en Perú, la autonomía del blanqueo de capitales no ha sido declarada expresamente por ley. No hace falta. De su propia configuración típica, aunque con una técnica legislativa deficiente, se desprende esta autonomía. Así, de acuerdo con González Rus, las peculiaridades propias del blanqueo le otorgan "autonomía" y significación específica[55], aunque dependa de la previa comisión de un delito que genere bienes que finalmente serán su objeto material. Y esta es la opinión que tanto doctrina y de forma pacífica la jurisprudencia[56] han venido manteniendo desde su incorporación en el Código Penal.

"El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 3-2010 /CJ-116, de 16 de noviembre del 2010, y N.° 7-2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011, en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal,* art. cit., p. 208; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 603.

54 De esta opinión, entre otros, Calderón Cerezo, Ángel, "Análisis sustantivo del delito (i) Prevención y represión del blanqueo de capitales", en Zaragoza Aguado, Javier, *Prevención y represión del blanqueo de capitales,* art. cit., p. 276; Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español,* ob. cit., p. 213; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 601.

55 González Rus, Juan, en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Curso de derecho penal, parte especial,* t. I, Madrid: Marcial Pons, 1996, p. 581.

56 *Vid.* Tribunal Supremo (ponente: Magistrado Joaquín Giménez García), *Sentencia N.° 277/2001,* 26 de junio del 2001; *Idem,* (ponente: Magistrado Juan Saavedra Ruiz), *Sentencia N.° 1070/2003,* 22 de julio del 2003; *Idem,* (ponente: Magistrado Julián Sánchez Melgar), *Sentencia N.° 1501/2003,* 19 de diciembre del 2003; *Idem,* (ponente: Magistrado Luciano Varela Castro), *Sentencia N.° 313/2010,* 8 de abril del 2010; *Idem,* (ponente: Magistrado José Maza Martín), *Sentencia N.° 628/2011,* 22 de julio del 2011; *Idem,* (ponente: Magistrado Ana Ferrer García), *Sentencia N.° 895/2014,* 23 de diciembre del 2014; *Idem,* (ponente: Magistrado Andrés Martínez Arrieta), *Sentencia N.° 286/2015,* 19 de mayo del 2015.

El blanqueo es un tipo autónomo[57], no es un tipo conexo o de referencia a otro[58], porque a diferencia de la receptación o del encubrimiento, la pena a imponer no depende de la pena abstracta asignada al delito previo. Así, por ejemplo, en el encubrimiento, ni en el sistema anterior cuando era una forma de participación, ni en su configuración actual como un delito contra la Administración de justicia, en ningún caso se permite superar la pena del delito previo. Lo mismo cabe decir de la receptación de delitos. Su penalidad depende de la penalidad abstracta asignada al delito previo. En segundo lugar, a diferencia de la receptación y del encubrimiento en los que se excluye expresamente del círculo de sujetos activos a quienes hayan intervenido en el delito previo como autores o partícipes, en el blanqueo, se ha previsto expresamente que puede ser sujeto activo el autor o partícipe del delito previo.

Ahora bien, eso no supone ignorar que la autonomía no es absoluta sino que, tal como hemos visto *supra,* tiene cierta dependencia respecto del delito previo en tanto que el blanqueo existe en la medida que exista un delito que genere bienes idóneos para blanquear o lavar[59]. Por ello, no puede desconocerse que lo que determina la existencia del lavado de activos es la previa realización de un delito que ha generado bienes y que ambos tienen relevancia en la configuración del tipo de injusto.

Afirmado lo anterior, en nuestra opinión, la actividad delictiva o el delito en el cual tienen origen los bienes es un elemento normativo del tipo, tal como lo considera la unanimidad de la doctrina española y peruana que considera que este elemento forma parte del delito de blanqueo o lavado[60]. Este es un elemento

57 Así, expresamente con relación a la legislación peruana, CARO JOHN, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* ob. cit., p. 166.

58 Para Percy García, el delito de lavado de activos sigue siendo un "delito de conexión" que exige un delito previo o fuente. *Vid.* GARCÍA CAVERO, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO John y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 418.

59 CARO JOHN, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* art. cit., p. 166.

60 De esta opinión BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 375; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 304; CALDERÓN CEREZO, Ángel, "Análisis sustantivo del delito (i) Prevención y represión del blanqueo de capitales", en ZARAGOZA AGUADO, Javier, *Prevención y represión del blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 276; GARCÍA CAVERO, Percy,

normativo porque a diferencia de los elementos descriptivos, la valoración de su significado y contenido no es posible realizarla con la simple percepción o a través de los sentidos; por el contrario, la actividad delictiva previa requiere otra valoración, es decir, el sujeto tiene conocimiento de su significado solo después de haber realizado un proceso intelectivo de valoración[61]. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina, no requiere una valoración exacta de los hechos, y que es suficiente que el autor realice una "valoración paralela en la esfera del profano"[62].

Pues bien, una vez que hemos determinado que el delito en el cual tiene origen los bienes es un elemento del tipo de injusto del blanqueo o lavado, ahora es necesario determinar qué grado de unión o nexo debe existir entre ambos delitos.

Esto supone determinar qué elementos del concepto dogmático de delito debe reunir el hecho previo para que el blanqueo tenga relevancia penal. Según el art. 300 del CP español, las disposiciones del Capítulo XIV del Título XIII

"Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO John y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 428; CARO CORIA, Carlos y Diana ASMAT COELLO, "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 3-2010 /CJ-116, de 16 de noviembre del 2010, y N.° 7-2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011, en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO JOHN y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal,* ob. cit., p. 319 y ss. De la misma opinión, parece ser VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "La investigación y sanción", en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Verónica ZAMBRANO; Fabián NOVAK y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, *Lavado de Activos en el Perú. Grado de efectividad y cumplimiento. Recomendaciones,* ob. cit., p. 24, en relación con la Ley N.° 27765; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p., 601; GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo, "La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *Diario La Ley,* n.° 8587, Madrid: Wolters Kluwer, 2015. p. 12 y ss.; MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, "El delito fuente en el lavado de activos", en HURTADO POZO, José (dir.), *Anuario de Derecho Penal: Temas de derecho penal económico,* ob. cit., (en prensa).

61 Así, expresamente, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 346 y ss.; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 304 y ss.; CALDERÓN CEREZO, Ángel, "Análisis sustantivo del delito (i) Prevención y represión del blanqueo de capitales", en ZARAGOZA AGUADO, Javier, *Prevención y represión del blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 278; PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales,* ob. cit., pp. 321 y ss.

62 *Vid.* al respecto, DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 306; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* 3.ª ed., ob. cit., p. 659; CALDERÓN CEREZO, Ángel, "Análisis sustantivo del delito (i) Prevención y represión del blanqueo de capitales", en ZARAGOZA AGUADO, Javier, *Prevención y represión del blanqueo de capitales,* art. cit., pp. 277 y 278.

(dentro del que se encuentra el blanqueo de capitales) se aplicarán "aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena". Aunque en este precepto no se establece expresamente qué elementos deben concurrir para determinar la previa existencia de un delito, sí se menciona cuáles no son necesarios para su consideración como tal: la culpabilidad y la punibilidad. Esto supone que el injusto del blanqueo o lavado es tal en la medida de que existe un hecho típico y antijurídico previo. Así, no cabrá hablar de blanqueo o lavado si los bienes proceden de ilícitos civiles, administrativos o infracciones fiscales, de contrabando, entre otros. Tampoco si el hecho típico está justificado por la concurrencia de alguna causa de justificación.

La legislación peruana no contiene un precepto de similar contenido; sin embargo, la mayoría de la doctrina peruana también es de la opinión de que el hecho previo debe ser típico y antijurídico, siendo irrelevante que su autor no sea culpable o esté exento de pena por concurrir alguna excusa absolutoria o por la falta de condiciones objetivas de punibilidad[63].

Haciendo un pequeño inciso, sin ánimo de ser exhaustivos porque el tema requiere más tiempo y espacio del que podemos dedicar ahora, cabe advertir que últimamente dentro de la doctrina peruana algunos autores consideran que "el delito previo no es un elemento objetivo del tipo", es el caso, por ejemplo, de GÁLVEZ VILLEGAS.

En su monografía del 2004 en la que analiza el delito de lavado de activos según la Ley N.° 27765, afirma lo siguiente en relación con el art. 1 que castiga los actos de conversión y transferencia: "el dolo del autor exige que medie conocimiento de todos los elementos objetivos del tipo, especialmente que los bienes sobre los que recaen las acciones de conversión y transferencia provienen de uno de los delitos previos descritos en la Ley"[64]. En la segunda edición de esta obra, cuando analiza la concurrencia del error de tipo sostiene más claramente: "dado que uno de los elementos del tipo objetivo del lavado de dinero es que los bienes procedan de los delitos indicados, de faltar este conocimiento [...] estaremos frente a un supuesto de atipicidad por no reunir la conducta los ele-

63 GARCÍA CAVERO, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO John y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 429 y ss.

64 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, ob. cit., p. 57.

mentos subjetivos del tipo penal"[65]. De lo transcrito se desprende que para este autor el origen delictivo de los bienes es un elemento objetivo del tipo porque de lo contario no tendría por qué ser abarcado por el dolo del autor. En este sentido, cabe afirmar que tácita y expresamente reconoce que la previa comisión de un delito, en el cual tiene origen los bienes, es un requisito imprescindible para la configuración del tipo de injusto del lavado de activos, de ahí que su desconocimiento suponga la atipicidad de la conducta. Consideraciones que ahora descarta "categóricamente"[66].

En un artículo publicado el 2015, que reproduce parte del Capítulo IV de su monografía del 2014 sobre la regulación vigente del lavado de activos, sostiene que lo previsto en el art. 10 del D. Leg. N.° 1106 "determina de modo expreso la *autonomía material* (no solo procesal) de los tipos penales de lavado de activos respecto a la actividad criminal previa". Resulta relevante, continua este autor, "que esta norma hace referencia a 'actividades criminales' en general, y no a un delito previo concreto o específico (supuestos que son totalmente distintos). Queda claro, entonces que el delito previo no es un elemento objetivo del tipo"[67].

Pero si no es un elemento objetivo del tipo, entonces, ¿qué papel cumple en la configuración del delito de lavado de activos? La respuesta la da el mismo autor: "no tiene ninguna relevancia". Si esto es así, entonces no se entiende todo el esfuerzo interpretativo que realiza en torno a este elemento. Aunque para ser coherente con su postura se ve forzado a explicar que, solo cuando la "actividad criminal previa o 'delito previo' se halle acreditado", es necesario estudiar toda la problemática del "delito previo"[68]. Al margen de otras muchas consideraciones sobre su postura, lo cierto es que parece que el autor confunde un elemento objetivo del tipo, que debe ser abarcado por el dolo del autor, con los medios de determinación o la prueba de ese elemento en el respectivo proceso penal[69]. De su cambio de postura, respecto a las ediciones anteriores de su obra, podría deducirse que, para este autor, el cambio a un sistema amplio del delito previo

65 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2009, p. 104.

66 *Ibid.*, p. 130.

67 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, "Anatomía del delito de lavado de activos", en *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, año I, vol. 1, Lima: Ideas Solución Editorial, 2015, p. 23.

68 *Ibid.*, p. 28.

69 *Véase* como ejemplo, el caso que Tomás GÁLVEZ pone (p. 27 del citado artículo) donde, intentando demostrar la desvinculación del lavado de activos del delito previo, incide solamente en los medios probatorios para determinar la procedencia de los bienes GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, "Anatomía del delito de lavado de activos", en *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, art. cit., p. 27.

conlleva, a su vez, un cambio en la configuración del tipo de injusto del lavado de activos.

Las constantes referencias a la causa de la impunidad del lavado de activos se debe a la construcción de "criterios doctrinales" que considera al referido delito previo como un elemento normativo del tipo, a la exigencia de la "acreditación categórica de la actividad criminal previa o "delito previo", entre otros, refleja que, desde la perspectiva de este autor, la desaparición de este elemento en la configuración del injusto típico va a suponer el "fin de la impunidad". En nuestra opinión, el problema no está en la existencia de un determinado elemento del tipo, sino en su determinación, según las normas procesales de cómo este se considera probado. La impunidad no trae causa en la técnica utilizada por el legislador en la descripción del tipo ni menos en la interpretación que la doctrina haga al respecto. Las causas hay que buscarlas en otros factores personales o materiales, tal como expone en su trabajo MENDOZA LLAMACPONCCA[70].

Como afirmamos *supra*, la principal peculiaridad del delito de blanqueo de capitales es la previa comisión de un hecho delictivo en el cual tienen origen los bienes a blanquear. Este requisito, insistimos, es esencial de forma que, si no se aprecia la previa comisión de ese delito, no cabe hablar de blanqueo, constituyéndose así en el límite entre una conducta que puede ser constitutiva de blanqueo de otra que no lo es. Y esta configuración del blanqueo no ha supuesto su "impunidad" en el contexto español, tal como lo revela el Informe del GAFI de diciembre del 2014[71]. Además, como hemos visto con relación a la legislación

70 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, "El delito fuente en el lavado de activos", en HURTADO POZO, José (dir.), *Anuario de Derecho Penal: Temas de derecho penal económico*, art. cit., (en prensa).

71 Así, por ejemplo, en el Informe del GAFI de diciembre del 2014 se dice expresamente lo siguiente: España presenta muchas de las características de un sistema eficaz, en particular en lo que respecta a su capacidad para investigar, perseguir y llevar a juicio con éxito los delitos de blanqueo de capitales a todos los niveles, especialmente en casos relacionados con delitos que generan grandes beneficios. Las autoridades persiguen rutinariamente el blanqueo de capitales como delito autónomo o en conjunción con el delito subyacente, el blanqueo de capitales por parte de terceros (incluido el efectuado por abogados y notarios como blanqueadores profesionales), el autoblanqueo y el blanqueo de las ganancias de delitos subyacentes cometidos en territorio nacional y en el extranjero. El procedimiento habitual es realizar una investigación financiera paralela, incluso en casos de delitos subyacentes relacionados perpetrados fuera de España. Las autoridades presentaron muchos casos que demuestran su capacidad para investigar con éxito casos de blanqueo de capitales grandes y complejos hasta la obtención de condena, y los elementos más visibles del sistema (investigaciones y procesos penales) demuestran un alto nivel de eficacia. A estos factores se les otorgó mucha importancia, especialmente porque los tipos de casos que se persiguen hasta la obtención de una

española, la autonomía del delito de blanqueo de capitales no depende de que el delito previo constituya o no un elemento objetivo del tipo, por el contrario, sin su concurrencia, tal como está descrito el art. 301 del CP español, no puede configurarse el tipo de injusto del blanqueo. Parafraseando a ABEL SOUTO, "*conditio sine qua non,* para que concurra una conducta de blanqueo, resulta la previa comisión de un delito"[72].

Precisamente por ello, la referencia a la supuesta "evolución" de la legislación española, desde un específico "delito grave", para luego considerar, en general, a un "delito" y, finalmente, tener a una "actividad delictiva" para fundamentar su postura, no es del todo apropiada. Así, por ejemplo, alega que la reforma del 2010 del CP español que modifica el término "delito" por el de "actividad criminal" se habría realizado con la finalidad de dotar "funcionalidad al delito de lavado de activos y evitar la impunidad de esta conductas"[73]. Muy por el contrario, tanto la doctrina y como veremos más adelante cuando analicemos la conducta típica, el tribunal supremo español viene haciendo verdaderos esfuerzos interpretativos para restringir el ámbito de aplicación del delito de blanqueo y evitar así excesos provocados por una interpretación amplia de los tipos penales.

Tal como ya hemos analizado, tanto el legislador español como el peruano, desde la incorporación del blanqueo o lavado en sus legislaciones, ha optado por cambiar el sistema de los delitos previos. Si inicialmente el delito previo era uno relativo al tráfico de drogas, este se fue ampliando a otros delitos que también son susceptibles de generar bienes idóneos para el blanqueo o lavado. El cambio de un sistema de *numerus clausus* a otro de umbral para posteriormente adoptar un sistema amplio es una opción política criminal que nada tiene que ver con la configuración del tipo de injusto del delito que venimos analizando, en tanto que la ampliación del delito previo a cualquier delito no implica que este tenga que "desaparecer" como elemento del tipo. Esta opción se debe a que la realidad criminológica viene demostrando que no solo los delitos relacionados con el

---

condena son acordes con los riesgos de blanqueo de capitales que afronta España y con las prioridades nacionales, GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo-España. Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua (Diciembre 2014)*, GAFI/OECD, 2014, p. 61 y ss.

72 ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español,* ob. cit., p. 213.

73 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, "Anatomía del delito de lavado de activos", en *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral,* art. cit., p. 24 y ss. Como acertadamente afirma Jerónimo García, el término "actividad delictiva", indefectiblemente, sigue refiriendo a acciones típicas y antijurídicas y no supone una la relajación o exención de su prueba. Cfr. GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo, "La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *La Ley*, art. cit., p. 14.

tráfico de drogas o los cometidos en el seno de las organizaciones criminales pueden generar bienes idóneos para el blanqueo o lavado.

Como decíamos *supra*, si bien es mayoritaria la doctrina española que considera que el hecho previo debe ser un hecho típico y antijurídico, bastando que se pruebe en el proceso que se sustancie por el presunto blanqueo[74], no faltan autores que entienden que el término *delito* incluido en el artículo 301 del CP español, antes de la reforma del 2010, no sería tal sino es por su constatación en sentencia penal firme[75]. Desde esta perspectiva, para poder atribuirse una acción como constitutiva de blanqueo, es necesaria la existencia de una sentencia firme y definitiva, anterior por un delito distinto y que pruebe que los bienes blanqueados tienen su procedencia en dicho delito[76].

Sin embargo, está claro que, para la doctrina dominante, una cosa es el delito previo como elemento objetivo del tipo y otra distinta es la sentencia condenatoria que pruebe su existencia[77]. En este sentido, de acuerdo con lo establecido

74 En este sentido, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 278 y ss. De la misma opinión, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 200 y ss.; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, "Blanqueo de bienes", en LUZÓN PENA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada: Comares, 2002, p. 201.

75 Así, COBO DEL ROSAL, Manuel y Carlos ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ, *Blanqueo de capitales, Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la Comunidad Europeas)*, Madrid: CESEJ, 2005, p. 82 y ss.; CÓRDOBA RODA, Juan, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de Capitales*, ob. cit., p. 64 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.° 91, Madrid: CESEJ, 2007, pp. 22 y s.; BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Silvina BACIGALUPO (edits.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2009, p. 17.

76 Un claro análisis sobre estas dos formas de acreditar el delito previo en la doctrina peruana puede verse en el trabajo de CARO CORIA, Carlos y Diana ASMAT COELLO, "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 3-2010 /CJ-116, de 16 de noviembre del 2010, y N.° 7-2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011, en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO JOHN y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal*, art. cit., p. 230.

77 Como expone, resulta difícilmente justificable desgajar una categorización autónoma y ajena al término "delito" mediante el recurso al término "actividad delictiva", o dicho de otro modo, "delito" y "actividad delictiva" se identifican con el concepto y la acción, respectivamente, de una misma realidad del todo indisoluble; de modo que "delito" es un acto, cuanto menos, típico y antijurídico, y "actividad delictiva" representa la actividad consistente en cometer actos, cuanto menos, típicos y antijurídicos.

por la jurisprudencia del tribunal supremo español, en la definición del delito de blanqueo, no se exige la previa condena por el delito del que proceden los bienes, es decir, que no se requiere la existencia de una sentencia firme[78].

Si esto es así, entonces ¿a qué se debe el cambio del término *delito* por *actividad delictiva*? El Informe del Consejo Fiscal al Proyecto de Reforma del 2010 del Código Penal Español proponía que debía "aprovecharse la reforma para sustituir la referencia a *delito* como antecedente del blanqueo por la de *actividad delictiva*, que 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 conforme a lo establecido también por la doctrina de la Sala Segunda del TS"[79].

Puede ser que el legislador, teniendo en cuenta el criterio unánime de la jurisprudencia y la recomendación del Consejo Fiscal[80], haya decidido sustituir

78 Así, entre otras, TRIBUNAL SUPREMO (ponente: Magistrado José JIMÉNEZ VILLAREJO), *Sentencia N.° 1704/2001*, 29 de setiembre del 2001; *idem*, (ponente: Magistrado José MARTÍN PALLÍN), *Sentencia N.° 1504/2003*, 25 de febrero del 2004; *idem*, (ponente: Magistrado Luis PUERTA LUIS), *Sentencia N.° 1368/2004*, 15 de diciembre del 2004; *idem*, (ponente: Magistrado Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *Sentencia N.° 266/2005*, 1 de marzo del 2005; *idem*, (ponente: Magistrado Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *Sentencia N.° 1426/2005*, 13 de diciembre del 2005; *idem*, (ponente: Magistrado Julián SÁNCHEZ MELGAR), *Sentencia N.° 449/2006*, 17 de abril del 2006; *idem*, (ponente: Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *Sentencia N.° 506/2006*, 10 de mayo del 2006; *idem*, (ponente: Francisco GARCÍA PÉREZ), *Sentencia N.° 115/2007*, 22 de enero del 2007; *idem*, (ponente: Francisco MONTERDE FERRER), *Sentencia N.° 801/2010*, 23 de setiembre del 2010; *idem*, (ponente: José SORIANO SORIANO), *Sentencia N.°* 961/2010, 11 de noviembre del 2010.

79 CONSEJO FISCAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid: FGE, 2009, p. 169 y ss.

80 De esta opinión, entre otros, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)", en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco y José LUIS GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal del 2010*, art. cit., p. 341; ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto, "Artículos 301 a 304", en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (dir.), *Comentarios al Código penal*, Valladolid: Lex Nova, 2010, p. 1169; FERNÁNDEZ TERUELO, Javier, "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales. Los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas", en *Diario La Ley*, N.° 7657, Madrid: Wolters Kluwer, 2011, p. 7; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., ob. cit., p. 247; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 601 y ss.; REBOLLO VARGAS, Rafael, "La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, art. cit., p. 215.

el término *delito* por el de *actividad delictiva* para acabar así con la polémica doctrinal que giraba en torno a si el término *delito* debe ser interpretado como un hecho típico y antijurídico, bastando con la prueba de su existencia en el proceso que se sustancie por el presunto blanqueo, o si este no sería tal sin una sentencia penal firme y definitiva anterior, en la que se pruebe que los bienes tienen su procedencia en dicho delito.

Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, este cambio terminológico, que no de configuración del tipo de injusto, aunque ha de considerarse como positivo, no era necesario toda vez que, insistimos, el Tribunal Supremo no ha encontrado obstáculos para condenar por blanqueo de capitales sin que exista condena previa por el delito en el cual tienen origen los bienes, ya que en la definición del delito de blanqueo no se exige la previa condena por el delito del cual proceden los bienes[81].

Por ello, no es correcto afirmar que tras la reforma del 2010 "el delito de activos ya no se vincula a un delito específico [...] sino a la actividad delictiva en general, la que no requiere ser demostrada o acreditada sino simplemente que se establezca razonadamente un nexo de los activos materia del lavado con la actividad criminal en general", tal como hace GÁLVEZ VILLEGAS[82]. Este cambio terminológico no ha supuesto un cambio en los criterios establecidos por el Tribunal Supremo para establecer acreditada la procedencia delictiva de los bienes objeto del blanqueo que en la mayoría de casos se sustenta en base a la prueba indiciaria. Así, por ejemplo, la STS 341/2012[83], establece categóricamente: "una cosa es que la existencia del previo delito pueda afirmarse sin previa condena y otra, que la prueba del mismo no sea tan exigible como lo es la relativa a cualquiera otros de los elementos del tipo". Mucho menos que la *actividad delictiva* previa haya dejado de ser un elemento normativo del tipo.

81 Así, entre otros, MANJÓN-CABEZA OLMEDA, Araceli, "Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)", en ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco y JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC (dirs.), *Comentarios a la reforma penal del 2010*, ob. cit., p. 341; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., ob. cit., p. 247; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa, Parte especial*, 4.ª ed., ob. cit., p. 601; FARALDO CABANA, Patricia, "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales", en *Estudios penales y Criminológicos*, vol. XXXIV, Compostela: USC, 2014, p. 54 y ss.

82 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, "Anatomía del delito de lavado de activos", en *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, art. cit., p. 25.

83 TRIBUNAL SUPREMO (ponente: Magistrado Luciano VARELA CASTRO), *Sentencia N.° 341/2012*, 09 de abril del 2013.

En el tribunal supremo español, se viene imponiendo una línea restrictiva que exige que en la sentencia se concrete, al menos, la naturaleza de los delitos previos de los que proceden los bienes objeto de blanqueo[84]. En este sentido, la STS 189/2010[85] dispone que "será preciso identificar en los hechos probados, aunque sea de una forma mínima, el delito origen de los bienes y luego valorar expresamente la prueba acerca de su existencia. Esta identificación y prueba constituyen elementos imprescindibles para afirmar luego que el autor conocía el origen delictivo". La sentencia considera incorrecta la afirmación de que "el tipo básico de blanqueo solo exige en el autor el conocimiento de la procedencia ilícita del dinero", porque el tipo requiere "no solo que conozca la ilicitud, sino que conozca el origen delictivo, que previamente debe haber sido suficientemente establecido". El Tribunal absuelve a los acusados en tanto que en la fundamentación jurídica de la sentencia condenatoria sometida a casación no "se precisa cuál es el delito de origen, ni siquiera por referencia a una actividad delictiva mínimamente identificada".

El Tribunal Supremo, incluso tras la reforma del 2010, ha dejado claro que el delito de blanqueo de capitales no es un delito de sospecha (STS 220/2015)[86]. Como cualquier otra condena penal, para la condena por un delito de blanqueo es necesaria la certeza más allá de toda duda razonable, basada en parámetros objetivos y racionales en los que *concurren todos y cada uno de los elementos del delito*: una *actividad delictiva previa* idónea para generar ganancias o bienes (STS 220/2015). *Este delito previo constituye elemento objetivo (normativo) del tipo, y su prueba condición asimismo de tipicidad* (STS 974/2012)[87]. Ahora bien, en ningún caso se exige que se haya dictado sentencia condenatoria firme, pues la exigencia de este requisito previo haría imposible en la práctica la aplicación del tipo de blanqueo. Basta que el sujeto activo conozca que los bienes tienen como origen un hecho típico y antijurídico. Tampoco se considera preciso que se determine la autoría del delito precedente (STS 974/2012). Sin embargo, una cosa es que la existencia del delito previo pueda afirmarse sin previa condena, y otra que la prueba del mismo no sea tan exigible como lo es la relativa a cualquiera de los otros elementos del tipo. Estos pueden probarse por

84 *Véase,* al respecto, Gómez Benítez, José, "El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal", en *Análisis GA&P,* Madrid, 2014, p. 1 y ss.

85 Tribunal Supremo (ponente: Magistrado Miguel Colmenero Menéndez De Luarca), *Sentencia N.° 1897/2010,* 9 de marzo del 2010.

86 Tribunal Supremo (ponente: Magistrado Don Antonio Del Moral García) *Sentencia N.° 578/2012,* 26 de junio del 2012; *idem,* (ponente: Magistrado Don Antonio Del Moral García) *Sentencia N.° 220/2015,* 9 de abril del 2015.

87 Tribunal Supremo (ponente: Magistrado Juan Berdugo Gómez de la Torre) *Sentencia N.° 974/2012,* 05 de diciembre del 2012.

prueba directa o indiciaria, pero tan plena en un caso como en otro, entendiendo por plenitud, en los valores de una sociedad democrática, la que satisface las exigencias de la presunción de inocencia (STS 341/2013)[88]. Igualmente, para aplicar el tipo cualificado debe establecerse que el delito previo esté relacionado con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (STS 220/2015).

Desde nuestro punto de vista, pretender que el delito previo en el cual tienen origen los bienes deje de constituir un elemento objetivo del tipo, es desnaturalizar el delito de blanqueo o lavado y supone una interpretación contraría al contenido de la ley. Si se pretende castigar cualquier enriquecimiento ilícito o la posesión injustificada de bienes, entonces tiene que proponerse su tipificación en la legislación peruana, pero no puede hacerse a través de una "reinterpretación" del lavado de activos que termine por desnaturalizar este delito.

En este sentido, por ejemplo, la legislación francesa prevé un delito que fundamenta su tipicidad en la no justificación del origen del patrimonio[89]. Se trata del delito de no justificación de bienes o posesión de bienes injustificados del CP francés, considerado como muy próximo o una tipificación específica de enriquecimiento ilícito, y que la Comisión de la UE en la Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo titulada "Productos de la delincuencia organizada"[90], propone su tipificación como una herramienta más para "garantizar que el delito no resulte provechoso".

Tras la promulgación de la Ley N.° 2006-64, del 23 de enero del 2006, relativa a la lucha contra el terrorismo y la adopción de diversas disposiciones relativas a la seguridad y los controles fronterizos, el delito de no justificación de bienes amplía su ámbito de aplicación a cualquier delito castigado con al menos cinco años de prisión. El art. 24 de la mencionada ley que modifica la redacción del art. 321-6 del CP francés, establece que "el hecho de no poder justificar los recursos que se correspondan con el nivel de vida o de no poder justificar el origen de un bien que se posee, mientras se mantiene una relación habitual con una o más personas que se dediquen a la comisión de crímenes o delitos castigados al menos con cinco años de pena de prisión y que les reporte

88 Tribunal Supremo (ponente: Magistrado Luciano Varela Castro) *Sentencia N.° 341/2013*, 9 de abril del 2013.

89 Del-Carpio-Delgado, Juana, "El delito de "enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional", en *Revista General de Derecho Penal*, n.° 23, Madrid: Iustel, 2015, p. 53 y ss.

90 Comisión De Las Comunidades Europeas, *Comunicación de la comisión al parlamento europeo y al consejo Productos de la delincuencia organizada-Garantizar que "el delito no resulte provechoso"*, Bruselas, 20 de noviembre del 2008.

un beneficio directo o indirecto, o que sean víctimas de estas infracciones, será castigado con la pena de prisión de tres años y multa de 75,000 euros".

La ampliación del delito de no justificación de bienes tiene como finalidad, según la Circular de la Dirección de Asuntos Criminales, luchar más eficazmente contra los bienes que proceden de otros delitos más comunes[91]. Así, con la regulación anterior, limitada solo a ocho modalidades delictivas, quedaban fuera del alcance penal la posesión injustificada de bienes procedentes de delitos más frecuentemente cometidos y que también generarán bienes, como puede ser el robo. La reforma tipifica la posesión injustificada de bienes procedentes de cualquier delito castigado al menos con cinco años de prisión. Sin embargo, sigue contemplando los mismos elementos que antes de la reforma ya se venían exigiendo por parte de los tribunales. En primer lugar, que el sujeto disponga de recursos económicos que no se corresponda con su nivel de vida; en segundo lugar, el origen desconocido de los bienes, lo que supone que el sujeto no puede justificar el origen lícito de estos; en tercer lugar, que mantenga relaciones habituales con una o más personas que se dedican a la comisión de delitos castigados al menos con cinco años de pena de prisión y que les reporte un beneficio directo o indirecto, o con las víctimas de estos; y, finalmente, el sujeto debe saber que los bienes que posee proceden de la comisión de los delitos cometidos por la o las personas con las que mantiene relaciones habituales o de las víctimas de estos delitos.

Tal como se establece en la mencionada circular, este delito se establece sobre la presunción de que la persona no puede justificar los recursos correspondientes a su estilo de vida, que no puede justificar el origen de los bienes o recursos patrimoniales que tiene en su poder y que conoce el origen delictivo de los mismos. Así, bastará que el Ministerio Público pruebe fundamentalmente las relaciones habituales entre el acusado y el autor o autores de los delitos subyacentes o con las víctimas de estos, y un estilo de vida no acorde con sus ingresos lícitos[92].

Si bien no puede afirmarse que este delito invierte totalmente la carga de la prueba porque los elementos fundamentales que lo configuran deben ser probados por la acusación, uno de sus elementos sí lo hace. La acusación no

91 FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces, Circulaire relative à la loi n.° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, publiée au journal officiel du 24 janvier 2006,* CRIM 2006-02 G1/03-02-2006, NOR: JUSD0630013C, 2006, párr. II.3.

92 POUIT, Marine, *Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond,* Mémoire Master II Droit pénal et sciences pénales, Paris: Université Paris II Panthéon-Assas, 2013, p. 72 y ss.

está obligada a establecer el vínculo entre los bienes injustificados y el producto del delito cometido por el autor o autores del delito subyacente con los que el sujeto mantiene relaciones habituales[93]. Es decir, no está obligada a establecer que el autor del delito previo ha entregado los bienes que su actividad delictiva le ha generado y que estos a su vez son los que provocan que el acusado tenga un nivel de vida que no se corresponda con sus ingresos lícitos. Es el acusado quien tiene que presentar las pruebas sobre el origen legal de los bienes que posibilita que lleve ese nivel de vida.

Como podrá observar el lector, este delito, con algunas diferencias, es mucho más próximo a la reinterpretación que GÁLVEZ VILLEGAS pretende hacer del lavado de activos. Pero, insistimos, mientras no se produzca un cambio legislativo, lo que determina la existencia del lavado de activos es la previa realización de un delito que ha generado bienes y que ambos tienen relevancia en la configuración del tipo de injusto del lavado.

Aun así, es de alabar la preocupación de GÁLVEZ VILLEGAS por la impunidad que gira alrededor de conductas que pueden constituir un lavado de activos. Y puede tener razón cuando afirma que la "acreditación categórica" de la actividad delictiva previa significaría asegurar la impunidad de esta forma de delincuencia, más si se exige que esta acreditación se realice a través de una sentencia condenatoria. Por ello, desde nuestro punto de vista, como viene sosteniendo de forma pacífica la jurisprudencia española, el delito previo como elemento del tipo no requiere ser probado previa condena, ya que en la definición del delito de blanqueo no se exige la previa condena por el delito del cual proceden los bienes. Sin embargo, tal como ha establecido el TS español, una cosa es que la existencia del previo delito pueda afirmarse sin previa condena, y otra que la prueba del mismo no sea tan exigible como lo es la relativa a cualquiera de los otros elementos del tipo.

5. Características del delito previo

En cuanto al grado de ejecución, no es necesario que el delito previo esté consumado, por lo que cabe considerar como bienes idóneos para el lavado o blanqueo aquellos que proceden de un delito en grado de tentativa. Pero también hay que tener en cuenta que la fase previa a la ejecución del delito puede generar bienes objeto de lavado. En este sentido, la doctrina española es mayoritaria en

93 FRANCE, MINISTÈRE DE LA JUSTICE, *Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces, Circulaire relative à la loi N.° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, publiée au journal officiel du 24 janvier 2006*, ob. cit., párr. II.3.

considerar que los actos preparatorios punibles o los actos de participación intentada como la conspiración, provocación o proposición expresamente castigados en el CP, también pueden considerarse delitos previos[94]. A la misma conclusión llega parte de la doctrina peruana[95].

Dada la naturaleza transnacional del delito de lavado, el delito previo puede haber sido cometido, total o parcialmente, en el extranjero. Al respecto, por un lado, el art. 301.4 del CP español dispone que el "culpable será igualmente castigado aunque el delito del cual provienen los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores, hubiesen sido cometidos total o parcialmente en el extranjero". Por otro lado, aunque en la legislación peruana no se prevé una disposición de similar contenido, el art. 3 del D. Leg. N.° 1106 castiga el "ingreso" por el territorio nacional de dinero, valores o títulos valores de origen ilícito, lo que supone reconocer que el delito previo en el que tienen origen esos bienes pueden haber sido cometidos fuera del territorio nacional.

Pero lo que no aclara la normativa española ni menos la peruana es si ese hecho previo deber ser constitutivo de delito tanto en el país en el que se cometió como en el que se vayan a juzgar las conductas de lavado sobre ellos cometidas. Es decir, si es necesaria o no la concurrencia del principio de doble incriminación. Al respecto, el art. 9.7 del Convenio de Varsovia del 2005 permite que los Estados Parte dispongan que "la única condición exigida es que la acción hubiera constituido un delito principal si se hubiera cometido en su territorio". En este mismo sentido, la Nota interpretativa de la Recomendación 3 del GAFI posibilita que los países contemplen que el "único prerrequisito sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente" (5). Como puede observarse, en estos documentos se abandona el principio de doble incriminación posibilitando así que las legislaciones nacionales castiguen el lavado de activos procedentes de hechos que, si bien en

94 En este sentido, Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 244; Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 193; Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex, 1998, p. 389; Calderón Cerezo, Ángel, "Análisis sustantivo del delito (i) Prevención y represión del blanqueo de capitales", en Zaragoza Aguado, Javier, *Prevención y represión del blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 278. En contra, Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 197.

95 Entre otros, Caro Coria, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ob. cit., p. 206; García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, ob. cit., p. 430.

su país son hechos constitutivos de delito, en el país en el que se cometieron pueden ser constitutivos de ilícitos administrativos, civiles o tributarios e incluso de hechos perfectamente lícitos.

En nuestra opinión, siendo coherentes con la definición de hecho previo del que partimos, cuando el hecho en el que tienen origen los bienes haya sido cometido total o parcialmente en el extranjero, debe ser constitutivo de delito según la legislación del lugar de comisión como en la del país donde se realizaron las conductas de blanqueo. Es decir, debe exigirse el cumplimiento del principio de doble incriminación[96]. Lo contrario supondría castigar por lavado, por ejemplo, las transferencias realizadas en España o Perú de dinero que procede de un hecho lícito en el lugar de comisión, sometidos a un control fiscal interno y que, sin embargo, ese hecho sea constitutivo, según la legislación española o peruana de un delito.

Nos queda por determinar si el delito previo deber ser en todo caso doloso o puede serlo también imprudente o culposo. En el contexto de la legislación española, es dominante la doctrina que considera que no hay razones dogmáticas ni de política criminal para excluir al delito imprudente como delito previo si la comisión de este genera bienes susceptibles de blanqueo[97]. Sin embargo, otro sector de forma minoritaria excluye esta posibilidad basándose en que el art. 127 del CP español (antes de la reforma del 2010) excluía el comiso de los efectos, instrumentos o ganancias procedentes de un delito imprudente. Y, si el legislador había renunciado al comiso de estos bienes, difícilmente podía justificarse el castigo de las conductas de blanqueo sobre los mismos[98].

---

96 Así, DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 151; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 603. En este sentido dentro de la doctrina peruana, entre otros, GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765,* ob. cit., p. 96; GARCÍA CAVERO, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO John y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas,* art. cit., p. 431.

97 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 130 y ss.; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 198; GARCÍA ARÁN, Mercedes y Juan CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal. Parte especial,* t. I, Madrid: Marcial Pons, 2004, p. 189; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 602.

98 De esta opinión, PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 334 y s.

Tras la reforma del 2010, el art. 127.2 permite el decomiso de los bienes procedentes de un delito imprudente castigado con pena privativa de libertad superior a un año, por lo que este argumento ha dejado de tener vigencia[99]. En nuestra opinión, aunque no se hubiese modificado la regulación del comiso, el delito imprudente, tal como advertíamos, al ser un hecho típico y antijurídico, también puede ser delito previo del blanqueo o lavado, siempre que genere bienes idóneos para ello[100].

En principio, estas afirmaciones pueden ser trasladadas a los delitos de lavado de activos previstos en el D. Leg. N.° 1106[101]. Si partimos de la base que delito previo puede ser cualquier delito que sea susceptible de generar bienes idóneos para el lavado, no hay razón alguna para excluir de estos a los delitos culposos que generan bienes, aunque en la práctica sean pocos los casos en los que esto sea así[102].

III. EL SUJETO ACTIVO: MODELO ALTERNATIVO O ACUMULATIVO

La exigencia del delito previo como elemento objetivo del tipo influye en la determinación del círculo de sujetos activos del lavado, en tanto que los autores o partícipes del delito previo pueden, a su vez, realizar las conductas típicas. En el

99 DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal*, ob. cit., p. 9.

100 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 130 y ss.; *idem*, "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal", en *Revista Penal*, art. cit., p. 9.

101 En este sentido, CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa*, ob. cit., p. 206. Aunque, coherente con su postura de exigir que el delito previo sea grave, considera que ello no es posible de *lege lata* en tanto que en el sistema penal peruano prevé penas de menor trascendencia para los delitos imprudentes que puedan generar bienes.

102 En este aspecto también disentimos de la opinión de José PALMA según la cual los bienes procedentes de un delito imprudente "en ningún caso llegarían a tener su origen o a proceder de un delito" y que sobre ellos no puedan llevarse a cabo conductas constitutivas de lavado, PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 334 y ss. De esta opinión, dentro de la doctrina peruana, Tomás Gálvez, quien afirma expresamente que "tampoco resulta posible que sobre el objeto de estos delitos se puedan realizar las acciones propias del delito lavado de activos, puesto que ellos no tienen origen delictivo; en tal sentido, no vemos la posibilidad de que la actividad criminal culposa previa pudiese servir para configurar el delito de lavado de activos". *Vid.* GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 98 y s.

derecho comparado pueden verse dos modelos de configuración del sujeto activo del blanqueo: alternativo y acumulativo. Frente a estos dos modelos existe otro que se caracteriza porque la legislación nacional omite pronunciarse al respecto, si bien este modelo está siendo abandonado paulatinamente ante los problemas interpretativos que presenta.

Las legislaciones nacionales que optan por un modelo o sistema alternativo excluyen expresamente como sujeto activo del lavado a los autores o participes del delito previo. Es el caso, por ejemplo, de la regulación del *reciclaggio,* en la legislación italiana, en la que se lo considera como un acto copenado. Es decir, la no sanción por un hecho posterior se fundamenta en la idea de la consunción: el castigo del hecho anterior debe abarcar el desvalor de los hechos posteriores en tanto que estos representan el normal desarrollo de la conducta anterior, a través de la cual el sujeto pretende conseguir o asegurar las ventajas o beneficios buscados con su actuación inicial[103]. Por el contrario, el modelo acumulativo establece expresamente la posibilidad de que los intervinientes en el delito previo puedan ser a su vez autores de las posteriores conductas de blanqueo. Es el caso, por ejemplo, de la legislación belga, que desde que incorporó este delito en su legislación optó por este modelo[104].

Cuando el lavado de activos o blanqueo de capitales se introduce en las legislaciones peruana y española nada se decía al respecto. Ante este silencio legislativo, doctrina y jurisprudencia, en atención a los modelos existentes en el derecho comparado, estaban divididas en torno a quienes, partiendo de la premisa que se trata de un delito común, consideraban que el autor o partícipe del delito previo podía ser a su vez sujeto activo del blanqueo y quienes descartaban esta posibilidad.

En este sentido se manifiestan autores que, basándose en el criterio del hecho posterior copenado, concluyen que no cabe castigar por blanqueo a quienes han intervenido en el delito previo. Y ello porque, en palabras de PALMA HERRE-

103 En este sentido, MARINUCCI, Giorgio y Emilio DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale,* 2.ª ed., Milano: Giuffrè, 2006, p. 395. Sin embargo, importantes sectores de la doctrina italiana han criticado la exclusión de la relevancia penal del *autoriciclaggio* y abogan por la derogación de esta cláusula para hacer más efectiva la lucha contra esta forma de criminalidad. Al respecto, véase COSTANZO, Pietro, "Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali e comunitarie", en *Trattato di diritto penale dell'impresa,* vol. IX, Padova, Cedam, 2007, p. 339; DE FRANCESCO, Giovannangelo, "Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali", en *Diritto penale e processo,* año 3, vol. 9, fasc. 1, Milano: Ipsoa, 2003, p. 5 ss.

104 Art. 505, párrafo segundo del CP belga.

RA, "el contenido de injusto del delito previo, ya se opte por integrarlo con el desvalor de resultado, el de acción, o ambos, es capaz de abarcar el contenido de injusto de los actos que coinciden con la descripción típica del blanqueo de capitales"[105]. Sin embargo, desde nuestro punto de vista, para que el blanqueo constituya un acto posterior copenado ha de lesionar el mismo bien jurídico que protege el delito previo o estar en la misma línea de progresión en el ataque al mismo bien jurídico protegido[106]. Esto no ocurre con el delito de blanqueo que tiene un bien jurídico propio, distinto al protegido por el delito previo, como bien reconoce el mencionado autor.

En la misma línea están quienes consideran que el blanqueo presenta una naturaleza encubridora y, por lo tanto, el bien jurídico protegido es únicamente la Administración de Justicia. Fundamentan su opinión en el privilegio del autoencubrimiento, por ser de aplicación el principio general de la inexigibilidad de otra conducta. Así, por ejemplo, CARO JHON afirma que "no se puede exigir a una persona que ha cometido un delito a entregarse a la justicia y entregar igualmente los bienes y activos generados para no ser sancionado doblemente". El sujeto, para no recibir una doble sanción, estaría obligado a facilitar a la administración de justicia la identificación del origen del activo generado por su delito[107].

Estamos de acuerdo con el autor en la impunidad del autoencubrimiento, no solo por razones de inexigibilidad de otra conducta, sino también porque lo contrario supondría una violación del derecho constitucional a no declarar contra sí mismo, contenido en el art. 24.2 de la constitución española, o del de no colaborar con su propia condena como una manifestación del derecho constitucional a la presunción de inocencia contenido en el art. 2.24.e) de la Constitución peruana. Sin embargo, la aplicación de este privilegio es cuestionable cuando el autor o partícipe en el delito previo realiza determinadas conductas que constituyen un nuevo delito tipificado autónomamente en la legislación penal[108]. En este caso, se niega la legitimidad de un derecho a realizar conductas de autoprotección o autofavorecimiento en cuanto estas constituyan el contenido de injusto de otro tipo penal y lesionen el bien jurídico protegido por este.

105 PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 390 y ss. *Idem*, *Los actos copenados*, Madrid: Dykinson, 2004, p. 48 y ss.

106 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., pp. 234 y ss.

107 CARO JOHN, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada*, art. cit., p. 188 y ss.

108 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 240.

En nuestra opinión, y así lo pusimos de manifiesto en su día[109], los intervinientes del delito previo que blanquean los bienes procedentes del mismo también pueden ser sujetos activos de este otro delito, aunque antes de la reforma del 2010 del CP español y de la Ley N.° 27765[110] no se dijera nada al respecto[111].

Pero el que las legislaciones nacionales adopten un modelo alternativo o acumulativo es una decisión político criminal que está en consonancia con lo previsto en los documentos internacionales, en tanto que estos facultan a los estados a no aplicar el delito de blanqueo a los que intervinieron en el delito previo u optar por lo contrario.

El art. 6.2.b) del Convenio de Estrasburgo de 1990, faculta a los Estados partes a que el delito de blanqueo no sea de aplicación para las personas que cometieron el delito en el cual tienen su origen los bienes. La misma previsión se encuentra en la Convención de Palermo del 2000 en cuyo art. 6.2.e) se establece que, si los principios fundamentales del derecho interno así lo requieren, los Estados podrán disponer que los delitos de blanqueo no se apliquen a las personas que hayan intervenido en el delito previo. El mismo criterio se ha mantenido en el art. 9.2.b) del Convenio de Varsovia del 2005. Por lo que respecta al Reglamento Modelo, si bien en las versiones iniciales nada se decía respecto del autoblanqueo, tras las modificaciones aprobadas en el 2006, el art. 7.2 dispone expresamente que: "la persona que cometa un delito de lavado de activos y una actividad delictiva grave vinculada al mismo, podrá ser condenada por ambos"[112].

---

109 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 225 y s. En el mismo sentido, entre otros, Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 534; García Arán, Mercedes y Juan Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal. Parte especial* ob. cit., p. 1154; Córdoba Roda, Juan, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de Capitales*, ob. cit., pp. 10 y ss.; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 611 y ss.

110 En este sentido el fundamento jurídico 14 del Acuerdo Plenario N.° 3-2010 en el que se establece que: "el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de posteriores operaciones de lavado de activos. La clásica noción de agotamiento no excluye la configuración de un delito de lavado de activos y no es compatible con la aludida dinámica funcional o el modus operandi de tal ilícito".

111 Así, dentro de la doctrina peruana, entre otros, Villavicencio Terreros, Felipe, "La investigación y sanción", en Villavicencio Terreros, Felipe; Verónica Zambrano; Fabián Novak y Luis García-Corrochano Moyano, *Lavado de Activos en el Perú. Grado de efectividad y cumplimiento. Recomendaciones*, ob. cit., pp. 12 y ss.

112 Organización de los Estados Americanos, *Modificaciones al Reglamento Modelo de la comisión interamericana para el control del abuso de drogas sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, aprobada en la cuarta sesión plenaria*, celebrada el 6 de junio del 2006, AG/RES. 2199 (XXXVI-O/06).

Ello, en principio, posibilita castigar al mismo sujeto por el delito previo y por el posterior delito de lavado.

Como podrá observarse, estos instrumentos internacionales que admiten como regla general la punición del autoblanqueo, en modo alguno, imposibilitan aplicar el blanqueo a quien ha cometido el delito previo[113]. Sin embargo, teniendo en cuenta que el régimen jurídico interno de algunos países impediría castigar por blanqueo a quien ha intervenido en el delito previo, dan la opción a que puedan excluir, de forma excepcional y en atención a los principios fundamentales del derecho interno, la punición por blanqueo a los intervinientes en el delito previo.

Precisamente porque según estos instrumentos internacionales, los Estados tienen la facultad de legislar en uno u otro sentido. Tanto la legislación peruana como la española han resuelto expresamente esta cuestión al prever expresamente el castigo por blanqueo al que intervino en el delito previo, es decir, se opta por un sistema acumulativo.

Por un lado, en Perú, el D. Leg. N.° 986, del 21 de julio del 2007, que modifica la Ley N.° 27765, del 26 de junio del 2002, prevé expresamente en el último párrafo del art. 4 que "también podrá ser sujeto de investigación por el delito de lavado de activos, quien realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias". El vigente D. Leg. 1106, en el último párrafo del art. 10, establece en términos parecidos: "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".

Por otro lado, tras la reforma del 2010 del CP español, el art. 301 dispone el castigo de la adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes, sabiendo que estos tienen su origen en una actividad delictiva "cometida por él", o por cualquier persona.

En consecuencia, el delito de lavado o blanqueo sigue siendo un delito común en tanto que puede ser cometido por cualquier persona, incluidos los intervinientes en el delito previo. Sin embargo, aunque literalmente cabe interpretar que el interviniente en el delito previo puede ser sujeto activo de este delito, habrá que

113 Por eso, no estamos de acuerdo con la afirmación que realiza José Caro, cuando categóricamente establece que el Convenio de Estrasburgo "imposibilita" aplicar el delito de blanqueo de dinero a la persona que comete el delito previo. Cfr. CARO JOHN, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* art. cit., p. 186.

establecer excepciones en función de la realización de una determinada conducta, teniendo en cuenta por ejemplo, si el delito previo ya supone la afectación de los intereses que se pretenden proteger con el blanqueo, o si en el castigo por el delito previo ya se incluye el desvalor por el blanqueo[114]. Precisamente por ello no puede asumirse que el autor del delito previo pueda ser a su vez autor de todas las conductas previstas en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. 1106[115], ni menos excluirlo de forma general como autor de cualquiera de los delitos contenidos en estos artículos[116].

IV. CONDUCTA TÍPICA

1. Antecedentes: el lavado como una modalidad de receptación

Como hemos visto, el blanqueo de capitales se introduce por primera vez en la legislación española como una modalidad de receptación específica. Así, el art. 546 bis f) del antiguo CP disponía: "el que con conocimiento de la comisión de alguno de los delitos regulados en los artículos 344 a 344 bis b) de este Código recibiere, adquiriere o de cualquier otro modo se aprovechare para sí o para un

114 Así, expresamente con relación a la legislación española, DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal*, art. cit., p. 19; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, "Blanqueo, ¿qué es blanqueo?: estudio del art. 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010", en *Revista General de Derecho Penal*, N.° 18, Madrid: Iustel, 2012, p. 35; MATALLÍN EVANGELIO, Ángela, "El 'autoblanqueo' de capitales", en *Revista General de Derecho Penal*, N.° 20, Madrid: Iustel, 2013, p. 20.

115 Esta parece ser la opinión de PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "El Delito de lavado de activos en la Legislación Penal peruana", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú*, ob. cit., p. 260.

116 Así, por ejemplo, Tomás Gálvez, aunque con relación al art. 2 de la Ley N.° 27765, estima que " [...] en el presente artículo, no podrá ser sujeto activo del delito, el propio agente del delito previo; pues como se ha indicado antes, en estos casos, si fuera el propio agente quien realiza las conductas típicas de este delito, se tratará únicamente de actos copenados, cuyo concurso aparente de normas penales se resolverá aplicando el principio de consunción. Pues en estos supuestos, por tratarse de meros actos de disfrute de los beneficios económicos provenientes del delito previo, no se produce una incursión de los bienes o activos en el mercado o sistema económico [...] y por tanto no realizan una afectación al bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos, adicionalmente a la afectación del bien jurídico protegido por el delito previo", GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., ob. cit., p. 122. La misma opinión se mantiene en *Idem, El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., pp. 165 y s.; 250 y ss.

tercero de los efectos o ganancias del mismo". Cabe resaltar que los delitos a los que se refiriere son los relativos al tráfico ilícito de drogas.

Al tratarse de una modalidad de receptación, la doctrina española convino que el núcleo de la conducta típica estaba determinado por el verbo "aprovecharse", es decir, que la nueva receptación específica consistía en el aprovechamiento de los efectos o ganancias procedentes de los delitos relativos al tráfico de drogas.

Tuvo que configurarse una modalidad "específica" de receptación porque el régimen de la receptación "clásica" era insuficiente para dar cabida a esta nueva forma de criminalidad. La receptación clásica estaba limitada al aprovechamiento de los efectos de un delito contra el patrimonio, ahora también de los delitos contra el orden socioecómico, mientras que en el blanqueo se pretendía castigar el aprovechamiento, además de los efectos, de las ganancias o beneficios económicos obtenidos del tráfico ilícito de drogas. En la receptación clásica se exige y se sigue exigiendo expresamente que el autor del delito, que no puede haber intervenido ni como autor ni como partícipe en el delito previo, actúe con ánimo de lucro. En el blanqueo, este ánimo de lucro no era ni es un elemento del tipo. Además, teniendo en cuenta que el blanqueo generalmente es realizado por terceras personas, la receptación específica del art. 546 bis f) amplió el aprovechamiento para terceras personas, limitado en la receptación clásica para los supuestos en los que el aprovechamiento se produce para sí, es decir, para su autor o partícipe.

La legislación peruana también contempló el lavado de activos como un tipo cualificado del delito de receptación previsto en el art. 194 del CP peruano. Aunque su período de vigencia fue muy corto, la Ley N.° 25404, del 11 de febrero de 1992, modificó el artículo 195 del CP para agravar la pena del tipo básico de la receptación prevista en el art. 194 cuando se trate de "bienes provenientes de delitos de tráfico de drogas o de terrorismo". La legislación peruana, a diferencia de la española, no tuvo que configurar en ese entonces una nueva modalidad de receptación, ya que la configuración típica prevista en el art. 194 era lo suficientemente amplia como para abarcar conductas que en ese entonces se consideraban de blanqueo. Y, aunque las interpretaciones doctrinales y jurisprudenciales que se hacen de este delito se aproximan mucho a la receptación de delitos del CP español, lo cierto es que su configuración típica, o al menos lo que se prevé expresamente en el art. 194 del CP peruano, dista mucho de lo previsto en el art. 298 del CP español[117].

117 Un interesante análisis sobre este aspecto puede verse en el trabajo de MEINI MÉNDEZ, Iván, "El delito de receptación. La receptación 'sustitutiva' y la receptación 'en cadena' según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema", en *Justicia Viva*, art. cit., p. 5 y ss.

2. El lavado de activos como un delito de resultado: D. Leg. N.° 986 del 2007

La ley penal contra el lavado de activos N.° 27765, contemplaba en su art. 1 la conversión y transferencia de determinados bienes. En el art. 2 como actos de ocultamiento y tenencia: adquirir, utilizar, guardar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder determinados bienes. Junto a estos comportamientos un elemento de índole subjetivo o intencional: *con la finalidad* de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso. Al margen de la naturaleza que se le quiera dar a este elemento, sobre el que volveremos más adelante, lo que aquí nos interesa resaltar es lo siguiente: sin saber muy bien por qué, ya que normalmente las leyes penales especiales carecen de una Exposición de Motivos, cinco años después de la aprobación de esta ley se promulga el D. Leg. 986, del 21 de julio del 2007, que "convierte" este elemento de índole subjetivo en otro de naturaleza objetiva. Así, se prevé en los arts. 1 y 2 que los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia *dificulten* la identificación del origen de los bienes, su incautación o decomiso.

Tras esta reforma, los delitos de lavado de activos se configuran como delitos de resultado. Así, tal como lo establece el Acuerdo Plenario N.° 3, la consumación de los delitos previstos en los arts. 1 y 2 de la mencionada ley requiere necesariamente "verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso". De forma que, si estos resultados no se producen pero se da inicio a la fase ejecutiva, puede castigarse como tentativa. Ahora bien, sin cuestionar esta opción político criminal de configurar el lavado de activos como delito de resultado, lo cierto es que se introducía una dificultad más, si cabe, en la configuración de los tipos. Y es que al hacer hincapié en el resultado, el tipo exigía, además, un elemento fundamental en esta clase de delitos: la relación de causalidad entre los actos de adquirir, transferir, ocultamiento y tenencia y el resultado producido. Es decir, si la realización de cualquiera de las conductas típicas dificultó la identificación del origen de los bienes, su incautación o decomiso de los bienes, elemento que no era necesario según la versión inicial de la Ley N.° 27765.

3. La conducta típica en la normativa vigente

Son muchas las definiciones que, desde el punto de vista económico, sociológico o criminológico, se han dado a este fenómeno criminal. Sin embargo, podemos decir que el blanqueo de capitales es el proceso mediante el cual se pretende que los bienes de origen delictivo pierdan tal cualidad con la finalidad

de incorporarlos en el tráfico económico. Es decir, el delito de lavado o blanqueo trata de evitar que los bienes de origen delictivo se integren en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.

¿Cómo se consigue esta incorporación o integración? Muchos especialistas han analizado las fases por las que discurre el blanqueo; sin embargo, siendo importantes, en la actualidad la clasificación más ampliamente asumida es la que diseñó el GAFI en la que se distingue tres fases: colocación, transformación e integración.

Recientemente en la doctrina española se ha publicado un trabajo en el que se rechaza el modelo analítico utilizado por el GAFI y se formula una propuesta de reorganización de las tipologías de las formas de introducción de bienes procedentes del delito en el tráfico jurídico. En este trabajo, Ana PRIETO DEL PINO, Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PARDO distinguen cuatro categorías de conductas: colocación, transformación y blanqueo, que son tres clases de conductas que dan lugar a la introducción de los bienes en el sistema económico lícito; la cuarta categoría, a la que denominan periférica, incluye los actos consistentes en transportar, almacenar o transformar el producto del delito fuera del tráfico ilícito, actos que estos autores consideran que no suponen su introducción en el sistema económico lícito[118].

Como ha puesto de manifiesto la doctrina, las distintas propuestas elaboradas para determinar las fases del blanqueo o las "formas de introducción en el tráfico lícito"[119] , no deben ser vistas como las únicas a través de las cuales se blanquean o lavan los activos, ni que necesariamente este sea el orden para conseguir la integración de los bienes en el tráfico económico[120]. Estas fases se han elaborado sobre la base de hechos que ya han sido descubiertos y deben ser vistas como un recurso metodológico que facilite el análisis de este fenómeno, por lo que no deben descartarse otras tipologías elaboradas no solo por organismos oficiales encargados de la lucha contra el blanqueo sino también por la doctrina[121].

---

118 PRIETO DEL PINO, Ana; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PARDO, "La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales", en *InDret: Revista para el análisis del derecho,* N.° 3, Barcelona, 2010, p. 6.

119 *Ibid.*, p. 5 y ss.

120 Así, por ejemplo, Carlos ARÁNGUEZ, renuncia a realizar un estudio detallado de las fases del blanqueo entre otros motivos por su "práctica inaplicación de esos comportamientos estancos a la descripción de mecanismos de blanqueo, pues estos pueden ubicarse indistintamente, bien en una fase, bien en otra, sin que pueda establecerse una rígida distinción", Cfr. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 41 y ss.

121 *Vid.* al respecto, PRIETO DEL PINO, Ana; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PARDO, "La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales", en *InDret: Revista*

La definición de blanqueo vista anteriormente dista un poco de las definiciones que se proporcionan en las legislaciones nacionales. Por ello, creemos que en la interpretación de la conducta típica debe tenerse en cuenta que el blanqueo es un proceso en el que también puede intervenir el autor o partícipe del delito previo.

Cabe advertir que, en este tema no todo lo que se haya interpretado con relación a la legislación española puede ser trasladado sin más a la hora de interpretar la legislación peruana. Y hay que tener especial cuidado porque, como veremos más adelante, el alcance de las interpretaciones que la doctrina española hace de las modalidades típicas contenidas en el art. 301.1 depende de si se opta por una interpretación restrictiva o amplia. Por ejemplo, a diferencia de la legislación peruana, que no castiga "la mera utilización" de bienes procedentes de un delito porque requiere que el sujeto actúe con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso, desde una interpretación amplia de la legislación española, esa "mera utilización" de los bienes sabiendo de su procedencia delictiva es típica sin necesidad de que el sujeto actúe con finalidad alguna.

Ambas legislaciones tienen elementos que pueden considerarse como comunes, como pueden ser el objeto del delito, el delito previo o el sujeto activo, e incluso el verbo utilizado para describir las conductas constitutivas de blanqueo. Así, "adquirir" es un verbo que está presente en ambas legislaciones pero no por ello la interpretación de su contenido o su definición debe o puede ser la misma. Por ejemplo, de acuerdo con la doctrina española mayoritaria, el término adquirir fue interpretado en un sentido amplio de forma que equivalía al ingreso, por cualquier título, de los derechos sobre los bienes de origen delictivo, incluido el derecho de posesión[122]. Sin embargo, esta interpretación, que en su momento consideramos como correcta, ha tenido que ser modificada porque la reforma del 2010 del Código penal español introduce expresamente la posesión dentro de

para el análisis del derecho, art. cit., p. 6; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* 3.ª ed., ob. cit., p. 62; VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 15.

122 Así, entre otros, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 335; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., 173; DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, "Blanqueo de bienes", en LUZÓN PENA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, art. cit., p. 207; GARCÍA ARÁN, Mercedes y Juan CÓRDOBA RODA, *Comentarios al Código penal. Parte especial* ob. cit., p. 1156.

las conductas de blanqueo, por lo que, en aplicación del principio de vigencia, la adquisición debe diferenciarse de la posesión[123].

Con relación a la legislación peruana, el D. Leg. 1106 prevé tres tipos básicos en los que se requiere que el sujeto activo actúe conociendo el origen ilícito de los bienes, además, tienen en común un elemento finalísimo cuya naturaleza determinaremos más adelante, esto es, el sujeto activo debe actuar "con la *finalidad*" de evitar la identificación del origen, incautación o decomiso de los bienes. Para conseguir esta finalidad, el sujeto puede: (i) convertir o transferir bienes (art. 1. Actos de conversión y transferencia); (ii) adquirir, utilizar, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder bienes (art. 2. Actos de ocultamiento y tenencia); o, (iii) transportar, trasladar, hacer ingresar o hacer salir bienes (art. 3. Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito). Otro claro ejemplo de la técnica del casuismo: hasta 14 verbos para describir las conductas típicas.

La estructura típica de estos delitos coincide, a grandes rasgos, con la prevista en la normativa internacional. Así, en los Convenios en los que se prevé la tipificación de las conductas de lavado de activos, se distingue entre las que son de obligada tipificación y aquellas cuya tipificación queda condicionada a reserva de los principios constitucionales y de los conceptos fundamentales del ordenamiento jurídico de los Estados parte. La diferencia entre ambas conductas no solo está en su forma de cumplimiento sino también en su estructura. Las conductas de blanqueo de obligada punición entre las que se encuentran la conversión, transferencia, ocultación y el encubrimiento, requieren, además del conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, que el sujeto las realice con determinadas finalidades. Sin embargo, las conductas de punición condicionada como la adquisición, posesión y utilización, solo requieren el conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes, más no un elemento finalístico.

Teniendo en cuenta que la descripción de los delitos queda reservada al Derecho interno, el legislador peruano ha decidido que todas las conductas constitutivas de blanqueo requieran que el sujeto actúe con conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes y que actúe con una determinada finalidad. Hay que hacer hincapié, en que esta exigencia se extiende a las conductas que según la normativa internacional no requieren tal finalidad, como es el caso, por ejemplo, de la utilización.

123 Del Carpio Delgado, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal*, art. cit., p. 23.

En nuestra opinión, debe valorarse positivamente la forma en la que el legislador peruano ha estructurado los delitos de lavado de activos. No solo porque se ajusta a lo previsto en las convenciones internacionales, sino también porque ello permite delimitarlos de otros fenómenos delictivos similares como la receptación, el encubrimiento o el enriquecimiento ilícito.

Sin embargo, el casuismo utilizado en la descripción de las conductas típicas puede generar problemas a la hora de determinar el contenido de los verbos típicos previstos en cada uno de los tipos delictivos y también en el ámbito de aplicación de estos últimos.

El art. 2 del D. Leg. N.° 1106 no contiene solo actos de ocultación o tenencia tal como reza la rúbrica del artículo, sino también conductas de igual o similar e incluso distinto contenido. Entre ellas se incluye como conducta típica "utilizar", término que la Real Academia define como 'aprovecharse de algo'. Este aprovechamiento puede ser interpretado en sentido amplio o en sentido estricto. En sentido amplio, el aprovechamiento no requiere la efectiva incorporación de los bienes en el patrimonio de quien realiza la acción típica[124]. Dicho de otro modo, el aprovechamiento se produce siempre que se obtenga una utilidad o un beneficio que de algún modo puedan ser evaluables económicamente, aun cuando solo exista la mera posesión o uso de esos bienes[125]. Por el contrario, una interpretación restrictiva requiere la incorporación de los bienes al propio patrimonio del sujeto[126].

Pero en cualquier caso, se opte por una interpretación amplia o restrictiva, para poder "utilizar" el bien es necesario que este llegue al poder del sujeto activo. Es decir, que el sujeto activo "reciba" el bien del que ha de aprovecharse, o que el bien se encuentre o se "mantenga en su poder". Como puede verse, en el mismo

124 Así, entre otros, González Rus, Juan, en Cobo del Rosal, Manuel (dir.), *Curso de Derecho Penal, Parte Especial*, ob. cit., pp. 373 y ss.; Diez Ripollés, José Luis, "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español", en *Actualidad penal*, art. cit., pp. 591 y ss.

125 Así, por ejemplo, Tribunal Supremo, *Sentencia N.° 1676/1994*, 21 de setiembre de 1994 , en la que en aplicación del art. 546 bis f) se condenó a dos sujetos a los que la policía encontró en posesión de dinero procedente del tráfico de drogas, que debían entregar en Málaga.

126 De esta opinión, entre otros, Silva Sánchez, José María, "La receptación específica", en *Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas). Comentarios a la Legislación penal*, t. XII, Madrid: Edersa, 1990, pp. 484 y ss.; Zaragoza Aguado, Javier, "El blanqueo de dinero", en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: CGPJ, 1994, p. 116 y ss.

verbo "utilizar" se pueden incluir, sin necesidad de mencionarlas expresamente, dos conductas: recibir y mantener en su poder.

Ahora bien, diferenciar una conducta típica de las otras contenidas en el mismo precepto penal no tendrá mayores efectos prácticos si se entiende que los tipos se configuran como tipos mixtos alternativos. En ellos se contemplan una pluralidad de acciones con lo que bastará la realización de cualquiera de ellas, además de la concurrencia de los otros elementos, para configurar el tipo[127]. De este modo se contemplará un solo delito cuando el sujeto activo, por ejemplo, a la vez que utiliza los bienes, los posee y los mantiene en su poder.

Mayores problemas pueden presentarse cuando la misma conducta típica puede ser incluida en más de un precepto. Así, por ejemplo, una de las conductas típicas previstas en el art. 1 del D. Leg. N.° 1106 es "transferir", contemplada también en el art. 301.1 del. En este contexto, un sector de la doctrina española considera más apropiado trasladar la definición de transmisión que proporciona el Derecho Civil al blanqueo de capitales. Es decir, la transmisión supone la realización de cualquier transferencia, cesión o traspaso de bienes de procedencia delictiva, a título gratuito u oneroso, que si bien implica generalmente la incorporación de derechos sobre los bienes, no requiere la obtención de un incremento patrimonial ni la tenencia material de los bienes, siendo suficiente que se obtenga el poder de disposición sobre los bienes.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, con ser correcta esta interpretación, es insuficiente en tanto que no da cabida, entre otros, a supuestos en los que la transmisión no supone la cesión de los derechos sobre los bienes. Por ello, proponemos que la transmisión debe ser entendida desde dos perspectivas:

(i) La *transmisión material o fáctica* entendida como el desplazamiento o traslado de los bienes de un lugar a otro o la disposición física en el espacio que se realiza sobre aquellos susceptibles de serlo como los muebles. En este desplazamiento o traslado, es indiferente que el autor del delito sea el que directamente transmita los bienes o lo haga a través de otros medios, por ejemplo, contratando un servicio de transporte o a través del correo. Es irrelevante la transmisión de la posesión de una persona a otra porque la misma que posee los bienes puede trasladarlos de un lugar a otro sin perder en este caso la posesión sobre los mismos. Además, no es necesario que suponga un acto de comercialización ya que darle un carácter mercantil a su traslado supondría que numerosos supuestos de

127 Lo que no significa, que por aplicación del principio acusatorio, en la acusación se tenga que determinar claramente qué conducta, de las previstas en cualquiera de los tres artículos del D. Leg. 1106, se le imputa al sujeto.

transmisión o traslado a título gratuito o sin ánimo de lucro (elemento que no forma parte del tipo del blanqueo), sean considerados como atípicos.

(ii) La *trasmisión jurídica* supone el cambio de titularidad o legitimación en el ejercicio de un derecho o simplemente la transmisión de los derechos que se tienen sobre los bienes. Lo que el sujeto poseedor de los bienes de procedencia ilícita pretende a través de este tipo de transmisión es, fundamentalmente, efectuar el desplazamiento de todos o algunos elementos de su patrimonio a otra persona. Reviste especial importancia determinar que no es necesario que el sujeto consiga la tenencia material de los bienes, tal como se exige en la transmisión o traslado material de los bienes. Lo importante será que tenga un poder de disposición sobre los mismos que le posibilite efectuar la transmisión jurídica, ya que no es imaginable la realización de esa transmisión si no se tiene el poder de disposición de los bienes.

Esta interpretación amplia de transferencia es la que ha sido asumida, con ligeras variaciones, por cierto sector de la doctrina peruana[128]. Sin embargo, esta no puede ser trasladada sin más a la regulación actual del lavado de activos. La Ley N.° 27765 fue modificada por el D. Leg. 986 para incorporar dentro del tipo de ocultamiento y tenencia el castigo de quien "transporta dentro del territorio de la República o introduce o retira del mismo", dinero, bienes, efectos o ganancias. Esta nueva regulación suponía que la transmisión material o fáctica ya no podía ser abarcada dentro del concepto de transferencia previsto en el art. 1 de la misma ley, sino que por aplicación del principio de especialidad, estos casos quedaban dentro del ámbito del art. 2.

El D. Leg. N.° 1106 castiga en un artículo independiente (art. 3) el transporte o traslado dentro del territorio nacional de dinero o títulos valores, o hacer ingresar o salir del país tales bienes. Así, determinados supuestos de transmisión material han pasado, como consecuencia de los cambios legislativos, de ser actos de transferencia a ser actos de ocultamiento y tenencia para finalmente tener autonomía propia[129].

---

128 Así, entre otros, VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe, "La investigación y sanción", en VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe; Verónica ZAMBRANO; Fabián NOVAK y Luis GARCÍA-CORROCHANO MOYANO, *Lavado de Activos en el Perú. Grado de efectividad y cumplimiento. Recomendaciones,* ob. cit., p. 16; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* ob. cit., p. 198; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "El Delito de Lavado de Activos en la Legislación Penal Peruana", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú,* art. cit., p. 259.

129 En opinión de Víctor PRADO, se trata de una inédita conducta, de un nuevo delito vinculado al desplazamiento físico de dinero o títulos valores, de un innovador delito. Cfr.

Sin embargo, en este artículo no se incluyen todos los supuestos de transmisión material. Hay que tener en cuenta que el legislador ha decidido que el objeto material del delito contenido en el art. 3 del D. Leg. N.° 1106 lo constituya solamente el dinero y los títulos valores, sin tener en cuenta que también cabe la posibilidad de transportar o trasladar otros bienes de distinta naturaleza a los anteriores, como puede ser, por ejemplo, oro, diamantes, otras piedras preciosas, o cualquier otro bien mueble. Al margen de considerar que este probable vacío se hubiese solucionado utilizando el término "bienes" para designar al objeto material del lavado de activos, a fin de evitar importantes lagunas de punibilidad, la transferencia como conducta típica prevista en el art. 1 deberá seguir siendo interpretada en sentido amplio para dar cabida a determinados supuestos de transferencia material que no puedan ser abarcados por el art. 3, pero excluyendo a su vez los supuestos previstos expresamente en este artículo. Lo contrario sería interpretar que la transmisión material de otros bienes no expresamente previstos en el art. 3 es atípica, lo que desde luego no creemos que haya sido intención del legislador.

Este "solapamiento" que puede darse entre los ámbitos de aplicación de cada una de las conductas típicas puede generar algunos problemas interpretativos. Pensemos en el siguiente ejemplo. Un sujeto —conociendo que proceden de la venta de cocaína y con la finalidad de evitar su incautación— traslada en un camión hacia Chile 200 mil dólares y cheques al portador por un monto de 50 mil dólares, una importante cantidad de diamantes y esmeraldas, además, un coche de alta gama valorado en 300 mil dólares. Estos hechos, *a priori*, se enmarcan dentro de lo previsto en los arts. 1 y 3 del D. Leg. 1106[130]. El transporte de los diamantes, esmeraldas y del coche constituyen una trasferencia material que tiene cabida en el art. 1, mientras que el trasporte del dinero y de los cheques constituye el delito previsto en el art. 3. La cuestión será determinar la relación concursal entre ambos preceptos, es decir, si estamos ante un concurso de delitos o ante un concurso de leyes.

La legislación española tampoco está exenta de casuismo. El art. 301 del CP español contiene dos tipos básicos. Por un lado, el número 1 prevé como

---

PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "El Delito de Lavado de Activos en la Legislación Penal Peruana", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. edición especial para el Perú*, ob. cit., p. 264 y ss.

130 Aunque tiene razón Carlos Caro, cuando afirma que también pueden tener cabida en el art. 2 que castiga los actos de posesión, CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* art. cit., p. 198.

conductas típicas expresamente determinadas: adquirir, poseer, utilizar, convertir o transmitir bienes; además de una cláusula abierta: realizar cualquier otro acto. Además de estas conductas, se contienen los elementos siguientes: (i) para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o (ii) para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. Por otro lado, en el núm. 2 se prevé la ocultación o el encubrimiento.

La confusa redacción del tipo ha dado lugar a dos posturas al respecto[131]. Según un sector de la doctrina y hasta hace poco la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el art. 301.1 castiga: (i) la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de los bienes conociendo su procedencia delictiva, y (ii) la realización de cualquier otro acto con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos[132]. Otro sector de la doctrina y la jurisprudencia más reciente entienden que tanto la adquisición, conversión, posesión, utilización o transmisión, como cualquier otro acto, solo son punibles cuando se realicen con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos[133].

---

131 VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales,* ob. cit., p. 95 y ss.

132 Así, entre otros, GÓMEZ INIESTA, Diego, *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español,* ob. cit., p. 49; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 219 y ss.; ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español,* ob. cit., p. 94 y ss. Cambiando su postura inicial tras la reforma del 2010, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* 3.ª ed., ob. cit., p. 506. Aunque inicialmente Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN estaba de acuerdo con una interpretación restrictiva, en la actualidad considera preferible una interpretación amplia, Cfr. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 607. De la misma opinión Gonzalo QUINTERO, aunque considera que no hay que perder la vista que en la realización de cualquiera de las conductas la meta final será siempre conseguir que bienes de origen ilícito puedan ingresar en los circuitos económicos normales sin que pueda detectarse su origen y naturaleza o ayudar a los que se dediquen a ellos a que lo consigan, aunque no tienen por qué alcanzarse, Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del derecho penal,* 6.ª ed., Pamplona: Aranzadi, 2007, p. 944.

133 Véanse, entre otros, antes o después de la reforma del 2010 del CP español, FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 376; PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales,* ob. cit., pp. 418 y ss.; REBOLLO VARGAS, Rafael, "La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* art. cit., p. 221 y ss.; FARALDO CABANA, Patricia, "Antes y después de la

Desde nuestros primeros trabajos consideramos preferible una interpretación restrictiva del tipo según la cual, cualquiera de la conductas expresamente previstas en el art. 301.1 así como el "cualquier otro acto", son relevantes penalmente cuando se realizan con la finalidad de ocultar o encubrir el origen delictivo de los bienes o de ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos. Dicho de otro modo, estas finalidades se constituyen como elementos que condicionan la tipicidad de todas las conductas contenidas en el art. 301.1[134]. Y ello, sin dejar de aceptar que, la interpretación amplia realizada por otro sector de la doctrina también puede ser posible si tenemos en cuenta la deficiente técnica legislativa empleada en la configuración del tipo.

Esta interpretación restrictiva permite no solo excluir la punición de conductas de la actividad negocial sino también conductas socialmente adecuadas o acciones de la vida cotidiana que nada tienen que ver con el delito de blanqueo. Por el contrario, partiendo de una interpretación amplia tendría que asumirse, tal como se propugna para la adquisición, conversión y transferencia, que la mera posesión o utilización de los bienes de procedencia delictiva puede ser constitutiva de un delito de blanqueo doloso o por imprudencia grave[135].

Desde nuestro punto de vista, la adquisición, conversión, transferencia, posesión[136] y utilización, serían simples ejemplos o desempeñan un papel indiciario

---

tipificación expresa del autoblanqueo de capitales", en *Estudios penales y Criminológicos,* art. cit., pp. 65 y ss.

134 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., pp. 167, 286 y ss., DEL CARPIO DELGADO, Juana, "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal", en *Revista Penal,* n.° 28, Madrid: Universidad Pablo de Olvaide, 2011, p. 22; *Ibid.,* p. 11.

135 Así, Gonzalo QUINTERO, quien en su opinión, si "se atiende *literalmente* a esa afirmación habrá que concluir que podría constituir delito de blanqueo no solamente el uso por ejemplo, del automóvil robado, sino también el de cualquier bien mueble o inmueble cuyo origen esté teñido de delictuosidad como, por ejemplo, la vivienda construida cometiendo un delito urbanístico perfectamente conocido por su propietario o poseedor". Sin embargo, a pesar de lo anterior, y que de la punición del autoblanqueo combinado con la tipificación de la posesión y uso de los bienes produce extrañas consecuencias, cabe recordar que dicho autor es partidario de una interpretación amplia del tipo que precisamente pueden "alcanzar niveles ridículos", que él mismo denuncia, Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología,* n.° 12, Granada, 2010, p. 12 y ss.

136 Así, por ejemplo, José PALMA, quien antes de la reforma, era de la opinión que al no preverse expresamente la posesión, esta podía ser considerada "otro acto", Cfr. PALMA

sobre la naturaleza de los comportamientos susceptibles de ser englobados en la cláusula genérica "cualquier otro acto"[137]. A esta opinión se le ha objetado que entonces no tendría sentido la mención expresa de cada una de las conductas, al no resultar distintas en cuanto a su ámbito de aplicación del otro acto, por lo que hubiera bastado que la Ley hubiera castigado sin más la realización de "cualquier acto"[138]; o que el sentido literal del término "otro" imposibilita que los comportamientos reconducibles a esa fórmula sean similares a la adquisición, conversión o transmisión[139].

Sin embargo, podría afirmarse que la mención expresa de estas conductas puede deberse a que las mismas son las más frecuentes en la práctica y por ello son tomadas como ejemplo[140], y aunque la interpretación gramatical opera como límite, esta no es suficiente para impedir una interpretación restrictiva, más si todos estamos de acuerdo en lo desmesurado que puede resultar el ámbito de aplicación de esta fórmula. Así, desde una interpretación restrictiva, el papel que cumplen estas conductas es el brindar indicios sobre las características o la naturaleza de todas aquellas conductas que se pretenden incluir dentro del otro acto. Solo así se conseguiría restringir el ámbito de aplicación de esta cláusula a las conductas que tengan un alcance similar a las anteriores[141].

HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 422 y ss. En este sentido, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 175 y 313.

137 Así, DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., 169.

138 De esta opinión, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 228.

139 Así, Miguel ABEL, para quien esta interpretación no solo carece de soporte literal sino que contradice el significado que la Real Academia le da al término "otro" (p. 95). Aunque reconoce que no son tan diversos unos comportamientos y otros, sino que todos orbitan en torno a un elemento común: la idoneidad para ocultar o encubrir la procedencia de los bienes y para auxiliar a los autores o partícipes en el hecho previo, Cfr. ABEL SOUTO, M. (1995), ob. cit., p. 99.

140 Así, DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel, "Blanqueo de bienes", en LUZÓN PENA, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, ob. cit., p. 207.

141 En este sentido, señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial a la Reforma del 2010 del Código penal, que si se considera que la posesión o utilización de los bienes por terceras personas ajenas al delito del que provienen son conductas que contribuyen a ocultar o a encubrir el origen ilícito de aquellos, es obvia la innecesaridad de las nuevas modalidades, en tanto que el art. 301.1 ya incrimina la realización de "cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito", Cfr. CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*, Madrid, 2013, p. 120.

Esta es la postura que en los últimos tiempos admite el TS. La reciente STS 265/2015[142], recogiendo lo previsto en otras sentencias anteriores[143], establece que "es necesario precisar que la acción típica sancionada como delito de blanqueo no consiste en el simple hecho de adquirir, poseer o utilizar los beneficios adquiridos sino, como precisa el tipo, en realizar estos u otros actos cuando tiendan a ocultar o encubrir el origen ilícito de las ganancias". De acuerdo con la STS, el art. 301.1 no contiene dos grupos de conductas distintas, tal como sostiene parte de la doctrina. Es decir, la mera adquisición, posesión, utilización, conversión o transmisión de bienes de procedencia delictiva, conociendo su procedencia, y la realización de cualquier otro acto sobre dichos bienes con el objeto de ocultar o encubrir su origen. Esta interpretación, según la sentencia, no puede considerarse acertada toda vez que la esencia del tipo es la expresión "con la finalidad de ocultar o encubrir el origen ilícito", y esta finalidad debe estar presente en todos los comportamientos descritos en el tipo, tanto en las conductas expresamente descritas como en la cláusula genérica.

De forma que el art. 301.1, concluye la sentencia, solo tipifica una modalidad de conducta que consiste en realizar actos encaminados en todo caso a ocultar o encubrir bienes de procedencia delictiva, o a ayudar al autor de esta actividad a eludir la sanción correspondiente. Con esta interpretación restrictiva se evitan excesos como el sancionar por autoblanqueo al responsable del delito previo por el mero hecho de adquirir bienes que proceden del delito previo cometido por él, o la mera utilización de los mismos.

Finalmente, cabe valorar positivamente que el Tribunal Supremo haya decidido realizar una interpretación restrictiva del blanqueo de capitales acorde con su función política criminal, cual es la de castigar todas aquellas conductas que tienen a incorporar al tráfico legal bienes obtenidos con la realización de actividades criminales. Además, esta interpretación es coherente con lo dispuesto en los instrumentos internacionales en los que las conductas de obligada punición por parte de Estados deben estar dirigidas a la consecución de una finalidad, tal como correctamente está previsto en la legislación peruana.

142 Tribunal Supremo (ponente: Cándido Conde Pumpido Tourón), *Sentencia N.° 265/2015*, del 29 de abril del 2015.

143 Así, entre otras, Tribunal Supremo (ponente: Magistrado Luciano Varela Castro), *Sentencia N.° 1080/2010*, del 20 de octubre del 2010. Tribunal Supremo (ponente: Magistrado Luciano Varela Castro), *Sentencia N.° 313/2010*, de 8 de abril del 2010.

V. TIPO SUBJETIVO

Los delitos de lavado de activos o blanqueo de capitales se configuran principalmente como delitos dolosos en los que se requiere que el sujeto activo actúe con conocimiento y voluntad de realizar los elementos del tipo objetivo. Así está previsto en la mayoría de las legislaciones nacionales como la peruana. Excepcionalmente, en algunos países, también se castiga el lavado cometido de forma imprudente o culposa como, por ejemplo, en España.

Si el delito de blanqueo o lavado es doloso, el autor del mismo debe saber y querer realizar la conducta típica respectiva —convertir, transferir, utilizar, transportar, etc.— sobre bienes que tienen su origen en un delito.

Además del dolo, algunas legislaciones nacionales precisan que, para configurar el tipo subjetivo, el autor debe actuar con una finalidad determinada. Así, por ejemplo, los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.° 1106 requieren que el sujeto actúe "con la finalidad de evitar la identificación de origen, su incautación o decomiso", en el caso del art. 301.1 CP español se requiere que el sujeto actúe "para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos".

Pero la principal peculiaridad de los tipos delictivos a través de los cuales se castiga el blanqueo es contemplar determinados términos o expresiones en referencia al origen de los bienes. Así, por un lado, en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.° 1106 se prevé que el sujeto realice la conducta típica sobre bienes "cuyo origen ilícito conoce o debía presumir". Por otro lado, el art. 301 del CP español también prevé que el sujeto actúe "sabiendo" o "a sabiendas" de que los bienes tienen su origen en una actividad delictiva.

1. El conocimiento del origen delictivo de los bienes como elemento del dolo

El art. 546 bis f) del antiguo CP español que configuraba el blanqueo como un supuesto de receptación específica, disponía expresamente que el sujeto activo tuviese "conocimiento" de la comisión de algunos delitos relativos al tráfico ilícito de drogas. Posteriormente, en la reforma de 1992 que introdujo los arts. 344 bis h) e i), el término conocimiento fue sustituido por "a sabiendas", término que se ha mantenido en la legislación vigente. En ese entonces, la doctrina se mostraba dividida entre quienes consideraban que la expresión "a sabiendas" constituía un elemento del dolo, concretamente del cognitivo, referido al conocimiento por parte del sujeto activo de que los bienes tenían origen delictivo. Por el contrario,

otro sector entendió que este término constituía un elemento subjetivo del tipo y que su función era limitar el ámbito de aplicación del delito a los supuestos en los que se pudiese apreciar el dolo[144].

La doctrina española es de la opinión de que el término "sabiendo" o "a sabiendas", que también se contemplan en otros tipos delictivos como la prevaricación judicial y administrativa, significa conocimiento y es utilizado cuando tras la introducción de un elemento del tipo objetivo se quiere exigir expresamente su conocimiento por parte del sujeto activo, lo que supone que se trata de un elemento del dolo. En el ámbito de los delitos de blanqueo, el "sabiendo" o "a sabiendas" comprende el conocimiento por parte del sujeto de que los bienes sobre los que va a realizar la conducta típica tienen su origen en un delito, es decir, forma parte del conocimiento como elemento del dolo y este puede ser directo o eventual[145]. De otra opinión, muy minoritaria, son quienes consideran que la referencia al conocimiento tiene una doble función: como elemento subjetivo del tipo y como parte del elemento intelectual del dolo[146]. O quienes lo consideran como un elemento subjetivo del injusto distinto del dolo, cuya función es la de limitar la incriminación al dolo directo[147].

La legislación peruana, tanto la derogada como la vigente, también contempla este elemento. Cuando en 1991 se incorporan en el CP los arts. 296-A y 296-B empleaba dos expresiones en referencia al conocimiento de la procedencia ilícita de los bienes. El art. 296-A utiliza la frase "siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiere sospechado", y el art. 296-B al describir la cualificación en atención a la cualidad del sujeto activo, este debe actuar "a sabiendas de la procedencia ilícita del dinero". Cuando el lavado de activos se configura como una modalidad agravada de la receptación, en este también se requiere que el sujeto actuase sobre un bien "de cuya procedencia delictuosa

144 Véase, ampliamente al respecto, DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 300 y ss. y las referencias bibliográficas allí contenidas.

145 Así, entre otros, BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 373; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 302; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 275; PALMA HERRERA, José, *Los delitos de blanqueo de capitales,* ob. cit., pp. 582 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 613.

146 VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales,* ob. cit., p. 117 y ss.

147 ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales,* ob. cit., p. 337 y ss.

tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito" y también ha sido interpretado como una referencia al dolo directo y al eventual.

En los arts. 1 y 2 de la Ley N.° 27765 se dispone que el sujeto actúe sobre bienes "cuyo origen ilícito conoce o puede presumir". Al respecto, el Acuerdo Plenario N.° 3 determina que dada la estructura típica de estos artículos, solo es posible su comisión dolosa, incluida la eventual, es decir, es necesario que el sujeto sepa o pueda presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza, tienen un origen ilícito. A la misma conclusión llega la doctrina peruana[148].

La misma locución es utilizada en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. 1106, con la única diferencia que el "puede" se convierte en "debe" de forma que expresamente se requiere que el sujeto actúe sobre bienes "cuyo origen ilícito conoce o debe presumir". De igual forma, la doctrina mayoritaria sigue considerando que estos términos hacen referencia al dolo en cualquiera de sus modalidades, es decir, tanto al directo como al eventual[149].

Estando de acuerdo en que estas expresiones, tanto las previstas en la legislación española como en la peruana, son elementos que forman parte del dolo, específicamente del elemento cognitivo; la cuestión es determinar sobre qué elemento del tipo objetivo debe recaer ese conocimiento. En lo que a la legislación española se refiere, el término "sabiendo" o "a sabiendas", comprende el conocimiento por parte del sujeto activo de que los bienes sobre los que va a realizar las conductas típicas tienen su origen en un delito[150]. Lo mismo cabe decir respecto a la legislación peruana[151], es decir, el sujeto actúa sabiendo o debiendo presumir que los bienes tienen su origen en un delito. Se afirma ello porque partimos de la base de que el hecho previo en el cual tienen origen los

148 Caro John, José, "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* ob. cit., p. 157 y ss.

149 *Loc. cit.*

150 Véase, al respecto, Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal,* ob. cit., p. 300 y ss.; Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial,* 4.ª ed., ob. cit., p. 613 y ss.

151 Así, Caro Coria, Carlos y Diana Asmat Coello, "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 3-2010 /CJ-116, del 16 de noviembre del 2010, y N.° 7-2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011, en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal,* art. cit., p. 320.

bienes, sea este denominado como "actividad criminal", "ilícito" o "actividad delictiva", debe ser un hecho constitutivo de delito[152].

Pues bien, tanto el CP español como la Legislación peruana exigen que el sujeto actúe sabiendo o conociendo que los bienes tienen su origen en un delito. Tal como establece el fundamento jurídico 18 del Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116 no es necesario que el sujeto conozca de qué delito previo se trata, ni cuando se cometió este, ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución. O como se señala el TS español, se exige certidumbre sobre el origen de los bienes, aunque no es necesario el conocimiento de la infracción precedente en todos sus pormenores o con todo detalle, lugar o fecha de comisión, forma de comisión, autores o partícipes, víctimas, entre otros. Ahora bien, no es suficiente la mera sospecha, sino que es necesario un estado de certeza; el sujeto activo del blanqueo debe proceder a "una valoración paralela en la esfera del profano" tras la cual debe percibir o saber que los bienes proceden de un hecho constitutivo de un delito, sin que sea necesario el conocimiento de la calificación jurídica del mismo. Sin embargo, para aplicar los tipos cualificados, por ejemplo, cuando se trate de bienes procedentes del narcotráfico, es necesario que el sujeto activo sepa que los bienes proceden precisamente del tráfico de drogas, caso contrario, solo cabrá aplicar el tipo básico si el sujeto conocía que procedían de un delito.

2. Elementos subjetivos del tipo de injusto

Como adelantábamos *supra,* las conductas típicas previstas en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. 1106 deben realizarse con la finalidad de *evitar la identificación de su origen, incautación o decomiso.* De acuerdo con la doctrina peruana, estas finalidades constituyen elementos subjetivos del tipo de injusto, lo que supone que para que una conducta sea constitutiva de lavado de activos, el sujeto activo debe actuar con cualquiera de las finalidades previstas[153]. La inclusión de

152 Sin embargo, las características de este conocimiento, necesario para configurar el dolo, dependen, a su vez, de las características de este elemento del tipo, según se determine si es descriptivo o normativo. Una de las características de los elementos descriptivos es que son fácilmente perceptibles por los sentidos, es decir, que se puede conocer o precisar su significado sin mayor esfuerzo. Los normativos, por el contrario, al hacer referencia a derecho o relaciones jurídicas, necesitan siempre de una valoración. Esto es, el sujeto puede tener conocimiento de su significado solo después de haber realizado un proceso intelectivo de valoración.

153 La técnica legislativa utilizada, en opinión de Carlos Caro, convierte al lavado de activos en un tipo de peligro abstracto "e incongruente por exceso subjetivo" en un delito de tendencia interna trascendente de resultado cortado. Vid. Caro Coria, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* art. cit., p. 219.

este elemento ha sido valorada positivamente por la doctrina peruana porque permite delimitar este delito de otros de similar naturaleza como la receptación o el encubrimiento. Además, permite excluir actos que no son propiamente de lavado de activos[154].

En el art. 301.1 del CP español se dispone que el sujeto deba actuar con la finalidad de ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya intervenido en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos. La doctrina española está dividida en torno a la naturaleza de estos elementos. Un sector considera se refieren al aspecto volitivo del dolo[155], mientras que otro sector es de la opinión que constituyen elementos subjetivos específicos distintos del dolo[156]. Nosotros coincidimos con la última postura que es acorde, además, con lo que al respecto ha interpretado la doctrina peruana.

Pero optar por una u otra interpretación es un problema menor frente al que supone tener que determinar la función y el alcance de estos elementos en la estructura del tipo, porque su resolución en uno u otro sentido determina su

154 Véase, al respecto, Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., ob. cit., p. 107; García Cavero, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en Abanto Vásquez, Manuel; José Caro John y Luis Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal, libro homenaje al profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, art. cit., p. 437 y ss.; Prado Saldarriaga, Víctor, "El delito de lavado de activos en la Legislación Penal peruana", en Blanco Cordero, Isidoro; Eduardo Fabián Caparrós; Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*, ob. cit., p. 272. *Vid.* Corte Suprema de Justicia de la República, *Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116*, f. j. n.° 26, Lima: 16 de noviembre del 2010.

155 Así, por ejemplo, Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p.173 y ss.; Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 230; Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español*, ob. cit., p. 140; Bajo Fernández, Miguel, "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales*, art. cit., p. 737.

156 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, ob. cit., p. 167. De la misma opinión, Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 360 y ss.; Faraldo Cabana, Patricia, "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, art. cit., p. 139 y ss.; Palma Herrera, José, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 418 y ss.; García Arán, Mercedes y Juan Córdoba Roda, *Comentarios al Código penal. Parte especial* ob. cit., p. 1158 y ss.; Gómez Benítez, José Manuel, "Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal", en *Cuadernos de Política Criminal*, art. cit., p. 11 y ss.

ámbito de aplicación. Si como hemos visto en el epígrafe relativo a la conducta típica, termina por imponerse una interpretación restrictiva del tipo, tal como lo viene haciendo recientemente la jurisprudencia del TS, entonces estos elementos subjetivos del tipo están vinculados a todas las conductas típicas previstas en el art. 301. De esta forma, la adquisición, posesión, conversión, utilización, transmisión o cualquier otro acto sobre bienes de procedencia delictiva debe realizarse con el objeto o la finalidad de: (i) ocultar o encubrir su origen ilícito o (ii) ayudar a los intervinientes en el delito previo a eludir las consecuencias legales de sus actos.

Finalmente, tal como está configurado este delito en ambas legislaciones, el ánimo de lucro no constituye un elemento del tipo subjetivo[157]. Ahora bien, esto no supone que no se den casos en los que el autor actúe precisamente por un interés económico o por cualquier ventaja económica que pueda derivarse de los actos de blanqueo, ánimo de lucro que puede ser propio o ajeno. Sin embargo, al no ser elemento del tipo no cabe ni siquiera plantear su necesidad de prueba en el respectivo proceso penal.

Para terminar, como advertíamos líneas arriba, una interpretación amplia del contenido del art. 301.1 obliga a quienes la sustentan a elaborar diversos criterios para delimitar el ámbito de aplicación de este delito. Así, por ejemplo, se propone elaborar un concepto de honorario *bona fides* como criterio para no imputar responsabilidad penal al abogado por el cobro de honorarios de posible procedencia ilícita, aplicar causas de justificación como el cumplimiento de un deber. También se ha propuesto aplicar los criterios de la imputación objetiva, la adecuación social, o la teoría de los actos de la vida cotidiana o actos neutrales, etc. Algunos de ellos desarrollados en el seno de la doctrina alemana ante la necesidad de fundamentar la impunidad de conductas de la vida cotidiana o negocios socialmente adecuados, que sí serían típicas si se tiene en cuenta que en el vigente §261.2 StGB se castiga al que procure, utilice o posea, para sí o para terceros, bienes sabiendo su procedencia delictiva, etc.

Sin embargo, la gran ventaja que tiene la normativa peruana, y es preciso resaltarlo, es que no se castiga la mera adquisición, posesión, utilización, transporte, de bienes de procedencia delictiva, como interpreta un sector de la doctrina

157 Así, entre otros, PRADO SALDARRIAGA, Víctor, "El Delito de Lavado de Activos en la Legislación Penal Peruana", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*, art. cit., p. 274; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* art. cit., p. 220.

en relación con la legislación española. Muy por el contrario, la exigencia de este elemento subjetivo en todos los tipos de lavado de activos evita, por imperativo legal, castigar actos neutrales o de la vida cotidiana.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ABEL SOUTO, Miguel

2005 *El delito de blanqueo en el Código penal español,* Barcelona: Bosch

2013 "La reforma penal española del 2010 sobre el blanqueo, las nuevas técnicas de comisión delictiva y el uso de las telecomunicaciones para el blanqueo", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero,* Valencia: Tirant lo Blanch.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos

2000 *El delito de blanqueo de capitales,* Madrid: Marcial Pons.

ARIAS HOLGUÍN, Diana

2011 *Aspectos político-criminales y dogmáticos del tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales,* Madrid: Iustel.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel

2009 "El desatinado delito de blanqueo de capitales", en BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Silvina BACIGALUPO (eds.), *Política criminal y blanqueo de capitales,* Madrid: Marcial Pons.

2010 BAJO FERNÁNDEZ, Miguel y Silvina BACIGALUPO, *Derecho penal económico,* Madrid.

BLANCO CORDERO, Isidoro

1997 *El delito de blanqueo de capitales,* Pamplona: Aranzadi.

2002 *El delito de blanqueo de capitales,* 2.ª ed., Pamplona: Aranzadi.

2012 *El delito de blanqueo de capitales,* 3.ª ed., Navarra: Aranzadi.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis

2003 "Algunas precisiones referentes a la Ley penal contra el lavado de activos, Ley N.° 27765, 27-06-02", en *Estudios Penales: Libro homenaje al Prof. Luis Alberto Bramont Arias,* Lima: Editorial San Marcos.

BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis y María GARCÍA CANTIZANO

1998 *Manual de Derecho penal Parte Especial,* 4.ª ed., Lima: Editorial San Marcos.

CALDERÓN CEREZO, Ángel

2000 "Análisis sustantivo del delito (i): Prevención y represión del blanqueo de capitales", en ZARAGOZA AGUADO, Javier, *Prevención y represión del blanqueo de capitales,* Estudios de Derecho Judicial 28-2000, Madrid: CGPJ.

CARO CORIA, Dino Carlos

2012 "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en *Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa,* n.° 2, Lima: CEDPEE.

CARO CORIA, Carlos y Diana ASMAT COELLO

2012 "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 3-2010 /CJ-116, de 16 de noviembre del 2010, y N.° 7-2011/CJ-116, de 6 de diciembre del 2011, en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO JOHN y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal,* Lima: Ara Editores.

CARO JOHN, José Antonio

2010 "Consideraciones sobre el 'delito fuente' del lavado de activos y su incidencia para determinación del 'riesgo reputacional' de una institución financiera", en *Dogmática penal aplicada,* Lima: Ara Editores.

CASTRO MORENO, Abraham

2009 "Reflexiones críticas sobre las nuevas conductas de posesión y utilización en el delito de blanqueo de capitales en la reforma del Anteproyecto del 2008", en *La Ley,* n.° 7277, Madrid: Diario La Ley.

COBO DEL ROSAL, Manuel y Carlos ZABALA LÓPEZ-GÓMEZ

2005 *Blanqueo de capitales, Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (Repercusión en las leyes españolas de las nuevas Directivas de la Comunidad Europeas),* Madrid: CESEJ.

COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

2008 *Productos de la delincuencia organizada-Garantizar que "el delito no resulte provechoso",* Bruselas.

CONSEJO FISCAL

2009 *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal,* Madrid: FGE.

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

2013 *Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal,* Madrid.

CÓRDOBA RODA, Juan

2006 *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales,* Madrid: Marcial Pons.

COSTANZO, Pietro

2007 "Il riciclaggio di disponibilità di provenienza illecita. La disciplina penale italiana alla luce delle regole internazionali e comunitarie", en *Trattato di diritto penale dell'impresa,* vol. IX, Padova: Cedam.

De Francesco, Giovannangelo

2003 "Internazionalizzazione del diritto e della politica criminale: verso un equilibrio di molteplici sistemi penali", en *Diritto penale e processo*, año 3, vol. 9, fasc. 1, Milano: Ipsoa.

Del Carpio Delgado, Juana

1997 *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

2011 "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en *Revista General de Derecho Penal*, n.° 15, Madrid: Iustel.

2011 "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal", en *Revista Penal*, N.° 28, Madrid: Universidad Pablo de Olavide.

2013 "Sobre la innecesaria reforma de los delitos de hurto. A propósito del Anteproyecto del 2012 de reforma del Código penal", en *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, vol. 16, n.° 2, Madrid: Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <http://bit.ly/1T75WCx>.

2015 "El delito de "enriquecimiento ilícito: análisis de la normativa internacional", en *Revista General de Derecho Penal*, n.° 23, Madrid: Iustel.

Díaz y García Conlledo, Miguel

2002 "Blanqueo de bienes", en Luzón Pena, Diego Manuel (dir.), *Enciclopedia Penal Básica*, Granada: Comares.

Diez Ripollés, Luis

1994 "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el Ordenamiento penal español", en *Actualidad penal*, n.° 32, Madrid: Universidad de Santiago de Compostela.

Fabián Caparrós, Eduardo

1993 "Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de enjuiciamiento Criminal en materia de Tráfico de Drogas", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, mayo-agosto, Madrid: Universidad de Salamanca.

Fabián Caparrós, Eduardo

1998 *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex

Faraldo Cabana, Patricia

1998 "Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995", en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° xxi, Santiago de Compostela: USC.

2014 "Antes y después de la tipificación expresa del autoblanqueo de capitales", en *Estudios penales y Criminológicos*, vol. xxxiv, Compostela: USC.

FERNÁNDEZ TERUELO, Javier Gustavo

2011 "El nuevo modelo de reacción penal frente al blanqueo de capitales. Los nuevos tipos de blanqueo, la ampliación del comiso y la integración del blanqueo en el modelo de responsabilidad penal de las empresas", en *Diario La Ley*, N.° 7657, Madrid: Wolters Kluwer.

France, Ministère De La Justice

2006 *Circulaires de la direction des affaires criminelles et des grâces, Circulaire relative à la loi n.° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, publiée au journal officiel du 24 janvier 2006*, CRIM 2006-02 G1/03-02-2006, NOR: JUSD0630013C,

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás

2004 Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, Lima: Grijley.

2009 *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores.

2014 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, Lima: Instituto Pacífico.

2015 "Anatomía del delito de lavado de activos", en *Ius Puniendi. Sistema Penal Integral*, año I, vol. 1, Lima: Ideas Solución Editorial.

GARCÍA ARÁN, Mercedes y Juan CÓRDOBA RODA

2004 *Comentarios al Código penal. Parte especial*, t. I, Madrid: Marcial Pons.

GARCÍA CAVERO, Percy

2012 "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento" en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO John y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal, Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, Lima: Ara Editores.

GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo

2015 "La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *Diario La Ley*, N.° 8587, Madrid: Wolters Kluwer.

GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel

2007 "Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal", en *Cuadernos de Política Criminal*, N.° 91, Madrid: CESEJ.

2014 "El delito previo al delito de blanqueo de capitales y a vueltas con el delito fiscal", *Análisis GA&P*, mayo, Madrid.

Gómez Iniesta, Diego

1996 *El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español,* Barcelona: CEDECS.

González Rus, Juan José

1996 *Curso de Derecho Penal, Parte Especial,* t. I, Cobo del Rosal, Manuel (dir.), Madrid: Marcial Pons.

Grupo De Acción Financiera Internacional

2014 *Medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo-España. Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua (diciembre 2014),* GAFI/OECD.

Manjón-Cabeza Olmeda, Araceli

2010 "Receptación y blanqueo de capitales (arts. 301 y 302)", en Álvarez García, Francisco y José Luis González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal del 2010,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Marinucci, Giorgio y Emilio Dolcini

2006 *Manuale di diritto penale. Parte generale,* 2.ª ed., Milano: Giuffrè.

Martínez Buján-Pérez, Carlos

2013 *Derecho penal económico y de la Empresa, Parte especial,* 4.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

Matallín Evangelio, Ángela

2013 "El 'autoblanqueo' de capitales", *Revista General de Derecho Penal,* n.° 20, Madrid: Iustel.

Meini Méndez, Iván

2005 "El delito de receptación. La receptación 'sustitutiva' y la receptación 'en cadena' según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema", en *Justicia Viva,* Lima: Justicia Viva-IDL.

Mendoza Llamacponcca, Fidel

2012 "El delito de blanqueo de capitales en España y Perú. Determinación del bien jurídico", en *Droit pénal et diversités culturelles Mélanges en l'honneur de José Hurtado Pozo,* Genève-Zurich-Bâle.

Mendoza Llamacponcca, Fidel

2016 "El delito fuente en el lavado de activos", en Hurtado Pozo, José (dir.), *Anuario de Derecho Penal: Temas de derecho penal económico,* Lima: Fondo Editorial PUCP.

Muñoz Conde, Francisco

2009 "Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel y Nielson Sánchez Stewart (coords.),

I Congreso de Prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia: Tirant lo Blanch.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS

2006 Modificaciones al Reglamento Modelo de la comisión interamericana para el control del abuso de drogas sobre delitos de lavado de activos relacionados con el tráfico ilícito de drogas y otros delitos graves, aprobada en la cuarta sesión plenaria, AG/RES. 2199 (XXXVI-O/06).

PALMA HERRERA, José

2000 *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa.

2004 *Los actos copenados,* Madrid: Dykinson.

PAUCAR CHAPPA, Marcial

2012 "La nueva Ley penal de lavado de activos: el Decreto Legislativo N.° 1106", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, n.° 35, Lima: Gaceta Jurídica.

POUIT, Marine

2013 *Les atteintes à la présomption d'innocence en droit pénal de fond,* Mémoire Master II Droit pénal et sciences pénales, Paris: Université Paris II Panthéon-Assas.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2014 "El Delito de Lavado de Activos en la Legislación Penal Peruana", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*, 3.ª ed., Washington: CICAD-OE.

PRIETO DEL PINO, Ana; Deborah GARCÍA MAGNA y Antonio MARTÍN PARDO

2010 "La deconstrucción del concepto de blanqueo de capitales", en *InDret: Revista para el análisis del derecho,* n.° 3, Barcelona.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo

2006 *Comentarios a la parte especial del Derecho penal*, 5ª ed., Pamplona: Aranzadi.

2007 *Comentarios a la parte especial del derecho penal,* 6.ª ed., Pamplona: Aranzadi.

2010 "Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N.° 12, Granada.

REBOLLO VARGAS, Rafael

2013 "La deslegitimación de la prevención del blanqueo de capitales en España. Análisis crítico de algunos aspectos de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de Prevención del Blanqueo de Capitales y de la Financiación del Terrorismo", en *Revista de Derecho Penal y Criminología,* 3.ª época, n.° 10, Madrid: UNED "La deslegitimación de la prevención del blanqueo.

Ruiz Vadillo, Enrique

1992 "El blanqueo de capitales en el ordenamiento jurídico español", en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia,* n.° 1641, Madrid: Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia.

Silva Sánchez, Jesús María

1990 "La receptación específica", en *Delitos contra la salud pública (tráfico ilegal de drogas). Comentarios a la Legislación penal,* t. xii, Madrid: Edersa.

Vidales Rodríguez, Caty

1997 *Los delitos de receptación y legitimación de capitales,* Valencia: Tirant lo Blanch.

2012 "Blanqueo, ¿qué es blanqueo?: estudio del art. 301.1 del Código penal español tras la reforma de la L.O. 5/2010", en *Revista General de Derecho Penal,* n.° 18, Madrid: Iustel.

2015 *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales,* Valencia: Tirant lo Blanch.

Villavicencio Terreros, Felipe

2011 "La investigación y sanción", en Villavicencio Terreros, Felipe; Verónica Zambrano; Fabián Novak y Luis García-Corrochano Moyano, *Lavado de Activos en el Perú. Grado de efectividad y cumplimiento. Recomendaciones,* Lima: IDEI. Recuperado de <http://bit.ly/1SZ4CCO>.

Zaragoza Aguado, Javier

1994 "El blanqueo de dinero", en *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria,* Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid: CGPJ.

Zaragoza Aguado, Javier

2010 *Comentarios al Código penal,* Gómez Tomillo, Manuel (dir.), Valladolid: Lex Nova.

VII. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

(Ponente: Magistrado Joaquín Giménez García), *Sentencia N.° 277/2001,* 26 de junio del 2001

(Ponente: Magistrado José Jiménez Villarejo), *Sentencia N.° 1704/2001,* 29 de setiembre del 2001

(Ponente: Magistrado Juan Saavedra Ruiz), *Sentencia N.° 1070/2003,* 22 de julio del 2003

(Ponente: Magistrado Julián SÁNCHEZ MELGAR), *Sentencia N.° 1501/2003*, 19 de diciembre del 2003

(Ponente: Magistrado José MARTÍN PALLÍN), *Sentencia N.° 1504/2003*, 25 de febrero del 2004

(Ponente: Magistrado Luis PUERTA LUIS), *Sentencia N.° 1368/2004*, 15 de diciembre del 2004

(Ponente: Magistrado Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *Sentencia N.° 266/2005*, 01 de marzo del 2005

(Ponente: Magistrado Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *Sentencia N.° 1426/2005*, 13 de diciembre del 2005

(Ponente: Magistrado Julián SÁNCHEZ MELGAR), *Sentencia N.° 449/2006*, 17 de abril del 2006

(Ponente: Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *Sentencia N.° 506/2006*, 10 de mayo del 2006

(Ponente: Magistrado Miguel Colmenero Menéndez De Luarca), *Sentencia N.° 1897/2010*, 09 de marzo del 2010

(Ponente: Magistrado Luciano VARELA CASTRO), *Sentencia N.° 313/2010* , 08 de abril del 2010

(Ponente: Francisco MONTERDE FERRER), *Sentencia N.° 801/2010*, 23 de setiembre del 2010

(Ponente: Magistrado Luciano VARELA CASTRO), *Sentencia N.° 1080/2010*, del 20 de octubre del 2010

(Ponente: José SORIANO SORIANO), *Sentencia N.° 961/2010*, 11 de noviembre del 2010

(Ponente: Magistrado José MAZA MARTÍN), *Sentencia N.° 628/2011*, 22 de julio del 2011

(Ponente: Magistrado Don Antonio DEL MORAL GARCÍA) *Sentencia N.° 578/2012*, 26 de junio del 2012

(Ponente: Magistrado Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE) *Sentencia N.° 974/2012*, 05 de diciembre del 2012

(Ponente: Magistrado Luciano VARELA CASTRO), *Sentencia N.° 341/2012*, 09 de abril del 2013

(Ponente: Magistrado Luciano VARELA CASTRO) *Sentencia N.° 341/2013*, 09 de abril del 2013

(Ponente: Magistrado Ana FERRER GARCÍA), *Sentencia N.° 895/2014*, 23 de diciembre del 2014

(Ponente: Magistrado Don Antonio Del Moral García) *Sentencia N.° 220/2015*, 09 de abril del 2015

(Ponente: Cándido Conde Pumpido Tourón), *Sentencia N.° 265/2015*, de 29 de abril del 2015

(Ponente: Magistrado Andrés Martínez Arrieta), *Sentencia N.° 286/2015*, 19 de mayo del 2015

TRATAMIENTO DEL OBJETO MATERIAL Y EL DELITO PREVIO EN EL LAVADO DE ACTIVOS

FIDEL NICOLÁS MENDOZA LLAMACPONCCA*

* Candidato a Doctor y Máster en derecho penal por la Universidad de Salamanca (España). Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Perú). El presente trabajo forma parte de la investigación doctoral en desarrollo del autor, efectuado como becario de l'Œuvre St-Justin de Fribourg (Suiza).

SUMARIO: I. Introducción. II. Antecedentes normativos. 1. Documentos internacionales. 2. Legislación nacional. III. Activos susceptibles de ser objeto material. 1. Dinero. 2. Bienes. 3. Efectos. 4. Ganancias. IV. El delito fuente. 1. Naturaleza jurídica. 1.1. Rechazo a su condición de elemento objetivo del tipo. 1.2. El delito fuente como elemento típico. 2. Autonomía del lavado de activos. 2.1. Autonomía procesal. 2.2. Autonomía sustantiva. 3. La prueba del delito fuente. 3.1. Sede procesal de probanza. 3.2. Prueba indiciaria. 4. Determinación legal del delito fuente. 4.1. Consideraciones generales. 4.2. Sistemas de tipificación. 4.3. Regulación nacional. 5. Grado de realización y relación de integración. 6. Supuestos problemáticos de delito fuente. 6.1. Delitos imprudentes. 6.2. Delitos omisivos. 6.3. Delitos de función. V. Circunstancias modificativas de la responsabilidad vinculadas al delito fuente y al objeto material. 1. Circunstancias relativas al delito previo. 2. Circunstancias relativas al valor del objeto. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía. VIII. Jurisprudencia.

I. INTRODUCCIÓN

El lavado de activos —como destaca TIEDEMANN— constituye "un tipo de conexión (que conecta con un hecho penal previo)"[1]. Es indispensable acreditar en el proceso por lavado de activos tanto el origen delictivo de los bienes como los ulteriores actos de legitimación o, lo que es lo mismo, determinar el *delito fuente* o idóneo para producir el dinero, bienes, efectos o ganancias —sobre los

1 TIEDEMANN, Klaus, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 344. En el mismo sentido, VOGEL, Joachim, "Estado y tendencias de la armonización del derecho penal en materia de la Unión Europea", en *Revista Penal*, n.° 10, Madrid: La Ley, 2002, p. 121; ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, Barcelona: Bosch, 2005, p. 213.

cuales recaerán las ulteriores conductas de lavado incriminadas en los arts. 1, 2 y 3 del D. Leg. N.° 1106 (del 19-04-2012)—, tomando como base los delitos y la cláusula general establecidos en el art. 10, segundo párrafo, del aludido D. Leg.

Los activos sobre los cuales recaen las conductas de lavado se originan en la comisión de un delito fuente, no así en una ilicitud global o genérica como pareciere interpretarse —desde una perspectiva literal y asistemática— de los aludidos arts. 1 al 3 sin ninguna referencia al art. 10, segundo párrafo. El estudio que se realiza trata acerca de la determinación y acreditación del delito fuente y su vinculación con el objeto material del lavado de activos, en su relación con la naturaleza autónoma —sustantiva y procesal— de este delito. Serán objeto de análisis los preceptos pertinentes tanto del D. Leg. N.° 1106 y de la derogada Ley N.° 27765 (del 27-06-2002) —aplicable aún a los procesos penales iniciados durante su vigencia—, como del Proyecto de Ley del nuevo Código Penal —aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso—.

Así también serán examinadas las convenciones internacionales sobre la materia, debidamente aprobadas por el Perú, con el objeto de realizar el correspondiente control de convencionalidad y constitucionalidad, y que permita el análisis global de la institución del delito fuente, empleando como objeto de análisis, además del D. Leg. N.° 1106, las convenciones aludidas, dado su carácter de derecho interno. Serán, asimismo, analizadas las opiniones que en la doctrina nacional sustentan la autonomía absoluta —sustantiva y procesal— del lavado de activos y con ello, la renuncia al delito fuente como elemento objetivo de los tipos legales de este delito. Finalmente, se analizará la jurisprudencia pertinente.

II. ANTECEDENTES NORMATIVOS

1. Documentos internacionales

La revisión de la normativa internacional relativa a la prevención y represión del lavado de activos permite constatar, entre otros aspectos de técnica jurídica, que en sus textos se incorporan preceptos concernientes a la terminología que será empleada a lo largo de su estructura normativa. Dada la ratificación de estas convenciones internacionales por el Estado peruano, y su cualificación como "derecho interno" (de acuerdo a lo previsto en el art. 55 de la Constitución), su conocimiento es indispensable con el fin de emplearlo como referente interpretativo tanto de los tipos legales de lavado de activos —previstos en el D. Leg. N.° 1106 y la Ley N.° 27765 (en cuanto esta sea aplicable a casos aún en procesamiento)— como de los mecanismos procesales dirigidos a su investigación

y juzgamiento, con el objeto que dichas funciones —fiscales y judiciales— sean efectuadas dentro de parámetros constitucionales y convencionales.

Con respecto al *objeto material* del lavado de activos, la Convención de Viena de 1988[2] (art. 1, lits. p y q) sostuvo que debe entenderse por "bienes" a los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos. Por su parte, con relación a los "productos", señaló que estos son los bienes obtenidos o derivados -directa o indirectamente- del tráfico ilícito de drogas y de precursores (actividades cuya incriminación es propuesta por dicha Convención a los Estados parte).

La preocupación internacional por ampliar la incriminación del lavado de activos procedentes de delitos especialmente graves, distintos al narcotráfico, y vinculados a la delincuencia organizada transnacional y la corrupción, motivó a los Estados a suscribir sendas convenciones intergubernamentales dirigidas a la prevención y represión de este fenómeno delictivo[3]. Con relación al objeto material, la terminología empleada por la Convención de Viena de 1988 es precisada tanto por la Convención de Palermo del 2000[4] (art. 2, lits. d y e), como por la Convención de Mérida del 2003[5], en dos aspectos relevantes.

En primer lugar, el origen delictuoso de los bienes o productos no se limita al tráfico ilícito de drogas y de precursores, sino que se amplía a actividades delictivas graves e idóneas para generar activos susceptibles de ser objeto de blanqueo. En segundo término, cuando los dos primeros señalan que por producto de delito "se entenderá los bienes de cualquier índole", pretenden formular una definición lo suficientemente amplia para abarcar a toda "ventaja económica" procedente de la actividad delictuosa para fines de decomiso[6]. Asimismo, se ha buscado

---

2 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, adoptada en Austria el 19 de diciembre de 1988. Aprobada mediante R. Leg. N.° 25352 (publicada el 26 de noviembre de 1991).

3 GILMORE, Willian, *Dirty money. The evolution of international measures to counter money laundernig and the financing of terrorism*, 3.ª ed., Strasburg: Council of Europe Publishing, 2004, p. 65.

4 Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, adoptada en la Asamblea General de la ONU del 15 de noviembre del 2000. Aprobada por R. Leg. N.° 27527 (publicada el 08 de octubre del 2001)

5 Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Mérida el 09 de diciembre del 2003. Aprobada por R. Leg. N.° 28357 (publicada el 06 de octubre del 2004).

6 En el marco del Consejo de Europa, similar terminología es empleada para conceptualizar el objeto material del lavado de activos. Así en el Convenio de Estrasburgo, relativo a relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito

reconocer a los bienes sustitutivos como provecho idóneo para ser considerado objeto material del delito de lavado de activos[7].

Con relación al *delito fuente*, la inicial comprensión sobre que este debía proceder de los delitos de tráfico ilícito de drogas y de precursores —propuesta por la Convención de Viena de 1988—, fue convenientemente extendida por las sucesivas convenciones emitidas hacia otros delitos susceptibles de producir ganancias ilegales. Las Naciones Unidas reconocieron que no solo el narcotráfico constituía un fenómeno criminal apto para generar considerables rendimientos financieros, sino que además existen otros delitos productores de ganancias cuyo origen busca ser aparentado mediante su incorporación en el tráfico económico legal[8].

Al respecto, la Convención de Palermo del 2000 (art. 2, lit. h) estableció que los "delitos determinantes" son aquellos de los cuales se deriva un producto idóneo de ser materia de blanqueo, requiriéndose a los Estados parte que la incriminación del lavado de activos, los abarque en la "gama más amplia posible" (art. 6.2, lit. a), particularmente, los delitos de organización (art. 5), participación en grupos delictivos organizados (art. 8) y la penalización de la obstrucción de la justicia (art. 23)[9]. La Convención de Mérida del 2003, por su parte, recogiendo la misma conceptualización del delito determinante (art. 2, lit. h) y su necesaria amplitud (art. 23,2, lit. a), expresa su particular atención —de acuerdo a las finalidades de esta Convención— a los delitos (fuente) co-

(08 de noviembre de 1990), se estableció que se entenderá por "producto" a "todo provecho económico derivado de un delito" (art. 1, lit. a), y por "bienes" a "los de cualquier naturaleza, sean materiales o inmateriales, muebles o inmuebles, y los documentos o instrumentos legales que demuestran algún título o participación en estos" (art. 1, lit. b). En el Convenio de Varsovia, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y comiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo (16 de mayo del 2005), es idéntica la conceptualización de los "bienes" (art. 1, lit. b), mientras que con relación a los "productos" se hace expresa precisión de que estos podrán derivar incluso indirectamente del delito fuente (art. 1, lit. a).

7 BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2012, p. 243; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex, 1998, p. 301

8 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, "El blanqueo de capitales. Contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales", en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario y Eduardo FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid: Colex, 2003, p. 173.

9 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009, p. 49.

metidos contra la función pública, efectuados por funcionarios (nacionales y extranjeros) o particulares, y contra el patrimonio estatal[10].

2. Legislación nacional

La Convención de Viena de 1988, al momento de la publicación del CP de 1991, aún se encontraba pendiente de aprobación por nuestro legislador, por lo que los proyectos del CP de 1990 y 1991, incluso el texto publicado el 08 de abril de 1991 (D. Leg. N.° 635), carecían de disposiciones relativas a la incriminación del delito lavado de activos. Estas circunstancias variaron con la emisión de la R. Leg. N.° 25352 (del 23 de setiembre de 1991), por la cual nuestro Parlamento aprobó la Convención de Viena, así como por la suscripción de un convenio bilateral con los Estados Unidos de Norteamérica (del 14 de mayo de 1992, aprobado mediante D.S. N.° 100-01-PCM) relativo a la implementación de determinadas políticas de interdicción del narcotráfico. Finalmente, fue relevante para nuestro legislador la participación peruana en el grupo de expertos convocado por la Comisión Interamericana para el Control del Abuso de Drogas (CICAD) que condujo a la elaboración del denominado "Reglamento Modelo" de la OEA[11].

La incriminación del lavado de activos —procedente del narcotráfico— se inició con la emisión del D. Leg. N.° 736 (del 12 de noviembre de 1991), que incorporó al CP los arts. 296-A y 296-B[12]. Al igual que el texto de la Ley argentina N.° 23737 (Ley de tenencia y tráfico de estupefacientes, del 11 de octubre de 1989), su fuente inmediata, el D. Leg. N.° 736 consideró que los actos de lavado de activos se proyectan sobre "ganancias, cosas, bienes o beneficios económicos". Luego de haber sido derogado —el citado D. Leg.— mediante la Ley N.° 25399 (del 19 de febrero de 1992), el legislador nacional estimó que las conductas de lavado de activos no eran distintas a la receptación patrimonial, por lo cual las

10 En las Cuarenta Nuevas Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional del 2012 se señala lo siguiente: "3. Los países deben tipificar el lavado de dinero en base a la Convención de Viena y la Convención de Palermo. Los países deben aplicar el delito de lavado de dinero a todos los delitos graves, con la finalidad de incluir la mayor gama posible de delitos predicados". Por su parte, en los Convenios de Estrasburgo de 1990 y de Varsovia del 2005 se les denomina "delito principal" (art. 1, lit. e, en ambos casos). En sus preceptos (art. 6.4 y art. 9.4, respectivamente) se hace referencia a los criterios del umbral mínimo y mixto como técnicas legislativas empleadas para la determinación del delito fuente.

11 Prado Saldarriaga, Víctor, *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Lima: Idemsa, 1994, p. 52.

12 Lamas Puccio, Luis, *Tráfico de drogas y lavado de dinero*, Lima: Didi Arteta, 1992, p. 138.

consideró como circunstancia agravante[13] de este delito, mediante la Ley N.° 25404 (del 26 de febrero de 1992). En virtud de esta última norma, el objeto material se reducía a la amplia fórmula de "bienes" de procedencia delictuosa.

Posteriormente, el legislador derogó esta última norma mediante el D. Ley N.° 25428 (del 11 de abril de 1992), reincorporando la incriminación del lavado de activos derivados del narcotráfico (art. 296-A) y ampliando el delito fuente al narcoterrorismo (art. 296-B). El objeto material fue concebido del mismo modo que en el D. Leg. N.° 736 —como casi en la totalidad de los elementos típicos— con la adición del "dinero" como objeto de los actos de lavado. Esta denominación amplia del objeto no fue variada por la Ley N.° 26223 (del 21 de agosto de 1993) ni por la Ley N.° 27225 (del 17 de diciembre de 1999), a pesar de tratarse de leyes modificatorias del art. 296-B.

Por su parte, la Ley N.° 27765 (del 27 de junio del 2002), denominada como Ley penal contra el lavado de activos —derogatoria de los arts. 296-A y 296-B—, concibió como objeto material al "dinero, bienes, efectos o ganancias". En lo relativo a la categoría del delito fuente, el legislador consideró extenderlo hacia actividades criminales distintas del narcotráfico y narcoterrorismo, abarcando diferentes modalidades delictivas enumeradas en su catálogo referencial (en su art. 6, segundo párrafo), y caracterizadas tanto por su especial gravedad como por su aptitud para producir ganancias ilegales. En dicho precepto legal, se incorporó una disposición por la cual se incluía como delito fuente a *"otros 'similares' que generen ganancias ilegales"*. En términos generales, esta cláusula —con los matices propios derivados de la reforma y derogación de esta norma— es la que se ha impuesto en nuestro sistema penal.

Se aprecia de la técnica legislativa empleada que no se tuvo por objeto determinar un catálogo excluyente de delitos previos sino, más bien, realizar una numeración ejemplificativa[14] de aquellas actividades delictivas idóneas para producir rendimientos económicos. Sin embargo, a pesar que la doctrina sostuvo que se abarcaba a los "activos originados o derivados de cualquier delito de aquellos que generen ganancias ilegales"[15], la interpretación de la "relación de

13 ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania", en AMBOS, Kai; Dino Carlos CARO CORIA y Ezequiel MALARINO, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, Lima: Jurista, 2015, p. 57.

14 GARCÍA CAVERO, Percy, "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento", en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO JOHN y Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal. Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, Lima: Ara Editores, 2012, p. 421.

15 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima: Grijley, 2007, p. 153.

similitud" (aludida en el art. 6, segundo párrafo) conducía a sostener válidamente que no cualquier ilícito penal tendría aptitud para ser considerado como delito fuente —ni siquiera todos aquellos capaces de producir rentas ilícitas—, sino que, por el contrario, era necesaria la característica de gravedad "similar" a las actividades delictivas ejemplificadas en dicho precepto legal[16].

Las normas modificatorias de la Ley N.° 27765 no variaron la estructura del objeto material o del delito fuente. Ni siquiera al momento de incorporarse la referencia a la "trata de personas y tráfico ilícito de migrantes" (Ley N.° 28950, del 16 de enero del 2007) o al "terrorismo, extorsión y delitos patrimoniales agravados" (D. Leg. N.° 986, del 22 de julio del 2007), como delitos fuente no enunciados en el texto original de la Ley N.° 27765. Las aludidas conductas delictivas, por su especial gravedad y aptitud para generar ganancias ilegales —como bien refirió el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116—, indudablemente se encontraban contenidas en la cláusula "otros similares", que había sido prevista en el art. 6, segundo párrafo, antes de las modificatorias experimentadas el 2007[17].

Por otra parte, como expresión de la política criminal de lucha del Estado contra la minería ilegal, el crimen organizado y el lavado de activos, se emitió el D. Leg. N.° 1106 (del 19 abril 2012). En esta norma, además de derogarse a la Ley N.° 27765, el legislador —en lo relativo al objeto de estudio— consideró relevante incorporar, a la terminología asentada desde el 2002, la referencia a los "títulos valores" (art. 3), sin considerar que este concepto ya se encontraba suficientemente abarcado por la noción de "bien", por lo que nada nuevo se añadía al derecho vigente. Sin embargo, es destacar que por vez primera en nuestra legislación penal se reconoce al valor económico del objeto material como circunstancia modificatoria de la responsabilidad penal ("agravante", según prevé el art. 4, primer párrafo, inc. 3; y, "atenuante", de acuerdo a lo previsto en el

16 Caro John, José, "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*, Lima: Ara Editores, 2010, p. 159; Abanto Vásquez, Manuel, "Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania", art. cit., p. 74.

17 La Corte Suprema de Justicia en su *Acuerdo Plenario N.° 03-2010/CJ-116*, del 16 de noviembre del 2010, sostuvo que "como ha quedado expuesto, el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro, 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. Los denominados 'delitos fuente' han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan 'delitos similares' —obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas, y realizados tendencialmente en delincuencia organizada— que generen ganancias ilegales".

art. 4, tercer párrafo). Asimismo se reformuló la cláusula general sobre el delito fuente para reconocer que su procedencia se sitúa en *"cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales"* (art. 10, segundo párrafo).

Finalmente, en el Proyecto de Ley de Nuevo Código Penal (recientemente aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del 09 el diciembre 2014), es oportuno mencionar que, más allá de no plantearse modificaciones en la estructura del tipo legal, ni en lo relativo al delito fuente u objeto material (en los términos diseñados por el vigente D. Leg. N.° 1106), es particularmente relevante que en la reforma se resalte expresamente —por vez primera en nuestra legislación— el injusto de naturaleza socioeconómica que entraña el lavado de activos. En el Proyecto aludido se ha propuesto la incorporación de este delito, en el texto del Nuevo Código Penal, como el primero de los atentados contra el orden económico (Sección XIII, Título I, Libro Segundo del Código Penal, art. 354 y ss.).

III. ACTIVOS SUSCEPTIBLES DE SER OBJETO MATERIAL

El objeto material del delito de lavado de activos constituye elemento nuclear del tipo de injusto alrededor del cual giran los otros[18] y sobre el que, además de proyectarse las diferentes conductas típicas, se representa el bien jurídico protegido[19]. Es característica fundamental del objeto material que tenga su "origen" ("provenga", sea "producto" o esté "generado" —expresiones empleadas por nuestro legislador—) o sea motivado por un hecho delictivo[20]. Tratándose

18 MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 252.

19 Sobre la concreción del bien jurídico, basado en la libre y leal competencia, es preciso remitirse a un estudio anterior. Cfr. MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, "El delito de lavado de activos: Determinación del bien jurídico tutelado", en *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, Lima: Idemsa, 2013, p. 534 y ss. Sobre la libre y leal competencia como objeto de protección, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2000, pp. 97 y 98; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed. ob. cit., p. 226; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid: Iustel, 2011, p. 210; Bottke, Wilfried, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, n.° 2, Madrid: Praxis, 1998, p. 13; FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, vol. II, 4.ª ed., Bologna: Zanichelli Editore, 2005, p. 254; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto pénale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, t. II, 2.ª ed., Padova: CEDAM, 2002, p. 259; ZANCHETTI, Mario, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano: Dott. Giuffrè Editore, 1997, p. 391

20 BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed. ob. cit., p. 241.

de un elemento integrante del tipo de injusto es distinto al concepto de efecto o ganancia, aunque puedan llegar en ocasiones a coincidir.

En el D. Leg. N.° 1106 el legislador previó que constituyen objeto material de los actos de lavado de activos tanto el dinero, bienes, efectos o ganancias (arts. 1 y 2), como los títulos valores (art. 3). Este casuismo empleado para definir el objeto[21] pudo bien haber sido superado con el término genérico de *"bienes"*, de acuerdo a la definición planteada por las Convenciones de Viena de 1998, de Palermo del 2000 y de Mérida del 2003, o como se prevé en la legislación española, al constituir una definición que aglutina todas las formas establecidas en la ley vigente[22]. Los actos típicos deben efectuarse "con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso", retomándose la estructura del elemento subjetivo del injusto, empleada en el texto original de la Ley N.° 27765[23] (y que fuere modificada por el D. Leg. N.° 986), configurándose actualmente al lavado de activos como delito de peligro abstracto[24].

---

21 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2009, p. 82; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en CARO CORIA, Carlos (dir.), *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, Lima: CEDPE, 2012, p. 202.

22 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 92 y ss.; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 253; REBOLLO VARGAS, Rafael, "Limitaciones del derecho penal en la prevención del blanqueo de capitales", en GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 144; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 301; Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, ob. cit., pp. 196 y 197; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, ob. cit., p. 309; GÓMEZ INIESTA, Diego, *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, Barcelona: Cedecs Editorial, 1996, p. 48.

23 GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores, 2015, p. 138; PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, ob. cit., pp. 154 y 155; GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., ob. cit., p. 106 y ss.

24 No debe perderse de vista que el lavado de activos es un proceso, como tal, un conjunto de actos coordinados, a pesar de que el legislador haya decidido ——por cuestiones punitivas— equiparar un acto (de dicho proceso) con el proceso global. De modo tal que se reprime como lavado de activos, entre otros supuestos, diferentes actos del proceso de legitimación, como los comportamientos de conversión o transferencia independientemente de los actos de ocultación o tenencia, más allá de la constatación que cada uno por sí mismos pueda no completar el circuito del proceso global. Al respecto, la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA en su *Acuerdo Plenario N.° 7-2011/CJ-116*, del 6 de diciembre del 2011, f. j. n.° 8, sostuvo que "el lavado de activos es un delito que se expresa como

Con relación al valor económico del objeto material, el D. Leg. N.° 1106 establece —por vez primera en nuestra legislación penal— su relevancia para constituir una circunstancia atenuante de la responsabilidad penal (art. 4, tercer párrafo) o una agravante (art. 4, primer párrafo, inc. 3). En efecto, en la primera norma citada se dispone que "la pena será privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de seis años [...] cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias". En la segunda, se prevé que "la pena será privativa de la libertad no menor de diez ni mayor de veinte años [...] cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias".

Esta regla de valoración se basa en criterios de proporcionalidad que fueron anticipados por el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116, cuyo fundamento de interpretación se encontró en el art. 3 de la Ley Penal Tributaria (D. Leg. N.° 813)[25], aunque únicamente fuere postulado por dicho Acuerdo como un

---

un proceso o secuencia de actos o etapas, que dogmáticamente adquieren autonomía típica, así como un desarrollo operativo y un momento consumativo diferentes". En el mismo sentido se emitieron las siguientes ejecutorias supremas: Sala Penal Transitoria (ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 2071-2011*, Lima: 6 de diciembre del 2012, f. j. III.5; Sala Penal Transitoria (ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 3474-2012*, Lima: 22 de agosto del 2013, f. j. 6 y 7.d; Sala Penal Transitoria (ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 2444-2013*, Lima: 9 de diciembre del 2014, f. j. 5.c; Sala Penal Transitoria (ponente: juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 2082-2013*, Lima: 14 de enero del 2015, f. j. n.° 6. Así también, Caro Coria, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en Caro Coria, Carlos (dir.), *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 219; García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., ob. cit., p. 135; Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., ob. cit., pp. 96 y 97; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed. ob. cit., p. 89; Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 49; Callegari, André, *Lavado de activos*, Lima: Ara Editores, 2009, p. 63.

25 Vid. Corte Suprema de Justicia, *Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. 29. La Corte Suprema sostuvo, sobre ello, que "Cabe anotar, además, que en otros delitos como el defraudación tributaria el importe del tributo omitido, cuando no es superior a 5 UIT motiva una atenuación específica de la pena [Cfr. art. 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". Es pertinente resaltar que el art. 3 de la Ley Penal Tributaria —que preveía una circunstancia de atenuación cuando la conducta defraudatoria no sobrepasaba las 5 UIT— ha sido derogado inconvenientemente por el D. Leg. N.° 1114 (5 de julio del 2012). Al respecto, Álvarez Dávila, Francisco, "Sobre la nueva estructura penal de los delitos tributa-

"referente de determinación de la pena". Esto sin duda constituyó un importante avance al tratarse de un criterio que permitía concretar el principio de proporcionalidad en el ámbito de la valoración del valor o *quantum* económico del objeto material del lavado de activos.

Se aprecia, por ello, que en nuestra legislación —a diferencia del criterio del umbral económico que se había dispuesto en el sistema penal argentino, actualmente derogado[26]— el monto involucrado de los bienes objeto del lavado no determina la tipicidad de los hechos que sustentan una imputación, sino que su verificación tiene relevancia como circunstancia (agravante o atenuante) modificativa de la responsabilidad penal. A nuestro juicio esto no descarta la relevancia de la interpretación teleológica —en empleo de la función dogmática del bien jurídico y del principio de insignificancia— como herramienta útil para evitar la hipertrofia punitiva que supone reprimir conductas de mero agotamiento[27], o aquellas que

---

rios. Reflexiones a partir de las modificaciones efectuadas por los Decretos Legislativos N.os 1113, 1114 y 1123", en revista de estudiantes *Ita ius esto*, n.° 2, Piura-Lima: Asociación Civil Ita ius esto, 2012, p. 166

26 DURRIEU, Roberto, *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, Boston: Nijhoff Publishers, 2013, pp. 285 y 286; ORSI, Omar, *Lavado de dinero de origen delictivo*, Buenos Aires: Huammurabi, 2007, p. 607. En el mismo sentido, BARRAL, Jorge, *Legitimación de bienes procedentes de la comisión de delitos. Análisis de la Ley N.° 25246 de encubrimiento y lavado de activos de origen delictivo*, Buenos Aires: Ad Hoc, 2003, p. 178. En el sistema de la Ley argentina N.° 25.246, al modificarse el art. 278.1 lit. a) del CP argentino, se preveía que solo había delito de lavado de activos si el valor de los bienes superaba el monto de 50000 pesos. Por debajo de dicha cifra si es que había delito, sería cualquier otro —por ejemplo, el encubrimiento— distinto del lavado, salvo que la reiteración de hechos diversos, vinculados entre sí, superaran dicha cifra. Sin embargo, con la reforma experimentada mediante la Ley N.° 26.683 (21 de junio del 2011), que derogó el art. 278 del CP, en apariencia el reformado art. 303, se limitaría a actualizar dicho monto a la suma de 300 000 pesos, tal como se expresa en el inc.1; sin embargo, en el inc. 4 dispuso que "si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de 6 meses a 3 años", por lo que con la reforma argentina del 2011 hay delito de lavado de activos por debajo y por encima de 300 000 pesos. Para más detalles, CÓRDOBA, Fernando, *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires: Hammurabi, 2015, pp. 37-41; D'ALBORA, Francisco, "La prevención y control del lavado de dinero", en BERTAZZA, Humberto y Francisco D'ALBORA (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2012, pp. 189-193.

27 ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, ob. cit., p. 195; PALMA HERRERA, Jose Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa, 2000, p. 349; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, ob. cit., p. 324; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "¿Puede el delito de defraudación tributaria

involucren montos patentemente insuficientes o de "cuantía irrelevante"[28] (para crear un riesgo desaprobado contra la libre y leal competencia[29]). Esta operación

constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?", en DEMETRIO CRESPO, Eduardo y Manuel MAROTO CALATAYUD, *Crisis financiera y derecho penal económico, Montevideo*: BDF, 2014, p. 619; GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., ob. cit., p. 75; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en CARO CORIA, Carlos (dir.), *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 204. Aun cuando la presente materia no nos permita ampliar argumentos, no puede comprenderse sino de modo restrictivo la posición de la Corte Suprema sobre la calificación que efectúa del agotamiento delictivo como "necesario" lavado de activos. Tal es así que en la Corte Suprema de Justicia, en su Acuerdo Plenario N.° 7-2011/CJ-116 del 06 de diciembre del 2011, desde una perspectiva onmicomprensiva —por tanto objetable— califica como lavado de activos a todo acto de agotamiento, señalando que "todo agotamiento del delito deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos" (f. j. n.° 14), por tanto —a juicio de la Corte Suprema— "el agotamiento, otrora impune y dependiente, se ha trocado hoy en un delito de lavado de activos punible y autónomo" (f. j. n.° 15). Pese a dicha argumentación judicial, sostenemos que no todo acto de agotamiento del delito fuente constituye inmediatamente un acto de lavado de activos. No puede descartarse que, al menos en las modalidades de "utilización" y "mantención en el poder" (previstas en el art. 2 del D. Leg. N.° 1106) existan algunos casos en que los bienes producidos por el delito fuente queden consumidos por este o constituyan agotamiento (copenado) del mismo. Al respecto, Véase DEL CARPIO DELGADO, Juana, "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dir.), *Revista General de Derecho Penal*, n.° 15, Madrid: Iustel, 2011, pp. 25 y 26.

28 De acuerdo con la restricción teleológica que permita la exclusión de cuantías manifiestamente irrelevantes o patentemente inidóneas para constituir objeto material del lavado, en virtud de los principios de proporcionalidad e insignificancia, véase GALLEGO SOLER, Ignacio, "Arts. 290-310 bis", en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y Santiago MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 665 y 666; ABEL SOUTO, Miguel, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, pp. 162 y 163. Sobre esta cuestión, también se ha sostenido que "el fenómeno del blanqueo debe limitarse a aquellos casos en los que la cuantía de los bienes envueltos en los procesos de reconversión es lo suficientemente importante como para que pueda ser considerado un capital", Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 68.

29 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, ob. cit., pp. 184 y 185; ARIAS HOLGUÍN, *Diana, Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, ob. cit., p. 312; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en CARO CORIA, Carlos (dir.), *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 204; ABEL SOUTO, Miguel, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), *IV*

interpretativa debe evidentemente efectuarse valorando el contexto de actuación, a fin de descartar que nos encontramos frente a actividades que constituyen un deliberado reparto de funciones dirigido a ensombrecer valores de menor cuantía[30], por ejemplo, a través de la modalidad del *smurfing*[31].

De acuerdo a lo previsto en nuestra actual legislación, los actos de lavado de activos recaen sobre dinero, bienes, efectos o ganancias (arts. 1 y 2) y títulos valores (art. 3). Esto es, se proyectan sobre objetos de contenido económico que, a su vez, constituyen elementos objetivos del tipo legal, siendo su determinación objeto de investigación y prueba. Sobre el valor de los montos involucrados —en todas estas expresiones del objeto material— se determinará su naturaleza de circunstancia atenuante o agravante, según corresponda.

1. Dinero

En nuestra legislación, el D. L. N.° 25428 (del 11 de abril de 1992) fue la primera norma que hizo expresa referencia al dinero como objeto sobre el cual pueden efectuarse los actos de lavado de activos, situación que no varió en la legislación posterior. Por "dinero" debe entenderse al efectivo, representado en moneda nacional o extranjera, cuya fungibilidad es la característica que permite más fácilmente el blanqueo de este que de otros bienes[32]. En esta noción puede

---

Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, ob. cit., p. 163; DURRIEU, Roberto, "Hacia un delito autónomo y pluriofensivo de lavado de dinero", en BERTAZZA, Humberto y Francisco D'ALBORA (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, t. I, Buenos Aires: La Ley, 2012, p. 169.

30 Al respecto, María del Carmen MOLINA resalta que la menor cuantía puede ser predispuesta por los involucrados, por lo cual el principio de insignificancia por sí solo no puede constituir un criterio restrictivo sin que se tomen en consideración, tal como estamos de acuerdo, cuestiones derivadas del contexto que permitan descartar que no nos encontramos frente a reparto de roles dirigido, precisamente, al lavado de activos de menor cuantía. Cfr. MOLINA MANSILLA, María, "El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código penal", en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.° 42, octubre, Madrid: La Ley, 2007, p. 63; ABEL SOUTO, Miguel, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), *IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ob. cit., pp. 162 y 163.

31 DURRIEU, Roberto, *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, ob. cit., p. 290.

32 ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código Penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, ob. cit., p. 185.

ubicarse la moneda digital o criptodivisa (cuyo mayor exponente es el *bitcoin*[33]). "El dinero, material o virtual, cumple las funciones de servir como medio de intercambio en la realización de transacciones, emplearse como patrón de pagos diferidos o depósitos de valor"[34].

Asimismo, en esta noción del objeto material prevista en los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106, puede ser incluido el denominado *dinero electrónico* que, de acuerdo a lo previsto en el art. 2 de la Ley N.° 29985 (la denominada Ley que Regula las Características Básicas del Dinero Electrónico como Instrumento de Inclusión Financiera, del 17 de enero 2013), constituye el "valor monetario representado por un crédito exigible a su emisor, el cual tiene las siguientes características: a) Es almacenado en un soporte electrónico. b) Es aceptado como medio de pago por entidades o personas distintas del emisor y tiene efecto cancelatorio. c) Es emitido por un valor igual a los fondos recibidos. d) Es convertible a dinero en efectivo según el valor monetario del que disponga el titular, al valor nominal. e) No constituye depósito y no genera intereses"[35].

En el mismo sentido, de acuerdo a lo previsto en el art. 1 del Reglamento de la Ley N.° 29985, aprobado por D. S. N.° 090-2013-EF (del 13 de mayo 2013), se considera dinero electrónico al "valor monetario almacenado en soportes electrónicos diseñados para atender usos generales y no aquellos para usos específicos, tales como tarjetas de compra, tarjetas de telefonía, tarjetas de socio, tarjetas de transporte público, vales de alimentación, vales de servicios y otros similares".

En suma, tanto la moneda digital o criptodivisa —el bitcoin— como el dinero electrónico, con sus características, pueden ser abarcadas por el concepto legal de "dinero" al que alude, como objeto material, el legislador en los tipos penales de lavado de activos.

---

33 BRITO, Jerry y Andrea CASTILLO, *Bitcoin: A primer for policymakers*, Arlington: George Mason University, 2013, p. 3. En un importante antecedente jurisprudencial procedente de los Estados Unidos (sentencia del 6 de agosto del 2013, emitida por el juez Amos Mazzant, del Distrito Oriental de Texas, en el asunto "Bitcoin Savings & Trust"), se sostuvo que "Bitcoin is a currency or form of money". Esto es, que este tipo de divisa virtual constituye una forma de dinero. Al respecto, véase BERENGUER PASCUAL, Sergio, *Criptodivisas y derecho penal. Reflexiones sobre un nuevo fenómeno económico*, Madrid: Díaz-Bastien & Truan, 2014, p. 2.

34 HINOSTROZA PARIACHI, César, *El delito de lavado de activos. Delito fuente*. Lima: Grijley, 2009, p. 113.

35 Con el objeto de cumplir con el principio de reserva de actividad, solo pueden emitir dinero electrónico aquellas empresas supervisadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (enumeradas en los arts. 16.a, y 17.6 de la ley sectorial (Ley N.° 26702).

2. Bienes

Mediante el concepto de bienes se establece la expresión más genérica de los activos susceptibles de constituir objeto de las conductas de lavado. Su extensión se desprende tanto de las normas con rango de ley (civil, comercial, mercantil, bancaria o financiera[36]) como de las derivadas de los convenios internacionales que aprobó nuestro Estado. Al respecto, en el art. 1, lit. q, de la Convención de Viena de 1988, se sostuvo que *"por 'bienes' se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos"*. Esta definición, con puntuales matices, fue seguida por las Convenciones de Palermo del 2000 y de Mérida del 2003. De acuerdo a esta noción se incluyen en el objeto material del lavado de activos, los bienes que objetivamente son susceptibles de valoración económica, esto es, idóneos para ser incorporados en el tráfico comercial[37].

En tal sentido, el concepto de bien debe abarcar con amplitud suficiente a todos los objetos (materiales o inmateriales) susceptibles de ser tanto valorados económicamente como incorporados en el tráfico económico[38]. Los presupuestos que configuran a un bien como objeto material dependen de: (i) que sea capaz de ser valorado económicamente[39]; (ii) que "pueda ser incorporado a un derecho transmisible, es decir, que pueda ser objeto de derecho"[40] y (iii) que sea susceptible y además, de tráfico mercantil de carácter lícito[41]. Consecuentemente, quedan excluidos los objetos que únicamente tengan valor afectivo, sentimental o que, sencillamente, carezcan de valor económico alguno, por tanto, que sean

36 Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., ob. cit., p. 83.

37 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 97.

38 De acuerdo con lo sostenido por Juana del Carpio, "la amplitud con la que se ha interpretado al término bienes tiene la ventaja de abarcar la punición de todas las conductas que recaigan sobre cualquier modalidad que puedan revestir los beneficios, ganancias o productos que tenga su origen en un delito previo", Cfr. Del Carpio Delgado, Juana, "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal", en Ferré Olivé, Juan Carlos (dir.), *Revista Penal*, n.° 28, julio, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 7; Caro Coria, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en Caro Coria, Carlos (dir.), *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 203.

39 Zanchetti, Mario, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, ob. cit., p. 397.

40 Palma Herrera, Jose Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 306.

41 Arias Holguín, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, ob. cit., p. 311.

inidóneos para ser incorporados en el tráfico económico por no tener valor de cambiario en el mercado[42].

La Corte Suprema, en el R.N. N.° 3474-2012-Lima[43] (del 22 de agosto del 2013, f. j. n.° IV. 7.° b), emitió un pronunciamiento relativo a la distinción de los bienes susceptibles de ser objeto material de este delito (con el cual se declaró la nulidad de un auto de sobreseimiento por lavado de activos procedentes de actos de corrupción). En la referida ejecutoria se sostuvo que: "En un plano operativo se pueden distinguir tres clases de bienes: los que son producto directo e inmediato de un delito precedente y que serán el objeto de acción en los delitos de conversión, a través de *actos de colocación*. Los que son bien transformados y que son aquellos resultantes de las *prácticas de intercalación*, los cuales serán objeto propio de delitos de transferencia. Finalmente, los bienes mezclados que son los que fusionaron bienes lícitos más bienes de fuente ilícita. Ellos se constituyen en el objeto de acción de los delitos de ocultamiento y tenencia mediante actos de integración". La distinción citada se basa en un enfoque operativo y criminalístico que vincula a los bienes con los actos secuenciales del proceso de lavado de activos[44].

3. Efectos

Los objetos o activos que son producidos directa e inmediatamente por la realización del delito son los denominados efectos[45]. La doctrina entiende por efectos a los objetos producidos mediante la acción delictiva (*producta sceleris*)[46], distinguiéndolos de las ganancias al ser estas las utilidades o valor económico[47]

42 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., pp. 94 y 95; Cálix Vallecillo, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales en el código penal español*, México: Ángel Editor, 2004, p. 138. En el mismo sentido, Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 2775*, 2.ª ed., ob. cit., p. 84; Hinostroza Pariachi, César, *El delito de lavado de activos. Delito fuente*, ob. cit., p. 114.

43 Ejecutoria Suprema recaída sobre en Sala Penal Transitoria (ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 3474-2012*, Lima: 12 de agosto del 2013.

44 Prado Saldarriaga, V. (2013), ob. cit., p. 239.

45 Aguado Correa, Teresa, *El comiso*, Madrid: Edersa, 2000, p. 43; Gracia Martín, Luis; Miguel Boldova Pasamar y Carmen Alastuey Dobón, *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2006, p. 565; Palma Herrera, Jose Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 311.

46 Cerezo Domínguez, Ana, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada: Comares, 2004, p. 41.

47 Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra: Aranzadi, 2011, p. 414.

que se obtienen mediata o indirectamente por el delito[48]. Al respecto, la modificada Ley de Pérdida de Dominio, D. Leg. N.° 1104, prevé (en el lit. b, de su Disposición Complementaria Final Duodécima) que los efectos del delito son los *"bienes muebles, inmuebles, semovientes y otros [...] directamente derivados de la acción delictiva"*.

4. Ganancias

Las ganancias son las ventajas patrimoniales o utilidades conseguidas a través del delito[49], cualesquiera que fueren las transformaciones que hubieren podido experimentar[50]. Como establece un sector doctrinal, corresponde diferenciar entre las ganancias que se pueden obtener al derivarse del delito, de aquellas otras que se obtienen "por el delito". Es decir, aquello que constituye precio o recompensa de carácter económico que una persona entrega a otra para que cometa una infracción delictiva. Este último concepto se encuentra, por tanto, integrado en la noción legal de ganancias[51]. Por tanto, ganancia es tanto el beneficio económico cuantificable que reporta o produce el delito —por ejemplo, el valor del dinero objeto de la sustracción, en el hurto— como el precio, la dádiva o promesa —como sucede en los delitos de cohecho— que obtiene quien lo ejecuta[52].

Conforme expresa la Ley de Pérdida de Dominio (en el lit. d, de la citada Disposición Complementaria Final), este concepto abarca *"los efectos mediatos o indirectos del delito. Es decir, los frutos o rentas de este"*.

48 Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003*, de 25 de noviembre, ob. cit., p. 169.

49 Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 42; Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 311.

50 Cerezo Domínguez, Ana, *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, ob. cit., p. 42.

51 De otra opinión es Manzanares Samaniego, quien considera que el precio del delito (comprendiéndolo como el monto dinerario u otra utilidad material que una persona entrega a otra para que esta lleve a cabo el acto delictivo ideado por aquella) no puede ser una ganancia, sino, a lo más, "un móvil" del delito. Al respecto, véase Manzanares Samaniego, José Luis, *Las penas patrimoniales en el Código penal español tras la Ley Orgánica 8/1983*, Barcelona: Bosch, 1983, p. 262.

52 Mapelli Caffarena, Borja, *Las consecuencias jurídicas del delito*, ob. cit., p. 416.

5. Títulos valores

Con la emisión del D. Leg. N.° 1106, por vez primera en nuestra legislación, se hizo referencia a los "títulos valores" como objeto material de los ulteriores actos de lavado, sin tener en cuenta que esta noción es aglutinada por el concepto de "bienes". Los títulos valores son documentos mercantiles que materializan valores cuyas características más resaltantes son tanto la representación —en su contenido— de derechos patrimoniales, como su aptitud para ser objeto de circulación en el tráfico económico. Los títulos valores más comúnmente empleados son, entre otros, el pagaré, la letra de cambio, la factura negociable. De acuerdo a lo previsto en el art. 1.1, de la Ley N.° 27287, Ley de Títulos Valores: *"los valores materializados que representen o incorporen derechos patrimoniales, tendrán la calidad y los efectos de Título Valor, cuando estén destinados a la circulación, siempre que reúnan los requisitos formales esenciales que, por imperio de la ley, les corresponda según su naturaleza"*.

IV. EL DELITO FUENTE

El lavado de activos en tanto delito de conexión[53] exige para su configuración la previa realización de una actividad criminal idónea para producir el objeto material (dinero, bienes, efectos o ganancias). En la legislación derogada (Ley N.° 27765, art. 6, segundo párrafo) se formuló una referencia al delito fuente mediante un catálogo abierto y una cláusula general por la cual se incluía en dicho concepto a *"conductas punibles en la legislación penal como [...] u otros similares que generen ganancias ilegales"*[54]. *En esta se excluyó no solo a la receptación como posible delito fuente, sino además —como admite una interpretación de dicho precepto— a los delitos 'no similares' (al catálogo ejemplificado en dicha norma), aquellos que carecen de 'aptitud' para generar ganancias ilícitas e, inclusive, a las faltas.*

Por su parte, en el texto vigente (D. Leg. N.° 1106, art. 10, segundo párrafo) se hace similar referencia, aludiendo a 'actividades criminales' como los delitos [...] o cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales". Correspon-

53 Tiedemann, Klaus, *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, ob. cit., p. 344; Vogel, Joachim, "Estado y tendencias de la armonización del derecho penal en materia de la Unión Europea", en *Revista Penal*, art. cit., p. 121; Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre*, ob. cit., p. 213.

54 Sobre el referido art. 6 de la Ley N.° 27765, Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., ob. cit., p. 90; Hinostroza Pariachi, César, *El delito de lavado de activos. Delito fuente*, ob. cit., p. 118.

de, por tanto, el examen de la naturaleza jurídica del delito fuente, su relación con la autonomía del lavado de activos y su correspondiente probanza. Así también, se realizará el análisis de algunas cuestiones sustantivas relativas a la determinación legal del delito fuente, su grado de realización, sus problemas de aplicación temporal-espacial y algunos supuestos particularmente problemáticos de delitos fuente.

1. Naturaleza jurídica

1.1. Rechazo a su condición de elemento objetivo del tipo

En los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106 (al igual que en las disposiciones correspondientes de la Ley N.° 27765) se hace mención al *"origen ilícito"* del dinero, bienes, efectos o ganancias, objetos de los ulteriores actos de lavado. Al respecto, PÁUCAR CHAPPA, basándose en la interpretación literal de dichos preceptos[55], sostiene que *"el delito precedente no forma parte del delito de lavado de activos"*[56] al centrarse *"el núcleo de la procedencia del dinero en un 'origen ilícito' y no en un 'delito específico'"*[57]. Y que, por el contrario, el delito fuente *"solo alcanza relevancia penal cuando es requerido para la circunstancia agravante del segundo párrafo del art. 4"*[58]. Sobre la referida agravante, en el mismo sentido, sostiene PRADO SALDARRIAGA que *"este es el único caso en la legislación penal peruana contra el lavado de activos, donde el delito fuente o precedente adquiere relevancia normativa y probatoria"*[59]. De modo compatible con dicho planteamiento, el Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN de la Secretaría General de la Fiscalía de la Nación, señala "conforme a lo establecido en el art. 10 del D. Leg. N.° 1106 [...], el lavado de activos es un delito autónomo y no tiene delito fuente"[60].

---

55 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, "El delito precedente en el lavado de activos. Comentarios a la luz del Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFIN", en *Gaceta penal y procesal penal*, t. 49, julio , Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 177.

56 *Ibid.*, p. 175.

57 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, *La investigación del delito de lavado de activos. Tipología y jurisprudencia*, Lima: Ara Editores, 2013, p. 62.

58 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, *La investigación del delito de lavado de activos. Tipología y jurisprudencia*, ob. cit., p. 64.

59 PRADO SALDARRIAGA, V., ob. cit., p. 263.

60 El secretario general de la Fiscalía de la Nación, en el Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN (15 de mayo del 2013), dirigiéndose a los presidentes de las Juntas de Fiscales Superiores de los Distritos Fiscales, sostuvo: "Tengo el agrado de dirigirme a ustedes, por especial encargo del señor Fiscal de la Nación, a fin de indicarles que, conforme al establecido en el artículo 10.° del Decreto Legislativo N.° 1106 —Decreto Legislativo de Lucha contra el Lavado de Activos y Otros Delitos Relacionados a la

Finalmente, refiere GÁLVEZ VILLEGAS, que "no se requiere de la acreditación de un delito previo, puesto que este no es un elemento del tipo penal de lavado"[61].

Por su parte, con el objeto de fundamentar la renuncia al delito fuente como elemento típico, ROSAS CASTAÑEDA considera que el "conocimiento del origen ilícito" constituye elemento del tipo objetivo del lavado de activos. El legislador, no obstante, incorporó el elemento de "conocimiento" en los preceptos legales para hacer referencia al aspecto cognitivo del dolo, esto es, aludir a la tipicidad subjetiva. Cuando ROSAS CASTAÑEDA sostiene que "el conocimiento del origen ilícito de los activos, y no el delito fuente, es un elemento normativo del tipo objetivo [...] la exigencia del tipo penal, del elemento normativo del tipo objetivo se agota en el conocimiento del origen ilícito"[62]. En rigor lo que propone es una subjetivación extrema de los elementos objetivos del tipo. Más allá de esta respetable postura, el "origen ilícito" de contenido delictivo [o delito fuente] es el que constituye elemento normativo del tipo objetivo (tal como se desprende de los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106) y, como tal, es objeto sobre el cual se proyecta el dolo (conformado fundamentalmente por el conocimiento). El "conocimiento del origen ilícito" —que tiene o que debía presumir el agente—, elemento incorporado en el art. 10, párrafo 2, del D. Leg. N.° 1106 constituye la expresión acabada del tipo subjetivo proyectado sobre uno de los elementos objetivos —precisamente, el origen de los activos—. A pesar que el autor de sitúa en el planteamiento que niega la naturaleza jurídica del delito fuente como parte del tipo objetivo, sin embargo, de su postura se desprenden consideraciones fundamentales para quienes concebimos lo contrario. Esto es, que desde nuestra perspectiva, el art. 10 contiene elementos de tipicidad que complementan los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106, concretamente, el delito fuente (párrafo 2, las "actividades criminales") y uno de los posibles sujetos activos (párrafo 3, el

---

Minería Ilegal y Crimen Organizado—, el 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. En tal sentido, solicito a ustedes, se sirvan instruir a los señores Fiscales a cargo de las investigaciones sobre lavado de activos de cada uno de sus Distritos Fiscales, con la finalidad que se dé estricto cumplimiento a lo dispuesto por dicha norma, bajo responsabilidad de comunicar a las Fiscalías Desconcentradas de Control Interno la no observancia de la misma".

61 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, Lima: Instituto Pacífico, 2014, p. 90.

62 ROSAS CASTAÑEDA, Juan, *La prueba en el delito de lavado de activos*, Lima: Gaceta Jurídica, 2015, pp. 283 y 284.

autolavado "quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del bien"), cuestión que será posteriormente desarrollada.

El "conocimiento" de los elementos objetivos del tipo, aun cuando sea expresado en el precepto legal, no forma parte integrante de los elementos normativos del tipo objetivo —contrario a lo sostenido por este autor—, sino, más bien, constituye elemento estructural del dolo típico. En suma, a nuestro parecer, el esfuerzo de postular que la naturaleza jurídica del "conocimiento del origen ilícito" tendría por fundamento concebirlo como "elemento normativo del tipo objetivo"[63], no supone una base atendible para descartar al delito fuente como elemento típico. Según desarrollaremos, es el "origen ilícito" de contenido delictivo (tal como se desprende del art. 10 del D. Leg. N.° 1106, o categoría del delito fuente) y no su "conocimiento", el que constituye el elemento objetivo del tipo penal de lavado y, como tal, uno de los elementos que deben ser incorporados en los hechos que constituyen el objeto de imputación y de prueba en los procesos por delito de lavado de activos.

Los argumentos postulados por quienes niegan al delito fuente su carácter de elemento típico, no podemos compartirlos. Entre otros aspectos, porque dicho planteamiento realiza una interpretación formal y asistemática de los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106, sin ninguna vinculación con el art. 10 (segundo párrafo de dicha norma) ni tampoco con las Convenciones Internacionales que constituyen derecho interno del mismo rango legal que dicho D. Leg. La interpretación literal de los arts. 1 al 3 traería como necesaria consecuencia que mediante la incriminación del lavado de activos se habría de reprimir actos de legitimación efectuados sobre cualquier "origen ilícito". Lo cual es inaceptable. Por ello, esta modalidad de interpretación meramente literal de dicho articulado debe asumir que los bienes susceptibles de ser objeto material podrían incluso ser producidos por cualquier ilícito general[64] (civil, administrativo, societario u

63 ORÉ SOSA, Eduardo, "El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 46, abril, Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 176.

64 Sobre esta cuestión, en la doctrina se ha sostenido que "admitir la penalización del blanqueo de fondos procedentes de otras ilicitudes distintas de la criminal, sería tanto como convertir ese delito en una norma penal en blanco, en la que la contrariedad al derecho —exigida como elemento del tipo— podría venir fijada por otras ramas del ordenamiento ahítas de normas de carácter reglamentario, sino de meros actos administrativos concretos [...]. Como es obvio ello derivaría en un inaceptable grado de inseguridad jurídica que, si bien debe siempre rechazarse, resulta todavía más repudiable en el ámbito penal. Por consiguiente, incluso concibiendo al blanqueo como un delito dotado de sustantividad propia, existen buenas razones para descartar la penalización de aquellos casos en los que los fondos ilícitos comprometidos no procedan de activi-

otro que genere ganancias ilegales), o meras situaciones no justificadas de incremento patrimonial, con la única exigencia que dichas ilicitudes tengan aptitud para producir bienes, dinero, efectos o ganancias.

Sin embargo, consideraciones irrenunciables derivadas del carácter fragmentario del derecho penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico[65] y el principio de legalidad, obligan a interpretar sistemáticamente[66] las aludidas disposiciones con el art. 10, segundo párrafo, del D. Leg. N.° 1106 (que hace referencia a "las actividades criminales"), efectuando un control de convencionalidad del derecho interno procedente de las convenciones sobre la materia. Es pues indispensable efectuar una interpretación global de las normas del mismo rango legal que permiten identificar al delito fuente como elemento del tipo objetivo del lavado, tanto a nivel del propio D. Leg. N.° 1106 (art. 10, segundo párrafo), como por la inexorable aplicabilidad —por constituir derecho nacional, atribuido por la Constitución (art. 55)[67]— de las Convenciones de Viena de 1988, de Palermo del 2000 y la de Mérida del 2005. De esta forma se podrá abarcar el sentido o finalidad de la represión del lavado de activos, de modo congruente con las Convenciones internacionales debidamente ratificadas por el Perú[68], con respecto a la determinación del delito previo.

---

dades tipificadas como delito. Solo queda esperar que el legislador construya un cuadro jurídico-penal que responda con eficacia a las necesidades sociales [...] que criminalice el lavado de capitales procedente de aquellas conductas que, en realidad, deban ser delitos", al respecto, véase FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 290 y 291.

65 BOBBIO, Norberto, *Teoría general del derecho*, 2.ª reimpr., 2.ª ed., trad. Jorge GUERRERO, Bogotá: Temis, 1997, p. 153 y ss.

66 Al respecto, JESCHECK y WEIGEND precisan que "el método gramatical encuentra su complemento con el sistemático. Mediante el método sistemático, el sentido de la Ley es deducido de la posición en la que se sitúa la norma a interpretar en relación con el conjunto del sistema". Cfr. JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND, *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. Miguel OLMEDO CARDENETE, 5.ª ed., Granada: Comares, 2002, p. 166. Sobre el empleo de la interpretación sistemática en materia de blanqueo de capitales, como criterio para definir los contornos de la "actividad delictiva" previa —terminología empleada por el legislador español de la reforma del 2010 que concretó la modificación del Código Penal de 1995, mediante la Ley Orgánica 5/2010—. Cfr. REBOLLO VARGAS, Rafael, "Limitaciones del derecho penal en la prevención del blanqueo de capitales", en GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, ob. cit., p. 150.

67 PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 047-2004-AI/TC*, Lima: 24 de abril del 2006, f. j. n.° 21.

68 Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, adoptada en Austria el 19 de diciembre de 1988. Aprobada mediante R. Leg. N.° 25352 (publicada el 26 de noviembre de 1991); Convención de

Es conveniente no perder de vista las fuentes internacionales que promovieron la incriminación y prevención del lavado de activos y su ulterior proceso de reforma. Se ha puesto *supra* de relieve (sección II.A) que las Convenciones de las Naciones Unidas, la actualización de las Cuarenta Recomendaciones del GAFI (a febrero del 2012), al igual que los instrumentos regionales, incorporaron en sus textos preceptos relativos al delito fuente. En estos documentos intergubernamentales se enfatiza la necesidad de que se incluya —en las tipificaciones de los Estados— la "más amplia gama" posible de delitos fuente.

Por ello, desde el *soft law* el GAFI, en tanto institución internacional más importante en la materia, ha enfatizado el valor y no renuncia al delito fuente como elemento constitutivo del lavado de activos. En la última versión de sus Cuarenta Recomendaciones, dispuso que: "(2) [...] Los delitos determinantes se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques. (3) Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, los delitos determinantes deben, como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, o deben incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de 1 año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, los delitos determinantes deben comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de 6 meses de privación de libertad. (4) Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, incluir una gama de delitos dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos [...]. (5) Los delitos predicados para el lavado de activos deben extenderse a la conducta que ocurrió en otro país, que constituye un delito en ese país y que hubiera constituido un delito determinante de haber tenido lugar internamente. Los países pueden disponer que el único prerrequisito sea que la conducta hubiera constituido un delito determinante, de haber tenido lugar internamente"[69].

---

las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, adoptada en la Asamblea General de la ONU del 15 de noviembre del 2000, aprobada por R. Leg. N.° 27527 (publicada el 8 de octubre del 2001); Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Mérida el 9 de diciembre del 2003, aprobada por R. Leg. N.º 28357 (publicada el 6 de octubre del 2004).

69 Nota interpretativa de la 3.ª Recomendación, en GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL, *Las recomendaciones del GAFI estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación*, GAFI/

Nuestra constatación no tiene en lo absoluto sustento en una lógica de dependencia jurídica que, más bien, —junto a DÍEZ RIPOLLÉS[70]— rechazamos. Tampoco nuestro planteamiento supone la "incorporación de doctrina extranjera que comenta una legislación diferente a la nuestra"[71], según alude ROSAS CASTAÑEDA en su cuestionamiento a quienes consideramos que el delito fuente constituye un elemento típico. Por el contrario, nos basamos en un fundamento legal vigente y en criterios de racionalidad que deben dirigir la intervención punitiva, imprescindible para concebir un derecho penal con un mínimo estándar de garantías[72]. Los instrumentos internacionales ponen énfasis en el "origen delictivo" del objeto material del lavado, por lo que —de ser el caso que devenga en derecho positivo— de acuerdo al art. III del Título Preliminar del Proyecto de Ley de Nuevo Código Penal, "la ley penal se interpreta de conformidad con la Constitución Política y con las normas y principios sobre [...] prevención del delito reconocidos en los tratados de los cuales el Perú es parte [...]".

1.2. El delito fuente como elemento típico

La determinación del tipo de ilicitud del elemento objetivo del tipo, previsto expresamente como "origen ilícito" (en los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106) debe ser identificada a partir del análisis sistemático tanto de su art. 10, segundo párrafo, como del derecho interno de procedencia convencional —que tiene rango y fuerza de ley, atribuida por el art. 400.4, de la Constitución[73]—. En este último caso, además de la Convención de Viena de 1988, la Convención de Palermo del 2000 (arts. 2, lit. h, y 6.2, lit. a) y la Convención de Mérida del 2003 (los arts. 2, lit. h y 23.2, lit. a), permiten concretar los límites interpretativos del "origen" de los activos, objetos de los ulteriores actos de lavado.

Según dispone el referido art. 10, segundo párrafo, "el conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que con-

---

OCDE, 2012, p. 35.

70 DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria. Cuadernos de Derecho Judicial*, n.° I, Madrid: CGPJ, 1994, p. 172.

71 ROSAS CASTAÑEDA, Juan, *La prueba en el delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 256; PRADO SALDARRIAGA, V., ob. cit., p. 343.

72 HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA, *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 4.ª ed., Lima: Idemsa, 2011, p. 40.

73 PLENO JURISDICCIONAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 047-2004-AI/TC*, Lima: 24 de abril del 2006.

templa el presente D. Leg., corresponde a *actividades criminales* como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales". No tendría ningún sentido legal, ni siquiera para operar como marco de referencia, que el conocimiento (objeto de imputación) del agente recaiga sobre activos de un origen ilícito genérico. Por el contrario, es ineludible que, por la propia configuración estructural de los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106, el origen ilícito deba tener carácter delictivo[74].

La técnica legislativa empleada en los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106, que hace referencia al "origen ilícito" de los bienes (dinero, efectos, ganancias o títulos valores), tiene por objeto evitar el casuismo excesivo[75] que supone incorporar, en cada uno de los referidos dispositivos legales, la referencia expresa de los posibles delitos fuente. Por lo que se ha precisado su contenido en la cláusula general prevista en el segundo párrafo del art. 10.

Entre los planteamientos que rechazan la naturaleza del delito fuente como elemento objetivo del tipo, se alude un presunto respeto al principio de legalidad (por la cual el delito fuente no sería elemento constitutivo de los arts. 1 al 3, al describirse en estos un mero "origen ilícito"). A nuestro juicio, este argumento se sustenta en un análisis asistemático de los referidos preceptos y, más bien, vulnera dicho principio. El principio de legalidad no solo no es contradicho mediante el análisis sistemático y teleológico de la ley de represión del lavado de activos, sino que la puesta en práctica de este método de interpretación es indispensable para viabilizar el desarrollo continuador del derecho[76] sobre esta materia. De este modo puede atribuirse un sentido coherente a los enunciados jurídicos previstos en dicha norma represora (arts. 1 al 3 y 10 del D. Leg. N.° 1106), concordante con el derecho

74 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Eduardo Fabián Caparrós, "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales en el Derecho penal español", en Martínez Buján Pérez, Carlos; Francisco Muñoz Conde y José Manuel Lorenzo Salgado (dirs.), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 130. En el mismo sentido, Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., pp. 87 y 88.

75 Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español. Parte general I. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos, 1994, p. 178.

76 Baldó Lavilla, Francisco, "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en Silva Sánchez, Jesús María (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch, 1997, p. 364; Palazzo, Fausto, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova: CEDAM, 1979, pp. 68-69.

positivo de naturaleza convencional. No puede perderse de vista que el proceso de interpretación, al entrañar la asignación de sentido a los preceptos penales, "no debe pretenderse alcanzar de la mano de puras consideraciones gramaticales"[77]. El "origen delictivo" (en cuanto tal, "ilícito") de los bienes producidos por un delito fuente que serán objeto del ulterior lavado, constituye elemento objetivo del tipo legal. No por consideraciones derivadas de determinada posición doctrinal, sino por imperio del derecho positivo[78].

No se trata aquí de afirmar que los arts. 1 al 3 constituyen tipos penales en blanco[79], pues no lo son. La interpretación sistemática y *secundum legem* (no *contra legem*) de dichos preceptos no los harán inoperantes. Un sector de la doctrina nacional ha sostenido que si el delito previo se incorporase a la estructura típica "simplemente el tipo penal de lavado resultaría inaplicable, como sucede en nuestro medio"[80]. Así también, que "un sector de la doctrina y la jurisprudencia nacional han exigido una vinculación directa entre los actos de lavado de activos y el delito precedente, constituyéndose en una suerte de 'prueba diabólica', que ha hecho en la práctica inviable la aplicación de este delito, lo que se refleja en las escasas sentencias condenatorias por lavado de activos a nivel nacional"[81].

77 Silva Sánchez, Jesús María, "Sobre la 'interpretación' teleológica en derecho penal", en Díaz y García-Conlledo, Miguel y Juan Antonio García Amado (eds.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, pp. 368 y 369. Al respecto, la jurisprudencia española, en Tribunal Supremo (ponente: Enrique Bacigalupo Zapater), Madrid: 25 de mayo de 1995 sostuvo: "no puede dejarse de subrayar que el método teleológico —propugnado por todos los grandes juristas de este siglo— no apareja seguridad jurídica alguna, o por lo menos, no más que el método gramatical que propugna el fiscal. Más aún, cuando en la ciencia jurídica se admite que el lenguaje en el que se expresan las normas legales es por esencia ambiguo, no cabe duda alguna de que un método puramente gramatical, como el que propone el Ministerio Fiscal, no puede conducir sino a soluciones ambiguas, en verdad, difícilmente compatibles con la idea de seguridad jurídica". Recogiendo el extracto jurisprudencia precitado, Confrontese Echano Basaldua, Juan, *Derecho penal. Parte general. Materiales didácticos*, 3.ª ed., Bilbao: Universidad de Deusto, 1997, p. 119.

78 Blanco Cordero, Isidoro, "Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos", en Blanco Cordero, Isidoro; Eduardo Fabián Caparrós; Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú*, 3.ª ed., OEA-CICAD-BID, Washington, 2014, p. 122.

79 Prado Saldarriaga, V., ob. cit., p. 243.

80 Gálvez Villegas, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 83.

81 Rosas Castañeda, Juan, *La prueba en el delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 256.

Esto es, se trataría de consecuencias político criminalmente indeseables generadas por "la infértil búsqueda del delito precedente"[82].

Sin embargo, la ausencia de un mayor número de sentencias condenatorias por lavado de activos en nuestro sistema judicial, no puede serle adjudicado al carácter de elemento típico que nuestra legislación atribuye al delito fuente. Tal es así que sistemas judiciales como el de España, cuya estructura típica contiene indubitablemente al delito previo en el art. 301, incs. 1[83] y 2[84] de su CP, tienen una considerable producción jurisprudencial condenatoria[85]. Esto ha sido reconocido por el propio GAFI —en el último Informe de Evaluación Mutua (realizado en diciembre del 2014)— al concluir, bajo información judicial, que "España tiene resultados muy satisfactorios en la obtención de condenas"[86].

Por tanto, la ausencia de un mayor número de sentencias condenatorias en nuestro sistema judicial no debiera ser explicado en la exigencia del delito fuente como elemento típico (casos como el de España demuestran una importante pro-

82 Páucar Chappa, Marcial, *La investigación del delito de lavado de activos. Tipología y jurisprudencia*, ob. cit., p. 64.

83 Artículo 301, núm. 1: "El que adquiera, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que estos *tienen su origen en una actividad delictiva*, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado [...]. La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes *tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372* de este Código [...]. También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes *tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX* o en alguno de los *delitos del Capítulo I del Título XVI*".

84 Artículo 301, núm. 2: "Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que *proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior* o de un acto de participación en ellos" [...].

85 Para un estudio reciente sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo español vinculado a la reforma del delito de blanqueo de capitales (dispuesta por la Ley Orgánica 5-2010, del 22 de junio del 2010), que incluso abarcó la modificación del "delito fuente" (o "actividad criminal", según la nueva normativa penal española), revísese el trabajo de Abel Souto, Miguel, "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", art. cit., pp. 142-149.

86 Grupo de Acción Financiera Internacional, *Medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo-España. Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua* (diciembre 2014), GAFI/OECD, 2014, p. 61.

ducción condenatoria[87], a pesar de que en su estructura delictiva el delito previo es claramente identificable), sino que, más bien, son atribuibles a vulnerabilidades estructurales y carencias logísticas de innegable arraigo en nuestro sistema fiscal-judicial (debilidades identificadas en el "Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo"[88], aprobado por D.S. N.° 057-2011-PCM, del 1 de julio del 2011).

87 Valorando la copiosa producción condenatoria, emitida incluso en sede casacional del Tribunal Supremo español, Javier Zaragoza, señala: "Una muy consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS. de 7-12-96, 23-5-97, 15-4-98, 28-12-99, 10-1-00, 31-3-00, 28-7-01, 18-9-01, 29-9-01, 14-4-03, 29-11-03, 19-12-03, 25-2-04, 9-10-04, 2-12-04, 19-1-05, 1-3-05, 14-4-05, 29-6-05 y 14-9-05, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009 y 22-5-2009, 16-12-2010, 10-3-2011, 21-3-2011, 29-11-2011 y 26-6-2012 entre otras) —de entre más de un centenar largo de resoluciones dictadas hasta la fecha por el órgano jurisdiccional casacional con un porcentaje de confirmación de condenas próximo al 90 %— ha consagrado la construcción del tipo penal del blanqueo de capitales sobre tres pilares [...]". Cfr. ZARAGOZA AGUADO, Javier, "La nueva regulación del decomiso de bienes en el Código Penal y en el derecho comparado", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú*, 3.ª ed., OEA-CICAD-BID, Washington, 2014, p. 399.

88 SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES, *Plan Nacional de Lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo*, Lima, 2011, pp. 25-26. La SBS señala lo siguiente: "En tal sentido, se identificaron las siguientes vulnerabilidades:

- La duración excesiva de las investigaciones preliminares de delitos de LA [lavado de activos], ocasionada en parte por la demora de ciertas instituciones públicas y del sector privado en dar respuesta a requerimientos de información de la Fiscalía.
- La escasa coordinación efectiva entre el Ministerio Publico y la PNP.
- La demora en la puesta en marcha de la Dirección de LA de la PNP.
- La falta de peritos y expertos con habilidades especiales en apoyo a las investigaciones de LA. El Derecho comparado recomienda que las instituciones técnicas de la administración provean peritos forenses del cuerpo de funcionarios expertos a su servicio.
- Los plazos demasiado acotados para concluir investigaciones preliminares bajo el modelo acusatorio del NCPP, los cuales resultan insuficientes para completar la investigación preliminar en casos complejos.
- La demora excesiva de ciertas autoridades extranjeras en la colaboración requerida por el Ministerio Público en el marco de investigaciones por LA.
- La escasez de recursos, la sobrecarga de trabajo y la falta de capacitación específica a nivel judicial, unido a la necesidad de potenciar el frente judicial.
- La falta de mecanismos para la adecuada administración y disposición de bienes incautados y decomisados y la inaplicabilidad de la D. Leg. N.° 992 y sus modificatorias que regula el Proceso de Pérdida de Dominio".

Ni la interpretación teleológica-sistemática de la ley, ni la meramente formal harán que el tipo penal de lavado de activos resulte menos aplicable. Por ello, la técnica legislativa empleada por nuestro legislador, aún con sus defectos, debe ser compatibilizada con objetivos de lucha política criminal contra la delincuencia organizada y común, afianzados dentro de límites constitucionales, ajenos a métodos de persecución que podrían devenir en arbitrarios. Dado que la formación del objeto procesal por parte del Ministerio Público se efectúa de modo gradual (hasta su perfeccionamiento[89] definitivo en la acusación), la imputación de hechos constitutivos de presunto lavado impone un nivel básico de intimación al investigado sobre la hipótesis del origen delictivo de los bienes. Esto es, que se le permita la posibilidad razonable de ejercer defensa o contradicción contra la hipótesis incriminatoria.

La singular complejidad del lavado de activos o su carácter no convencional no pueden restringir desproporcionalmente derechos fundamentales operantes incluso durante la etapa de investigación (menos aún, en la etapa intermedia o durante el juicio oral). No afirmamos aquí que, en la etapa referida, el delito fuente deba encontrarse estricta y exactamente delimitado, con precisión absoluta de las circunstancias de su comisión, de sus intervinientes o su puntual calificación jurídica, sino que por razones derivadas del derecho positivo (penal y convencional) el *origen ilícito de carácter delictivo* (la categoría típica denominada "delito fuente") constituye elemento típico del lavado, con sus ulteriores consecuencias.

Por tanto, ¿cuáles son las actividades que expresan al elemento objetivo "origen ilícito" de los bienes (contenido en los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106)? Tal como ha sido expuesto, según el art. 10, primer párrafo, son las *"'actividades criminales' como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, los delitos contra la administración pública, el secuestro, el proxenetismo, la trata de personas, el tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, los delitos tributarios, la extorsión, el robo, los delitos aduaneros o cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales, con excepción de los actos contemplados en el art. 194 CP"*. Esto es, el origen es ilícito porque procede de un delito fuente. Y, como será *infra* desarrollado, la ilicitud del origen de los activos será tal no porque sea producto de cualquier infracción al ordenamiento capaz de generar rendimientos económicos —como sucede con determinados injustos civiles, societarios u administrativos—, sino porque cuando el legislador emplea la terminología "origen ilícito" (en los citados arts. 1 al 3) lo hace para aludir al carácter anti-

89 Se trata de la "delimitación progresiva del posible objeto procesal", al que alude Corte Suprema de Justicia, *Acuerdo Plenario N.° 2-2012/CJ-116*, Lima: 26 de marzo del 2012, f. j. n.° 7.

jurídico del hecho delictivo[90]. Siendo este —el injusto penal precedente— el que dote de "ilicitud" al origen de los bienes. Los bienes objeto del lavado son de "origen ilícito" (como contempla nuestra legislación) porque proceden de la "actividad criminal" (o delictiva) antijurídica.

Nuestro planteamiento es compatible con la interpretación sistemática y teleológica del art. 1 al 3, que concuerda con el segundo párrafo del citado art. 10, por lo que debe ser en el mismo procesamiento del lavado de activos en el que se acredite o pruebe el elemento típico "origen ilícito" de procedencia delictiva (la categoría del delito fuente)[91], en caso este no haya sido declarado probado por sentencia previa —que declare al hecho precedente como típico y antijurídico—. Lo cual no se desprende de alguna propuesta doctrinal que interprete legislación extranjera, que constituye uno de los objetos de cuestionamiento más discutibles dirigidos por el sector que postula la no consideración del delito fuente como elemento típico del lavado de activos, sino del análisis global de nuestro derecho positivo.

El referido art. 10, primer párrafo, luego de señalar que el lavado de activos es un delito autónomo, no señala en lo absoluto que su tipicidad está completa prescindiendo del delito fuente. Al igual que en el caso del "autolavado de activos" —actualmente previsto de modo expreso en nuestra legislación—, el denominado "sujeto activo" es un indiscutible elemento objetivo del tipo penal.

---

90 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, ob. cit., p. 199.

91 BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2015, p. 428; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 200; CARO CORIA, Carlos, "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en AMBOS, Kai; Dino Carlos CARO CORIA y Ezequiel MALARINO, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 176; GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., ob. cit., p. 123; CALLEGARI, André, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 232. En desacuerdo está GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás (2013), ob. cit., p. 91, quien señala que "[...] para determinar esta vinculación, 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". Su planteamiento, sin embargo, no es incompatible con el argumento de diferentes sectores de la doctrina o de las disposiciones de *soft law* (particularmente, la nota interpretativa de la Recomendación N.° 3, párrafo 4, del GAFI), a partir de los cuales sostenemos que "la propia existencia de la actividad criminal" —que alude este autor— no puede sino basarse en prueba suficiente. En tal sentido, el origen delictivo de los bienes debe ser acreditado más allá de toda duda razonable, al menos mediante prueba indiciaria, en el mismo proceso por lavado de activos. Al respecto, DURRIEU, Roberto, "La prueba del delito de lavado de dinero", en ALTERINI, Jorge (dir.), *La Ley*, año LXXVII, Buenos Aires, 3 de diciembre del 2013, pp. 2 y 3.

Sin embargo, el hecho que los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106, no contengan al autolavador como elemento "expreso" de dichos tipos legales, no dificulta en lo absoluto su consideración de elemento objetivo del tipo base del lavado (aquel es uno de los posibles "sujetos activos"), al igual que sucede con el elemento "actividades criminales" (o delito fuente).

Ello es así porque ambos componentes del tipo base del lavado de activos se desprenden del art. 10 del D. Leg. N.° 1106, en sus párrafos primero y segundo (el delito fuente) y tercero (*"También podrá ser considerado autor del delito [...], quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias"*), complementando los citados arts. 1 al 3. El planteamiento que postula la interpretación aislada de los citados arts. 1 al 3 —con la supuesta imposibilidad que la tipicidad de dichos preceptos pueda verse complementada por el art. 10—, tendría que asumir con coherencia la imposibilidad de que el "autolavador" sea considerado como "sujeto activo" del tipo base del lavado de activos. Lo cual constituye además de un despropósito político criminal, una patente violación del principio de legalidad.

En tal sentido, la interpretación aislada de los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106, efectuada para negar el carácter de elemento típico del delito fuente en el lavado de activos, respecto al art. 10, conduciría a desconocer que en este último precepto se incorporan elementos de tipicidad que complementan los citados arts. 1 al 3, en lo relativo tanto al delito fuente como al sujeto activo (autolavador). Cuando el legislador incorporó en el párrafo tercero del citado art. 10 la referencia al autolavado (*"También podrá ser considerado autor del delito [...], quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero [...]"*), dejó fuera de toda duda la existencia en dicha norma (art. 10) de ciertos elementos de tipicidad que deben complementar al tipo base (arts. 1 al 3). De igual modo que el sujeto activo "autolavador" constituye elemento objetivo del tipo base, lo mismo se presenta respecto al delito fuente (las "actividades criminales"), a pesar que ambos elementos se encuentren expresamente recogidos en el art. 10.

Finalmente, con relación al Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN —más allá de su discutible carácter vinculante[92] y dudosa compatibilidad con el

92 Al respecto, entre los partidarios de la renuncia al delito fuente como elemento del tipo, Tomás Gálvez ha sostenido que "en todos los casos de lavados de activos debemos determinar una vinculación de los activos materia de lavado con alguna de las actividades criminales previas". Por ello, respecto al Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN, este autor señala que "obviamente un oficio de estas características no tiene efecto vinculante alguno y, por ello mismo, este no fundamenta un criterio válido sobre el tema de discusión". Cfr. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 88

principio de defensa de la legalidad como límite constitucional al que se sujetan los actos de investigación del Ministerio Público[93]— en dicho instrumento, al igual que los planteamientos sustentados sobre sí, se confunde dos nociones diferentes aunque complementarias: la autonomía sustantiva y la procesal del delito de lavado de activos.

2. Autonomía del lavado de activos

La Ley Penal contra el Lavado de Activos (Ley N.° 27765) incorporó, por vez primera en nuestra legislación, disposiciones dirigidas a la investigación y juzgamiento autónomo de este delito de manera independiente a la investigación, procesamiento o condena del delito fuente. De manera tal que se descartó toda referencia —indebida, por cierto— de alguna posible prejudicialidad de este último (delito fuente) sobre el primero (delito de lavado de activos). Mediante la Ley N.° 27765 se hizo referencia expresa a la "autonomía procesal" que rige la investigación o juzgamiento del lavado de activos. Según previó su art. 6, tercer párrafo, "no es 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".

En sentido similar, el art. 10, primer párrafo, del D. Leg. N.° 1106 (al igual que el art. 360.1, del Proyecto de Nuevo Código Penal) prevé 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, 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".

2.1. Autonomía procesal

Se aprecia con toda claridad que el citado art. 10, primer párrafo, contiene un conjunto de reglas dirigidas a la investigación y procesamiento autónomo del lavado de activos, sin que exista necesidad de que el delito fuente se encuentre: i) descubierto y ii) sometido a investigación y iii) sometido a proceso y iv)

(nota 127). El pronunciamiento referido demuestra que, incluso al nivel de la doctrina procedente del Ministerio Público, el oficio circular aludido no deja de ser claramente objetable.

93 Sobre este principio, el Tribunal Constitucional sostuvo que "el respeto a este principio (de legalidad en la función constitucional) implica que el Ministerio Público ejercite la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y la ley". Cfr. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Expediente N.° 6167-2005-HC/TC*, Lima: 28 de febrero del 2006, asunto: Cantuarias Salaverry.

ncorporado como objeto de prueba o v) condenado. De modo tal que nuestra egislación consagra expresamente la "autonomía procesal" de la investigación r procesamiento de este delito. Son, pues, dos cuestiones las reguladas en la ›resente disposición legal.

En primer lugar, se dispone que tanto la investigación como el procesaniento del lavado de activos pueden incoarse sin que se exija la previa condena lel delito fuente o que este se encuentre sometido a proceso judicial o investi;ación. No constituye, pues, presupuesto procesal la existencia previa de una nvestigación o proceso finiquito sobre el delito fuente, tampoco la sentencia a a que se arribe, aun cuando esta sea condenatoria. Esto último, adicionalmente, mplica —como se reconoce en el art. 10, primer párrafo— que para instaurar a investigación por lavado de activos no es necesario siquiera que el delito uente haya sido objeto de controversia u *"objeto de prueba"*[94] *(en los términos de a norma) en un proceso penal paralelo o anterior.*

Las consecuencias referidas de la nueva normativa —derivadas de la autonomía procesal de la investigación— habían sido puestas de relieve por el Acuerdo ›lenario N.° 3-2010/CJ-116 (f. j. 32) que señaló "no es menester [...] que conse acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista una nvestigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha lescartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutivo". En parecido entido, la doctrina ha sostenido que "no es necesario, como reiteradamente ha eñalado la jurisprudencia, que exista una sentencia condenatoria por alguna ıctividad delictiva previa"[95].

En segundo lugar, se ha previsto que para el inicio de la investigación o ›rocesamiento por lavado tampoco es necesario que el delito fuente "haya sido lescubierto". Esta concepción extrema de la autonomía procesal incorporada :n nuestra legislación, dado su carácter gravemente restrictivo de derechos ündamentales debe ser interpretado dentro de parámetros constitucionales in detenerse únicamente en la finalidad represiva del lavado de activos. En tal entido, no puede justificarse el inicio de investigaciones por presuntos actos le lavado (con las subsiguientes consecuencias procesales, como lo es la posible ıplicación de los mecanismos de restricción intensa de derechos en el marco de u investigación, y situarse al imputado en un contexto de comisión del delito

›4 Asencio Mellado, José María y AA.VV, *Proceso civil práctico. La prueba*, vol. IV, Madrid: La Ley, 2001, p. 3; Cafferata Nores, José, *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: De Palma, 1986, p. 22.

›5 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., ob. cit., p. 248.

previsto en el art. 6 del D. Leg. N.° 1106[96]), que se basen en la existencia de simples situaciones patrimoniales injustificadas.

No es legal calificar al "incremento de patrimonio no justificado" como la base sobre la cual se formalicen investigaciones. Sin duda es un indicio relevante de fundamento objetivo, pero por sí solo es insuficiente no solo para el establecimiento de una condena (por lavado) sino para decidirse a formalizar la investigación preparatoria o formular acusación. Las garantías procesales de contenido constitucional —fundamentalmente el derecho a ser informado de los términos y alcances de la imputación, a la defensa y a probar, el principio de imputación necesaria y la proscripción de la *inquisitio generalis* o la sospecha permanente[97]—, son vinculantes tanto para el Ministerio Público como para los órganos jurisdiccionales, incluso a nivel de las investigaciones por delitos no convencionales (como el lavado de activos). Estos derechos fundamentales del imputado se constituyen en barreras infranqueables de legitimidad, cuya inobservancia caracteriza la existencia de investigaciones arbitrarias.

De acuerdo a lo expuesto, si bien no es necesaria la condena del delito fuente (o su descubrimiento) para el inicio de una investigación por lavado de activos, sin embargo, es indispensable acreditar —con una mínima actividad probatoria, al menos basada en prueba indiciaria— el "origen ilícito" de contenido delictivo (o delito fuente) de los bienes, dado su condición de elemento objetivo del tipo. Dicha determinación probatoria puede producirse en un proceso paralelo al del lavado de activos o efectuarse en el mismo procesamiento de lavado a fin que sea debido y razonablemente acreditado[98]. No se requiere, por ello, la identificación

96 En el art. 6, primer párrafo, se prevé reprimir a "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 investigación o juzgamiento por delito de lavado de activos, o deliberadamente presta información de modo inexacto o brinda información falsa, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de dos ni mayor de cuatro años". En el segundo párrafo se incorporan circunstancias agravantes con fundamento en la gravedad del delito fuente y el valor de los bienes involucrados en la investigación o procesamiento del lavado de activos.

97 CASTILLO ALVA, José Luis, "La necesidad de determinación del 'delito previo' en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 4, octubre, Lima: Gaceta Jurídica, 2009, p. 344; GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, Lima: Jurista Editores, 2013, p. 117; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en CARO CORIA, Carlos (dir.), *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 208.

98 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 200; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., ob. cit., pp. 330-331; CALLEGARI, André, *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, ob. cit., p. 232; CARO CORIA, Carlos, "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en AMBOS,

de un concreto delito fuente ni su puntual calificación jurídica. La probanza de la procedencia delictiva de los bienes es indispensable, a tal punto que en el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116 (f. j. 35), se sostuvo que "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 un actividad delictiva grave".

En la actualidad no existe obstáculo alguno para entender como incluidos no solo los bienes que, directamente, procedan de un delito, sino también a los que hayan sustituido a estos por conversión o transformación. Hay que entender, pues, incluida aquí la conducta del blanqueo "en cadena", ya que son precisamente las ulteriores transformaciones las que suelen resultar más relevantes a la hora de ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes"[99].

2.2. Autonomía sustantiva

El lavado de activos entraña un injusto material propio, independiente de las actividades criminales que produjeron los bienes objeto de los ulteriores actos de legitimación[100]. Las recomendaciones internacionales del GAFI, CICAD-OE

Kai; Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 176; García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 115.

99 Díaz-Maroto y Vallejo, Julio, "Capítulo XIX. El blanqueo de capitales", en Díaz-Maroto y Vallejo, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal* (Operadas por las LO 5/2010, del 22 de junio, y 3/2011, del 28 de enero), Navarra: Aranzadi, 2011, pp. 469 y 470; Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 137 y 138; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 431-433; Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 200; Palma Herrera, Jose Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 328; Barral, Jorge, *Legitimación de bienes procedentes de la comisión de delitos. Análisis de la Ley 25246 de Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo*, ob. cit., p. 186; Arias Holguín, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, ob. cit., p. 307; Gálvez Villegas, T. (2012), ob. cit., pp. 117 y 118; Caro Coria, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en Caro Coria, Carlos (dir.), *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., pp. 208 y 209; García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 104. Sin desconocer la problemática admisión de la tipicidad del blanqueo en cadena, al respecto, Carlos Martínez-Buján concluye en su carácter típico por razones de derecho positivo (sobre la base del análisis del art. 301 del CP español) y por consideraciones político-criminales. Cfr. Martínez-Buján Pérez, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 256.

100 Fabián Caparrós, Eduardo, "El abogado frente al blanqueo de capitales", en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro homenaje a Claus Roxin*, t. I, México D. F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2003, p. 265.

(*soft law*) y las Convenciones sobre la materia (*hard law*), así como la legislación comparada, como hemos constatado, se orientan, todas, hacia la tipificación autónoma del lavado de activos. Lo que constituye una tendencia razonable, como refiere DURRIEU, ya que este delito "afecta valores jurídicos que van más allá de lo protegido por el delito previo" [101].

El contenido material de este delito se encuentra singularizado en la afectación de uno de los aspectos concretos del orden socioeconómico constitucionalmente establecido[102]: la libre y leal competencia[103]. La sustantividad propia del lavado de activos se fundamenta sobre la base de la tutela de un objeto jurídico particular, no así del que pueda ser afectado por el delito precedente[104]. El objeto de protección que subyace a su incriminación (sea la concepción que se tenga sobre el bien jurí-

101 DURRIEU, Roberto, "Hacia un delito autónomo y pluriofensivo de lavado de dinero", en BERTAZZA, Humberto y Francisco D'ALBORA (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, ob. cit., p. 162.

102 En el reciente Proyecto de Ley Nuevo Código Penal del 2015 (aprobado por la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, del 9 de diciembre del 2014) se prioriza la tipificación del delito de lavado de activos como el primero de los delitos contra el orden económico, en la Sección XIII, Título I, de la parte especial.

103 MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, "El delito de lavado de activos: Determinación del bien jurídico tutelado", en *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, ob. cit., p. 535. Sobre la libre y leal competencia como objeto de protección, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 98; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed. ob. cit., p. 227; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, ob. cit., p. 210; Bottke, Wilfried, "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, ob. cit., p. 13; FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, ob. cit., p. 254; MANTOVANI, Ferrando, *Diritto pénale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, ob. cit., p. 259; ZANCHETTI, Mario, *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, ob. cit., p. 390.

104 SALA PENAL PERMANENTE, *Recurso de Nulidad N.° 2202-2003*, Callao: 26 de mayo del 2004, f. j. n.° 3, sostuvo: "es de precisar que el delito de lavado o blanqueo de activos es una figura penal autónoma [...] Ello es así porque se trata del ingreso de capitales generados sin los normales costos personales y/o industriales, ni carga tributaria, que dan lugar a una desestabilización de las condiciones mismas de la competencia y el mercado". En similar sentido, SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Juez José LECAROS CORNEJO), *Recurso de Nulidad N.° 3744-2003*, Callao: 20 de abril del 2004, f. j. n.° 3; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Juez Julio PRÍNCIPE TRUJILLO), *Recurso de Nulidad N.° 1882-2006*, Lima: 6 de agosto del 2007, f. j. n.° II.4.3-B; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Juez Josúe PARIONA PASTRANA), *Recurso de Nulidad N.° 4003-2011*, Lima: 08 de agosto del 2012, f. j. n.° 3; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Juez Víctor PRADO SALDARRIAGA), *Recurso de Nulidad N.° 2082-2013*, Lima: 14 de enero del 2015, fundamento jurídico 11. IV.

dico protegido mediante su tipificación) tiene un contenido sustantivo propio. Si bien, desde la perspectiva criminológica, el lavado de activos es un proceso dirigido a la integración de los bienes de origen delictivo al tráfico económico legal, a fin de dotarles de una apariencia de legitimidad, desde la perspectiva de la regulación penal, cada una de las fases tiene independencia punitiva.

La noción sustantiva de la autonomía del lavado de activos entraña diversas consecuencias materiales.

En primer lugar, justifica la existencia de un título de imputación propio respecto al delito fuente[105]. Nos encontramos, pues, ante un tipo de injusto independiente del delito que produjo las ganancias ilícitas. Lo característico del lavado de activos, por ello, no depende de la cualidad concreta del delito fuente, sino de la dañosidad social que implica incorporar los bienes producidos por aquel en el tráfico económico legal[106].

Un segundo aspecto de la incriminación autónoma del lavado de activos tiene por objeto diferenciar su injusto material del delito de enriquecimiento ilícito y de las modalidades postdelictivas del encubrimiento, la receptación y el encubrimiento[107].

En tercer término, la autonomía sustantiva permite concebir que el interviniente [autor o partícipe] en el delito previo puede, a través de los ulteriores actos de legitimación, serlo a su vez del delito de lavado de activos[108]. La condición

105 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Eduardo Fabián Caparrós, "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español", en Martínez Buján Pérez, Carlos; Francisco Muñoz Conde y José Manuel Lorenzo Salgado (dirs.), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, ob. cit., p. 123.

106 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., ob. cit., p. 380; Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 295.

107 Al respecto, señala Carlos Aránguez, "la total autonomía del delito de blanqueo respecto al delito previo se aprecia nítidamente en la pena prevista para el blanqueador, la cual es determinada por el legislador con independencia de la establecida para el delito del que provienen los bienes [...]. Se demuestra con ello que el legislador no ha querido configurar el blanqueo como una forma de encubrimiento o de participación *post-delictum*, sino que considera que esta figura tiene un contenido de injusto y de culpabilidad autónomo". Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 296. Así también, Rosas Castañeda, Juan, "La determinación del bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos y su autonomía", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 66, Lima: Gaceta Jurídica, 2014, p. 166.

108 Durrieu, Roberto, "Hacia un delito autónomo y pluriofensivo de lavado de dinero", en Bertazza, Humberto y Francisco D'Albora (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, ob. cit., p. 154. En el mismo sentido, Pinto, Ricardo y Ophelie Chevalier, *El delito de lavado de activos*

de sujeto activo del tipo penal de lavado de activos, atribuible incluso al autor del delito precedente, tiene por fundamento que el comportamiento ulterior —al del delito precedente— entraña una sustantividad propia, afectando un bien jurídico distinto al protegido por aquel[109]. Con ello, en los casos distintos

como delito autónomo. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria, Washington: CICAD-OEA, 2001, p. 33.

109 FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José, *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, Salamanca: Ratio Legis, 2014, p. 293. Sobre la vinculación de la autonomía sustantiva y la idoneidad del interviniente del delito previo como posible autor del ulterior lavado, véase SALA PENAL PERMANENTE, *Recurso de Nulidad N.° 2202-2003*, Callao: 26 de mayo del 2004, f. j. n.° 3 y SALA PENAL PERMANENTE, *Recurso de Nulidad N.° 3744-2003*, Callao: 20 de abril del 2004, f. j. n.° 3. En ambas ejecutorias la Corte Suprema precisó que "el legislador no solo no excluyó del ámbito del sujeto activo del delito de lavado de activos al autor o partícipe del delito previo, sino que fundamentalmente dicho tipo penal vulnera un bien jurídico distinto del tutelado por aquel". Dichas resoluciones fueron emitidas antes de zanjarse la discusión doctrinal sobre el alcance de la responsabilidad penal por lavado de activos al interviniente en el delito precedente, controversia resuelta expresamente con la modificación del art. 6 *in fine* de la Ley N.° 27765 (dispuesta por el D. Leg. N.° 986, del 22 de julio del 2007). Un sector de la doctrina considera "que el sujeto activo del delito de lavado de activos no tiene que haber participado en el delito previo, ni el calidad de autor ni partícipe. En caso contrario, responderá solo por el delito previo". [Cfr. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto [2003], ob. cit., p. 522]. En la misma línea de argumentación de las ejecutorias citadas, mediante SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Juez Julio PRÍNCIPE TRUJILLO) , *Recurso de Nulidad N.° 1882-2006*, Lima: 6 de agosto del 2007, f. j. II.4-3-B; se resolvió que: "podrán subsistir ambas imputaciones en el mismo encausado y, eventualmente, declarar la responsabilidad respecto a los dos delitos, puesto que podría presentarse la hipótesis de que el delito de lavado de activos sea cometido por el propio traficante que obtuvo el dinero del narcotráfico". Estos criterios fueron posteriormente incorporados en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N.° 03-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.° 14°; SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Josúe PARIONA PASTRANA), *Recurso de Nulidad N.° 4003-2011*, Lima: 8 de agosto del 2012, f. j. n.° 7; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: Víctor PRADO SALDARRIAGA), *Recurso de Nulidad N.° 2071-2011*, Lima: 6 de diciembre del 2012, f. j. n.° 9-e y; SALA PENAL TRANSITORIA (ponente: César SAN MARTÍN CASTRO), *Recurso de Nulidad N.° 1052-2012*, Lima: 15 de enero del 2013, f. j. n.° 4-e. Particularmente en el f. j. n.° 5 de esta última, se resolvió "Que la modificación del art. 6 de la Ley N.° 27765, por el D. Leg. N.° 986, no vino a cambiar la Ley anterior para establecer la responsabilidad por el delito de lavado de activos del sujeto que realizó las actividades ilícitas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias, sino a precisar su participación como autor para evitar toda divergencia en este asunto y mejorar la ley previa, ya que, la primera norma nunca excluyó su responsabilidad". Recientemente, sobre la base de fundamentos contrarios a los sostenidos por la Sala Penal Transitoria, la Sala Penal Permanente —mediante decisión confirmatoria de una sentencia que de oficio declaró fundada una excepción de naturaleza de acción— ha puesto en controversia los referidos criterios,

a la ulterior realización de actos de agotamiento o mero disfrute (actos de consumo), la autonomía sustantiva permite concebir la existencia de un concurso

sosteniendo que el autolavado es penalmente perseguible únicamente a partir de la modificatoria recaída sobre la Ley N.° 27765. Esto es, desde el 22 de julio del 2007, por efecto del D. Leg. N.° 986. Precisando que dicha norma no puede ser aplicada para autolavados anteriores a dicha fecha. Así, en el R. N. N.° 365-2012-Lima (del 26 de marzo del 2014, f. j. n.º 3.1.8. Ponente: Alvarado Barrios), se resolvió que "Conforme a la redacción del texto original de la Ley N.° 27765, describía como conducta típica que en los actos de lavado de activos, solo intervienen como autores, personas ajenas a los actos que generan el capital o los bienes ilegales, no habiendo previsto el legislador el autolavado a cargo del agente de la comisión del delito fuente, que recién fue incorporado con la modificación dispuesta por el D. Leg. N.° 986 del 22/Jul/2007; que en el presente caso se atribuye al imputado[...] haber realizado actos de lavado de activos provenientes del delito de Tráfico ilícito de drogas, pese a que fue condenado por este último ilícito, mediante sentencia[...] del 01/Feb/2010 a 22 años de pena privativa de libertad, ratificada mediante ejecutoria suprema[...] del 22/set/2010; de lo cual se tiene que[...] los actos de lavado de activos se habrían configurado entre los años 1998, 2002 y 2003, previstos en el texto original de la Ley N.° 27765, no poseen homologación en dicha descripción legal de la hipótesis delictiva materia de imputación, pues no era perseguible penalmente, ni se encontraba sancionado penalmente al momento de su comisión; que el proceder en contrario, implicaría vulnerar los principios de legalidad e irretroactividad de la Ley penal, previstos en el art. 2, inc. 24, pf. d de la Constitución Política del Estado, y el art. 6 del Código Penal". Esta última decisión es compatible con el planteamiento de José Caro quien, comentando la modificación del citado art. 6 *in fine* de la Ley N.° 27765 —por el citado D. Leg. N.° 986—, sostiene que el autolavado es "punible en todo caso desde julio del 2007". Para más detalle, Cfr. CARO JOHN, José, "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*, ob. cit., p. 197 y ss. En el marco del derecho comparado, al igual que en el Perú, se ha discutido si la normativa que incorpora la expresa punición del autolavado puede ser aplicable a los actos cometidos por el propio autor del delito fuente con antelación a dicha modificación. En tal sentido, el art. 301.1 del CP español fue modificado el 22 de junio del 2010, mediante Ley Orgánica 5/2010, previéndose que el blanqueo puede ser realizado sobre bienes originados "[...] en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquier tercera persona", esto es, se admitió la represión del blanqueo cometido por el responsable del delito previo. En el marco de las casaciones interpuestas en los emblemáticos casos "Malaya" y "Ballena Blanca", el Tribunal Supremo Español se pronunció sobre la discusión formulada por algunos condenados, acerca de que no se les debió reprimir por autoblanqueo pues sus intervenciones en los hechos fueron efectuadas con antelación a la puesta en vigencia de la Ley Orgánica 5/2010. Contra dichas alegaciones, la 2.ª Sala Suprema en lo Penal concluyó que el castigo como autoblanqueo de actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor

real entre el delito precedente y el posterior lavado de activos[110], dado que, por lo general, el primero no abarca en su integridad el desvalor de la conducta del segundo. En el lavado de activos no se reprime el agotamiento del delito previo, sino aquellas conductas dotadas de sustantividad propia (descritas en los arts. 1 al 3 D. Leg. N.° 1106) efectuadas —incluso por el propio autor o partícipe del delito previo— con la finalidad de evitar la identificación del origen delictivo de los bienes, su incautación o decomiso.

Finalmente, en cuarto lugar, en su contraste con la penalidad del delito precedente, el lavado de activos —dado su "emancipación"[111]— puede conminar inclusive una pena superior, al contenerse en su incriminación un bien jurídico

---

de dicha reforma, no constituye una aplicación retroactiva de normas penales desfavorables, sino que ya el autoblanqueo era reprimible incluso antes de tal modificación. Por configurarse, en la actuación del interviniente en el delito previo, un concurso real entre este último y el ulterior blanqueo de capitales. Así, Tribunal Supremo (ponente: Juan Saavedra Ruiz), *Sentencia N.° 508/2015*, del 27 de julio del 2015, f. j. n.° 33-2.2 y 2.3, Caso *Malaya*. Se resolvió que "el delito de blanqueo estaba y sigue ubicado tras la reforma del Código Penal por L.O. 5/2010, que confirma nuestra línea jurisprudencial partidaria del concurso real [...]. Asimismo, respecto al castigo del autoblanqueo cabe añadir lo siguiente. La postura de esta Sala al respecto, como hemos visto, no deriva de la nueva redacción que la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio, da al art. 301 del Código Penal, sino que es muy anterior. En tal sentido, nos habíamos pronunciado, entre otras, además de las citadas más arriba anteriores al año 2006, en STS 449/2006, del 17 de abril; STS 1260/2006, del 1 de diciembre; STS 483/2007, del 4 de junio; STS 148/2008, del 8 de abril; STS 960/2008, del 26 de diciembre; o STS 483/2007, del 4 de junio. Por tanto, como concluimos ante un supuesto y una alegación similar en la STS 974/2012, del 5 de diciembre, el castigo como autoblanqueo de actos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de dicha reforma no implica una aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable. [...] Respecto a la supuesta vulneración del principio de irretroactividad de la norma penal desfavorable, hemos de reiterar que el castigo del recurrente como autor de un delito de blanqueo de capitales no implica una aplicación retroactiva de una norma penal desfavorable. Al respecto ya hemos indicado que la doctrina de esta Sala había proclamado la posibilidad de penar el autoblanqueo mucho antes de la entrada en vigor de la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, del 22 de junio". En efecto, en la STS N.° 974/2012 (del 05/Dic/2012, f. j. n.° 28-1. Ponente: Berdugo Gómez de la Torre. Caso "Ballena Blanca"), sobre la misma problemática, ya se había resuelto que "[...] el blanqueo efectuado por el acusado, procedente de operaciones de tráfico de drogas anteriores en el tiempo no es obstáculo para la punición del delito de blanqueo. Se está ante dos delitos, unidos en concurso real [...]".

110 Córdoba, Fernando, *Delito de lavado de dinero*, ob. cit., p. 69.

111 Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio y Eduardo Fabián Caparrós, "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español", en Martínez Buján Pérez, Carlos; Francisco Muñoz Conde y José Manuel Lorenzo Salgado (dirs.), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, ob. cit., p. 132.

diferenciado[112]. Por lo que el establecimiento de su penalidad no se encuentra justificada o limitada por la del delito previo[113]. En tal sentido, al disponer de un contenido de injusto y de culpabilidad autónomo, su conexión con el delito fuente no fundamenta la penalidad para el autor o partícipe del lavado de activos, por lo que al no ser un delito accesorio, la pena no depende de la asignada o impuesta al autor o partícipe del delito precedente[114].

La autonomía sustantiva, aun cuando no se encuentre regulada en nuestra normativa permite distinguir, sin embargo, por un lado, las fases del proceso de lavado (que, por entrañar cada una de estas un injusto independiente, merecen y necesitan sanción penal) y, por otro, el delito productor de los bienes objeto del ulterior lavado. Son dos conductas distintas que afectan los bienes jurídicos independientes, pero que —por imperio de nuestra ley— se encuentran normativamente vinculadas. El "origen ilícito de carácter delictivo" (la categoría del delito fuente) de los bienes constituye uno de los elementos objetivos incorporados en los tipos legales de lavado (arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106). Sin embargo, que dicho elemento integre la tipicidad del lavado no lo despoja de "autonomía procesal"; antes bien la admite, ya que se pueden iniciar investigaciones por lavado sin que el delito fuente haya sido previamente investigado u objeto de condena (tal como prevé nuestra legislación interna de contenido penal y convencional), aunque durante el desarrollo del proceso deba postularse una prueba dirigida a acreditar dicho "origen ilícito (delictivo)".

En el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116 (f. j. n.º 32), cuyos efectos sobre la normativa vigente constituyen fuente de ineludible referencia, se sostuvo que "el delito fuente [...] es un elemento objetivo del tipo legal —como tal debe ser abarcado por el dolo— y su prueba condición asimismo de tipicidad". El criterio de valoración que dicho pronunciamiento entraña es incompatible con el emitido por el Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN, al señalar este último que el lavado de activos *"no tiene delito fuente"*. Sin embargo, la solución a esta divergencia no puede basarse en el argumento formal sobre que el Oficio Circular se emitió a partir del D. Leg. N.° 1106 (mas no así el Acuerdo Plenario, que se basó en la Ley N.° 27765). Antes bien, debe realizarse con arreglo a un fundamento material derivado de la interpretación sistemático-teleológica de

112 Segunda Sala Penal (ponente: Juan Saavedra Ruiz), *Sentencia N.° 1070/2003*, del 22 de julio del 2003.

113 Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003*, del 25 de noviembre, ob. cit., p. 222.

114 Gómez Iniesta, Diego, El delito de blanqueo de capitales en derecho español, ob. cit., p. 48.

las disposiciones incriminatorias del lavado con el art. 10 (en cuanto se hace referencia a las "actividades criminales" idóneas para generar el objeto material).

Es, por tanto, requisito constitutivo de los actos de lavado de activos la existencia del delito fuente, dado que los tipos legales recogen el "origen ilícito" (de contenido delictivo) como elemento objetivo[115]. Los planteamientos que consideran que el delito previo no constituye elemento típico, sin embargo, afirman que solo en el caso de la agravación contenida en el art. 4, tercer párrafo[116], del D. Leg. N.° 1106 el delito previo constituye elemento del tipo objetivo, adquiriendo relevancia normativa y probatoria.

Así, PRADO SALDARRIAGA sostiene que "solo para la configuración de esta agravante específica [...] constituye presupuesto y requisito indispensable la conexión directa o indirecta de los bienes objeto de los actos de lavado [...] con, cuando menos, uno de los delitos que de modo taxativo señala el párrafo tercero del art. 4. Por lo cual, igualmente, la prueba suficiente de esa relación se convierte en una exigencia procesal ineludible"[117]. En idéntico sentido, señala PÁUCAR CHAPPA, que el delito fuente "solo alcanza relevancia penal cuando es requerido para la circunstancia agravante del segundo párrafo del art. 4 [...] donde sí resuelta necesario el conocimiento del agente de los delitos precedentes enunciados allí taxativamente"[118].

Para la postura referida, el delito fuente debe ser probado (es exigencia procesal ineludible) solo cuando constituya la agravante citada, no así cuando configure el tipo base. Sin embargo, no puede pasarse por alto que tanto la estructura típica del delito base —en cualquiera de sus modos de ejecución—

115 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 88; GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 96; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en CARO CORIA, Carlos (dir.), Anuario de Derecho penal económico y de la empresa, ob. cit., p. 206; Caro John, J. (2012), ob. cit., p. 156; HINOSTROZA PARIACHI, César, El delito de lavado de activos. Delito fuente, ob. cit., p. 142; CASTILLO ALVA, José Luis, "La necesidad de determinación del 'delito previo' en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, p. 340; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed. ob. cit., p. 273; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 187; FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 291.

116 Art. 4, tercer párrafo: "La pena privativa de libertad será no menor a 25 años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas".

117 PRADO SALDARRIAGA, V., ob. cit., p. 263.

118 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, *La investigación del delito de lavado de activos. Tipología y jurisprudencia*, ob. cit., p. 64.

como la modalidad de agravación, tienen los mismos elementos objetivos (salvo la circunstancia agravante basada en la cualificación del delito previo). Dado que el art. 4, tercer párrafo, no establece ninguna modalidad de conducta específica (solo alude a que "cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de [...]", será incrementada la penalidad), dicha norma debe ser interpretada remitiéndose a los comportamientos tipificados en los arts. 1 al 3. Por lo que al tener la misma estructura legal, en uno y en otro caso, el delito fuente debe ser debidamente probado. Caso contrario, el principio de no contradicción se vería vulnerado ya que ante una misma estructura típica, se tendría el deber (modalidad agravada) y, a la vez, el no deber (tipo base) de probar al delito fuente como exigencia procesal ineludible[119].

El análisis del art. 10, párrafo primero, permite con claridad identificar a la autonomía procesal de la investigación y procesamiento del lavado de activos (respecto a la investigación que pueda o no iniciarse —o se haya iniciado— sobre el delito previo). Sin embargo, en dicho precepto legal no se establece ninguna cláusula facultativa que legitime —a favor del órgano de persecución o juzgamiento— la exclusión o el relajamiento del deber funcional tanto de postular (a través de elementos de convicción), probar (mediante actos de prueba en el juicio oral) como de valorar (en fase judicial decisoria) el "origen ilícito" de contenido delictivo (la categoría del delito fuente) que constituye uno de los elementos objetivos de los tipos legales de lavado (arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106). En ninguno de los párrafos del art. 10 aludido se recoge alguna cláusula de renuncia a la acreditación o prueba del "origen ilícito" delictivo (o delito fuente) al interior del procesamiento por lavado de activos, con lo cual en nuestro sistema no existe la incorporación legal de la "autonomía sustantiva".

Sin embargo, a pesar de no encontrarse prevista la autonomía sustantiva en el D. Leg. N.° 1106 se ha pretendido derivarla, *contra legem*, de esta. Así, el Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN, cita expresamente el art. 10 del D. Leg. N.° 1106 (el extremo relativo a la autonomía procesal) incorporando indebida y exprofesamente una puntual referencia a la (no regulada) autonomía sustantiva, señalando que: "conforme a lo establecido en el art. 10 [...] el lavado de activos es un delito autónomo, *y no tiene delito fuente* por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario [...]".

119 Incluso sostiene Tomás Gálvez que "Este criterio, obviamente, no nos parece adecuado, puesto que en todos los casos de lavado de activos debemos determinar una vinculación de los activos material del lavado con alguna de las actividades criminales previas; y, claro, si estas [...] fueran minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas, estaremos en el supuesto agravado". Cfr. Gálvez Villegas, T. (2013), ob. cit., p. 88.

Un cotejo comparativo entre la norma aludida y el Oficio citado permite constatar que el legislador no ha señalado que el lavado de activos "no tiene delito fuente", sino únicamente que, para fines de su investigación o procesamiento, no es necesario que se cumplan previos y determinados requisitos de contenido procesal. Por tanto, la aseveración de la Secretaría de la Fiscalía de la Nación, incorporada en dicho Oficio Circular, indebidamente y contra el texto legal, lleva al equívoco de considerar que en nuestra legislación se recogería alguna referencia a la autonomía sustantiva. Sin embargo nuestra normativa, compatible con el tratamiento internacional de este fenómeno delictivo, únicamente se limita a referir que "para la investigación y procesamiento" de una imputación por lavado de activos no es indispensable que la actividad criminal productora de los bienes se encuentre sometida a investigación o haya sido objeto de condena. Esto es, que nuestro derecho positivo reconoce únicamente la autonomía procesal del lavado de activos, dirigido a su investigación o juzgamiento, no así la autonomía sustantiva.

3. La prueba del delito fuente

3.1. Sede procesal de probanza

La acreditación de los elementos objetivos del lavado de activos (entre estos, el delito fuente), depende en buena medida del empleo de prueba indiciaria[120]. En esta clase de actividades delictivas, fundamentalmente vinculadas al crimen organizado, la prueba indiciaria es idónea y útil para suplir las carencias de la prueba directa. La existencia de los elementos del tipo legal de lavado de activos, fundamentalmente el delito fuente, deberá ser inferida —sobre la base de un razonamiento lógico inductivo, apoyado en reglas de inferencia que permiten establecer conclusiones a partir de premisas determinadas— de los datos externos y objetivos acreditados[121].

Los componentes de toda imputación por el delito de lavado de activos, en las diversas fases de concreción del objeto procesal (formalización de investigación preparatoria, acusación fiscal, requisitoria o acusación complementaria) que,

120 Miranda Estrampes, Manuel, "Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria", en *Diario La Ley*, n.° 7736, ref. D-433, Madrid: La Ley, 2011, p. 10; García San Martín, Jerónimo, "La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *Diario La Ley*, n.° 8587, ref. D-293, Madrid: La Ley, 2015, p. 3.

121 Aránguez Sánchez, Carlos, El delito de blanqueo de capitales, ob. cit., pp. 200 y 201; Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 297.

entre otros, deben constituirse como objeto de prueba son: la concurrencia del sujeto activo, de los activos típicos descritos en los arts. 1 al 3, del origen ilícito delictivo ("actividades criminales", según prevé el art. 10), el dolo y el elemento subjetivo del injusto. dichos elementos estructuran el injusto típico del lavado de activos en su tipo base (las modalidades previstas en los arts. 1 al 3) como en su modalidad agravada por razón del delito fuente (art. 4, segundo párrafo, el cual alude que los bienes procedan de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas).

Un sector de la doctrina nacional señala que únicamente en el tipo agravado (art. 4, segundo párrafo) el delito fuente adquiere relevancia penal. Al respecto, PRADO SALDARRIAGA señala que este "es el único caso en la legislación penal peruana contra el lavado de activos, donde el delito fuente o precedente adquiere relevancia normativa y 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 [...] con cuando menos uno de los delitos que de modo taxativo señala el párrafo tercero del art. 4. Por lo cual, igualmente, la prueba suficiente de esa relación se convierte en una exigencia procesal ineludible [...]"[122]. En la misma línea, PÁUCAR CHAPPA asevera que el delito fuente "solo alcanza relevancia penal cuando es requerido para la circunstancia agravante del segundo párrafo del art. 4"[123].

Ambos autores admiten la exigencia procesal de prueba suficiente para acreditar el delito fuente que motiva dicha agravación. Sin embargo, desde la perspectiva del principio lógico de no contradicción[124], no es posible concebir que el deber exigido para un caso, no lo sea para el otro. No podemos compartir el razonamiento que sostiene que para el tipo agravado se requiere probar el delito fuente, pero no para el tipo base. El Ministerio Público, por tanto, tiene el deber de fundamentar en su imputación la concurrencia de uno de los hechos que conforman el objeto de prueba: el origen ilícito delictivo o delito fuente. Lo cual no depende del tipo de procedencia delictiva del objeto material, esto es, de si se trata del tipo agravado sí corresponde la postulación de prueba sobre el delito previo y no si se trata del tipo base. El deber de sustentar la procedencia delictiva de los bienes es el mismo en el tipo base como en el agravado.

122 PRADO SALDARRIAGA, V., ob. cit., p. 263.

123 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, *La investigación del delito de lavado de activos. Tipología y jurisprudencia*, ob. cit., p. 64.

124 BERNAL PULIDO, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de Derecho constitucional y Filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 392.

Pese a encontrarse próximo a los planteamientos postulados por estos autores, GÁLVEZ VILLEGAS, respecto a la comprensión de que el delito previo adquiere relevancia penal únicamente en el caso de la agravante aludida, sostiene que "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 algunas de las actividades criminales previas; y, claro, si estas actividades previas fueran minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas, estaremos ante el supuesto agravado"[125].

No se trata de ser garantistas sin razones materiales, sino antes bien (cuando corresponda) nuestro planteamiento blinda la posición del Ministerio Público de cara a la eventual formulación de un requerimiento acusatorio. No postular debida y suficientemente la concurrencia del origen delictivo de los bienes (el delito fuente) en la acusación es tan aflictivo de derechos fundamentales del acusado —pues el aparato estatal continuaría la persecución penal sin suficiente base probatoria—, como contraproducente desde una perspectiva estratégica. La acusación en su condición de requerimiento fiscal debe ser formulada de manera "motivada y específica" (a tenor del art. 64.1 del NCPP). Más aún, por tratarse del fundamento de la pretensión penal, el requerimiento acusatorio tiene como requisito que condiciona su eficacia procesal (a debatirse durante la etapa intermedia), que describa de modo circunstancial, preciso, concreto y claro los hechos[126] que —por ser los atribuidos o imputados, de acuerdo a lo previsto en el art. 349.1, lit. b del NCPP— se subsumen en cada uno de los elementos constitutivos del tipo legal. Entre estos, fijar como objeto de prueba el origen delictivo de los bienes, tanto como debe efectuarse respecto a los otros elementos típicos del lavado, de modo que el acusado pueda dirigir debidamente

125 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 88.

126 Con respecto al NCPP, en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N.° 6-2009/CJ-116*, Lima: 13 de noviembre del 2009, f. j. n.° 7, se sostuvo que "[...] la acusación debe describir de modo preciso, concreto y claro los hechos atribuidos al imputado [...], con mención fundamentada del resultado de las investigaciones [...]. *Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral [...]*". En similar sentido, en relación con el CdPP, en CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, *Acuerdo Plenario N.° 4-2007/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2007, f. j. n.° 6, se sostuvo que: "El art. 225 del CdPP, literal 2), establece que el escrito de acusación que formule el fiscal debe contener la descripción de la acción u omisión punible y las circunstancias que determinen la responsabilidad del imputado, a la vez que la invocación de los artículos pertinentes del CP. Esa descripción es el límite o marco de referencia del juicio oral, a la que el Fiscal en la correspondiente fase decisoria —luego de la fase probatoria [...]— deberá ceñirse cuando formule acusación oral".

la actividad probatoria de descargo en este extremo, cumpliéndose los estándares mínimos del principio de imputación necesaria en vigor tanto para el procesamiento de la criminalidad común como en el caso de los delitos complejos o no convencionales.

Entre las diversas consecuencias de la autonomía procesal reconocidas por el art. 10 del D. Leg. N.° 1106, el legislador señala que, para la investigación o procesamiento del lavado de activos, "no es necesario" que las actividades criminales que produjeron el objeto material "hayan sido 'previamente' objeto de prueba o de sentencia condenatoria". Debe aclararse que cuando sostenemos que el origen delictivo de los activos —la actividad criminal que los produce— debe ser incorporado en el "objeto de prueba", postulado en la acusación del lavado, no se está proponiendo una interpretación contraria al texto legal, sino por el contrario, es compatible con el mismo tenor. ¿Cómo sustentar entonces que la "procedencia delictiva de los bienes" (o instituto del delito fuente) debe ser incorporada al objeto de prueba establecido en la acusación por lavado (dada su condición de elemento objetivo del tipo)? En apariencia la ley lo impediría pues establece que no es necesario que las actividades criminales hayan sido "objeto de prueba". ¿Cómo proponer que, por el contrario, sí lo sean, tanto más que se les incorpore en el objeto de prueba del lavado?

La respuesta a la cuestión se desprende del texto de la ley. Cuando esta hace referencia al objeto de prueba fijado "previamente" su finalidad de restricción únicamente está dirigida al objeto de prueba establecido en el proceso penal del delito precedente, no al procesamiento por lavado de activos. En efecto, como establece el la ley, para investigar o procesar el lavado no se necesita que el procesamiento del delito fuente se encuentre en una etapa de fijación del objeto de prueba (menos que ya exista una condena). Sin embargo, la ley no impide que sea en el mismo proceso del lavado que se establezca a la procedencia delictiva de los bienes (delito fuente) como una parte sustancial del objeto de prueba (del lavado). Antes bien, lo habilita plenamente y es una exigencia constitucional impuesta por el principio de imputación necesaria y de inocencia. La ley únicamente precisa que no es necesario que el delito fuente haya sido objeto de prueba (o condena) en su respectivo y anterior procesamiento, ajeno al del lavado ("no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero [...] hayan sido 'previamente' objeto de prueba o de sentencia condenatoria"). No impide, por el contrario, que el delito fuente sea fijado como objeto de prueba en el mismo proceso del lavado.

Siendo que el objeto penal del proceso es fijado y delimitado gradualmente por la Fiscalía hasta su perfeccionamiento definitivo en el requerimiento acusa-

torio, sostener que el lavado de activos "no tiene delito fuente" (como indebidamente señala el Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN[127]) o decidir estrategias persecutorias sin la debida determinación y acreditación —dependiendo del momento procesal, mediante elementos de convicción suficientes o actos de prueba— del "origen ilícito" de contenido delictivo (el delito fuente),

127 El Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN, señala que "conforme a lo establecido en el art. 10 del D. Leg. N.° 1106 [...], el lavado de activos es un delito autónomo, y no tiene delito fuente, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que [...]". En este punto citado del Oficio Circular se transcribe expresamente el texto del art. 10 referido; sin embargo, se ha incorporado —sin que se desprenda en lo absoluto de dicha norma— que el lavado de activos "no tiene delito fuente". Si bien este hecho es en sí mismo cuestionable, porque en el Oficio Circular se le da (*ex profeso*) a la norma una forma que su texto claro y expreso no tiene, haciéndola aparentar como si la tuviera. Ni en el aludido art. 10 ni en el íntegro del D. Leg. N.° 1106 aparece la frase "no tiene delito fuente", como respecto al primer supuesto refiere el mencionado Oficio. No obstante, más grave aún es el objeto de este documento administrativo. Ya que, basado en la presunta ausencia del delito fuente en el lavado, la Secretaría de la Fiscalía de la Nación se dirige a los fiscales presidentes de juntas de fiscales superiores, a fin de que "se sirvan instruir a los señores fiscales a cargo de las investigaciones sobre lavado de activos de cada uno de sus Distritos Fiscales, con la finalidad que se dé estricto cumplimiento a dicha norma, bajo responsabilidad de comunicar a las Fiscalías Desconcentradas de Control Interno la no observancia de la misma". Por tanto, lo que en rigor se está requiriendo bajo amenaza de denuncias administrativas es que se aplique el citado art. 10, ya que según dicha norma supuestamente "el delito de lavado... no tiene fuente". Esta estrategia reciente del Ministerio Público, no toma en lo absoluto en consideración no solo que la norma no expresa lo que —indebidamente— la Secretaria de la Fiscalía de la Nación le atribuye expresar, sino que admitirá denuncias o promoverá investigaciones —como viene ya sucediendo— por meras situaciones patrimoniales injustificadas. Esto no constituiría objeto de mayor preocupación o debate si no fuere por el hecho de que, desde la perspectiva sustantiva, situará a todo investigado por lavado de activos ante un contexto de posible comisión del delito periférico previsto en el art. 6 del D. Leg. N.° 1106, en caso de rehúse u omita (por considerarlo como expresión de su derecho a la no autoincriminación) o retarde el suministro de información (económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que la autoridad competente le requiera) en las investigaciones o juzgamientos por lavado. Por otra parte, desde la perspectiva procesal, podría motivar investigaciones o procesos en los cuales, por no determinarse la procedencia delictiva de los bienes objeto del ulterior lavado, nos encontremos frente a supuestos de nulidades insubsanables por vulneración de derechos fundamentales, especialmente instrumentales del derecho de defensa y el debido proceso (conocimiento detallado de la imputación, al contradictorio, la proscripción de la sospecha permanente, la interdicción de la *inquisitio generalis*, etc.). Ello, desde la perspectiva estratégica, tendrá efectos contraproducentes para el sistema persecutorio mismo, por intentar conducir al juicio oral causas sin la debida atribución y sustento probatorio del elemento típico de la procedencia delictiva (o delito fuente) y, con ello, la subsiguiente probabilidad de perderse además del juzgamiento (o audiencia de control de acusación) los siempre escasos recursos con que cuentan nuestras instituciones.

como viene proponiendo el aludido sector doctrinal, puede entrañar el efecto contraproducente de conducir la posición del Estado sin consistencia durante la etapa intermedia o el juicio oral. Siendo que las actuaciones del Ministerio Público son de carácter postulatorio, renunciar a sustentar la concurrencia del delito fuente en el tipo base supone encontrarnos ante un caso de base endeble por infracción de las exigencias derivadas de los arts. 64.1[128] y 349, inc 1[129] del NCPP.

Nuestra legislación nacional —tanto la de carácter penal como la de naturaleza convencional—, de forma compatible con la normativa internacional de la que procede, no exige que delito fuente se encuentre probado mediante sentencia previa o sometido a investigación o proceso paralelo (al que motiva el lavado de activos). Sin embargo, nuestra regulación tampoco excluye expresamente la acreditación del delito fuente en grado de certeza —al interior del procesamiento por lavado de activos— mediante la prueba indiciaria. Tal es así que la Corte Suprema, en el Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116 (f. j. 35), ha señalado sobre el delito fuente 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".

En efecto, como lo reconoce la Corte Suprema, la prueba indirecta o indiciaria será la idónea para acreditar la procedencia delictiva de los bienes. Por lo que al no existir —ni en el D. Leg. N.° 1106 ni en norma alguna— limitación legal o restricción procesal para que el delito fuente (su debida incorporación al

128 Art. 64.1 del NCPP (Disposiciones y requerimientos): "El Ministerio Público formulará sus [...] Requerimientos[...] en forma motivada y específica, de manera que se basten a sí mismos, sin remitirse a las decisiones del juez, ni a Disposiciones o Requerimientos anteriores".

129 Art. 349.1 del NCPP (contenido de la acusación): "La acusación fiscal será debidamente motivada, y contendrá:

a) Los datos que sirvan para identificar al imputado;
b) *La relación clara y precisa del hecho que se atribuye* al imputado, con sus circunstancias precedentes, concomitantes y posteriores. En caso de contener varios hechos independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos;
c) *Los elementos de convicción que fundamenten el requerimiento acusatorio;*
d) La participación que se atribuya al imputado;
e) La relación de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que concurran;
f) El artículo de la Ley penal que tipifique el hecho, así como la cuantía de la pena que se solicite;
g) El monto de la reparación civil, los bienes embargados o incautados al acusado, o tercero civil, que garantizan su pago y la persona a quien corresponda percibirlo [...]".

objeto procesal, su debate, producción y la ulterior valoración de su concurrencia junto al de los otros elementos típicos) sea objeto de prueba al interior del procesamiento por lavado de activos, razones derivadas de garantías y derechos fundamentales (como el debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia) imponen que, en la sustanciación del proceso por lavado, dicho elemento típico encuentre su sede probatoria. Si bien la autonomía procesal —de acuerdo a lo previsto en el art. 10 primer párrafo del D. Leg. N.° 1106— permite la "investigación y procesamiento" de los actos de lavado de activos sin que sea necesaria la previa condena o investigación del delito fuente, sin embargo, dicha norma no habilita o legitima regla alguna dirigida a renunciar a probar el delito fuente en el interior del proceso por lavado.

La autonomía sustantiva no es incompatible con la estructura del tipo objetivo que incorpora al delito previo como uno de sus elementos objetivos. De modo tal que en el tipo base (arts. 1 al 3) se establece como elemento típico al "origen ilícito" (cuyo contenido *delictivo* claramente se desprende del art. 10, segundo párrafo, y cuyo característica de "ilicitud" viene dada por su contrariedad al ordenamiento jurídico —se trata de un ilícito penal—). No hay tipicidad del lavado cuando los activos carecen de origen delictivo, sea que estos tengan procedencia lícita o que no se haya probado su procedencia delictuosa. No es que para condenar al imputado por lavado de activos se requiera de la previa y firme condena del delito previo (de acuerdo a lo establecido por nuestro derecho positivo) en un proceso paralelo o anterior. Sino que para arribar a una decisión condenatoria en el delito de lavado de activos, por imperativo de la regla probatoria del principio de presunción de inocencia, es indispensable que la actividad probatoria de cargo se haya dirigido a acreditar en grado de suficiencia (cuando menos mediante prueba indiciaria) el elemento típico "origen ilícito" de contenido delictivo (tal como prevé el art. 10 segundo párrafo, la denominada categoría del delito fuente).

Dado que el origen de los bienes, su carácter delictivo, debe formar parte de los hechos constitutivos de toda imputación por lavado (su condición de elemento típico es indubitable), dicho origen debe ser indefectiblemente incorporado en el objeto de prueba, progresivamente delimitado en la acusación (tal como se desprende del art. 156.1 del NCPP). Por tanto, el órgano jurisdiccional que emita la sentencia condenatoria del proceso penal por lavado de activos tiene el deber irrenunciable de fundamentar —dentro de los estándares constitucionales de la garantía de motivación de las resoluciones judiciales— su decisión sobre la procedencia criminal del dinero, bienes, efectos o ganancias objeto de lavado. Luego de haberse postulado en el requerimiento acusatorio y debatido en el juicio, el "origen delictivo" (de los activos) constituye uno de los

aspectos estructurales de la sentencia condenatoria por lavado a la que se arribe. La exigencia constitucional de motivación de la prueba del origen delictivo de los activos será la misma tanto en los casos —menos dificultosos— que exista condena por el delito precedente, como cuando este no haya sido previamente procesado o su procesamiento haya concluido con una decisión de archivamiento fiscal o de sobreseimiento (basada, por ejemplo, en la no identificación del autor del delito previo, en cuestiones derivadas de la inmunidad del investigado o algunas de las causales de inculpabilidad, de exculpación o de extinción de la acción penal, previstas en los arts. 20 y 78 CP, respectivamente).

El que la ley haga mención que para la investigación o procesamiento del lavado no sea necesario que las actividades criminales se encuentren sometidas a previa sentencia, no enerva en lo absoluto la exigencia de actividad probatoria sobre el delito fuente a nivel del propio proceso penal del lavado de activos. Antes bien, constituye una exigencia impuesta por la regla probatoria del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La no necesidad, para investigar o procesar el lavado, de una sentencia previa que dé por probado el origen delictivo, es plenamente compatible con los deberes funcionales que la presunción de inocencia impone al tribunal que juzga el lavado, obligándolo a examinar (en el mismo procesamiento del lavado) la concurrencia o no de suficiente actividad probatoria que acredite la procedencia delictiva de los activos.

Es indispensable por las consideraciones constitucionales referidas que, previamente, se haya informado al imputado debidamente en la acusación sobre que en su causa concurre cada uno de los elementos del tipo (base o gravado) del lavado, entre estos, el "origen delictivo". La intimación de la procedencia delictuosa constituye exigencia derivada del derecho a ser informado de los términos de la acusación y debe ser objeto del contradictorio en el juicio oral.

La emisión de la decisión condenatoria implica que el origen delictuoso (o procedente de la actividad criminal previa, elemento típico que da contenido a los arts. 1 al 3, interpretado conjuntamente con el art. 10 del D. Leg. N.° 1106), ha sido probado más allá de toda duda razonable, cuando menos mediante prueba indiciaria, operación argumentativa que puede efectuarse en la fase decisoria del mismo proceso por lavado de activos, basada en la prueba producida en el juicio correspondiente[130]. En los casos donde el delito fuente ha sido probado en un proceso penal iniciado paralelamente al del lavado, o concluido con anterioridad

130 MIRANDA ESTRAMPES, Manuel, "Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria", en *Diario La Ley*, n.° 7736, art., cit., pp. 10 y 11; GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo, "La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *Diario La Ley*, art. cit., pp. 3 y 4.

a su inicio (mediante condena firme o por declaración judicial que confirme el origen delictivo de los bienes), sitúan a la exigencia de prueba de este elemento típico (el delito fuente) en una posición de menor complejidad, aunque con la misma exigencia o rigor de motivación.

3.2. Prueba indiciaria

La acreditación de los elementos típicos del lavado de activos exige cuando menos la concurrencia de indicios sólidos y concluyentes que permitan inferir más allá de toda duda razonable la procedencia delictiva de los bienes, la intervención del imputado en los hechos atribuidos como conductas típicas de lavado y los elementos subjetivos derivados del tipo de injusto. En los supuestos más simples, aunque menos frecuentes, las "actividades criminales" precedentes al lavado de activos (el delito fuente) pueden encontrarse probadas mediante sentencia previa, aunque ello no constituye una exigencia procesal —de carácter prejudicial— que se derive de nuestro derecho positivo o del *hard* o *soft law*. Tal es así que el art. 9.5, de la Convención de Varsovia (Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo, del 16 de mayo del 2005) señala: "cada (Estado) Parte garantizará que pueda imponerse una condena por blanqueo de dinero sin necesidad de una condena previa o simultánea por el delito principal".

La garantía de la presunción de inocencia, en su contenido de regla de prueba, exige que el Ministerio Público asuma la carga procesal de postular y probar la procedencia delictiva de los bienes (o delito fuente), al tratarse esta de un elemento típico incorporado en arts. 1 al 3, concordado con el art. 10, del D. Leg. N.° 1106. En el mismo sentido, desde el *soft law*, sostiene el GAFI —nota interpretativa de la Recomendación N.° 3— que "4) [...] Al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante". Esta última disposición evidencia con claridad la necesidad de probar la procedencia criminal de los activos ya que el GAFI, luego de resaltar la no necesidad de una condena por el delito fuente, reconoce la exigencia de la prueba del origen criminal (de los activos), con lo que el único camino posible es que el origen delictuoso (o delito fuente) sea debida y suficientemente probado al interior del proceso penal por lavado de activos[131].

131 Durrieu, Roberto, "La prueba del delito de lavado de dinero", en Alterini, Jorge (dir.), *La Ley*, ob. cit., p. 2; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 428 y 429; Caro Coria, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en Caro Coria, Carlos (dir.), *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 202. Por su parte, García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 115. En desacuerdo, Gálvez Villegas, T. , ob. cit., p. 91.

En efecto, la Fiscalía encargada de la investigación del presunto lavado de activos tiene el deber funcional de postular la concurrencia del delito fuente y reunir los elementos de convicción suficientes que le permitan acreditar dicho elemento típico durante la fase correspondiente del proceso penal. Del mismo modo, el órgano de juzgamiento y decisión tiene la obligación de dar por probada, más allá de toda duda razonable, este extremo de la imputación por lavado de activos. Es decir, el tribunal está obligado a valorar la prueba producida incluso en el extremo de la concurrencia del delito fuente, el cual, al igual que los demás elementos constitutivos del injusto del lavado debe ser acreditar con prueba de cargo suficiente. Basta la prueba indiciaria, no así las meras presunciones o conjeturas de un "posible nexo delictivo", cuya inobservancia vicia de nulidad insubsanable la eventual sentencia condenatoria a la que se arribe, por afectar sensiblemente —entre otros derechos fundamentales— la garantía de la presunción de inocencia (su contenido de regla probatoria). Evidentemente los estándares de los elementos de convicción dependerán de la fase en que se encuentre el procesamiento.

Dado el perfeccionamiento del objeto procesal en la acusación, durante la fase de investigación, el fiscal tiene el deber de postular (aunque no en la misma dimensión que la exigida para formular un requerimiento acusatorio) la procedencia delictiva de los activos. No se trata de presentar al delito fuente en la más absoluta plenitud de detalles y calificación jurídica, sino, que al tratarse de un elemento típico (por tanto, objeto de investigación y de prueba), existe la obligación de acreditar —al menos con prueba indiciaria— la concurrencia de los aspectos generales del delito fuente en el propio proceso penal por lavado de activos[132].

La Corte Suprema, mediante precedente vinculante recaído sobre el R.N. N.° 1912-2005-Piura[133] (del 06 de setiembre del 2005, f. j. n.° 4°), estableció respecto a los *indicios* que: "(a) *el hecho base ha de estar plenamente probado* por los diversos medios de prueba que autoriza la ley, pues de lo contrario sería una mera sospecha sin sustento real alguno; (b) *deben ser plurales*, o *excepcionalmente únicos pero de una singular fuerza acreditativa*; (c) también *concomitantes* al hecho que se trata de probar [...]; y, (d) *deben estar interrelacionados*, cuando sean varios, de modo que se refuercen entre sí y que no excluyan el hecho consecuencia [...]".

132 DURRIEU, Roberto, *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, ob. cit., pp. 328 y 329.

133 Ejecutoria Suprema recaída sobre SALA PENAL PERMANENTE (ponente: Hugo SIVINA HURTADO), *Recurso de Nulidad N.° 1912-2005*, Lima: 6 de setiembre del 2005, cuyo f. j. n.° 4 fue elevado a la calidad de precedente vinculante mediante el Acuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22, de fecha 13 de octubre del 2006.

Entre los indicios más relevantes, los que han sido puestos de relieve en el Acuerdo Plenario N.° 03-2010/CJ-116 (f. j. n.° 34), se tienen:

- Los **indicios relativos a un incremento inusual del patrimonio del imputado**. La casuística aquí identifica a la adquisición de inmuebles y bienes en general sin que se justifique ingresos lícitos que expliquen las referidas adquisiciones o compras de bienes.
- Los **indicios relativos al manejo de cantidades de dinero**. Esto es, debe valorarse la tenencia o administración de dinero en elevadas cantidades, así como el empleo de testaferros y de cuentas bancarias en diferentes países distintos al de residencia del titular de las mismas. Entre estas actividades se tienen, por ejemplo, la posesión, el traslado o transporte de dinero en efectivo —incluso títulos valores al portador— en sumas importantes cuya procedencia no puede ser justificada. Así también, representará este tipo de indicios las transferencias de dinero que puedan efectuarse hacia paraísos fiscales.
- El **indicio de la ausencia o notoria insuficiencia de negocios o actividades económicas lícitas que justifiquen razonablemente el incremento patrimonial o las transmisiones** dinerarias efectuadas por el imputado como presunto autor de lavado de activos.
- El **indicio de oportunidad o vinculación para delinquir**. Este se basa en la evidencia de relaciones o vínculos del imputado, sea con las actividades delictivas previas, o con las personas o grupos relacionados con dichos actos criminales. Deberá evaluarse si durante el tiempo de duración de dicho vínculo o conexión (contactos personales, prestamos de vehículos, amistad con condenados) con las actividades delictivas o con tales personas, se constata un aumento injustificado de patrimonio o la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen su aumento[134].

134 Tal como ha puesto de relieve, la jurisprudencia española, en la reciente en la SEGUNDA SALA PENAL (ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON), *Sentencia N.° 91/2014*, del 7 de febrero del 2014, f. j. n.° 4, acerca de la forma en que debe analizarse la prueba indiciaria en el blanqueo de capitales y los parámetros e indicios que deben ser considerados, "la doctrina de esta Sala se inicia en la STS N.° 755/1997 (de 23/May), y se reitera en las sentencias ya clásicas STS N.° 356/1998 (del 15/abr), STS N.° 774/2001 (del 09/May) y STS N.° 2410/2001 (del 18/Dic), que señalaban lo siguiente: En los supuestos en que la acusación se formula por delito de blanqueo de capitales procedentes del tráfico de estupefacientes [...], los indicios más determinantes han de consistir: (a) en primer lugar en el incremento inusual del patrimonio o el manejo de cantidades de dinero que por su elevada cantidad, dinámica de las transmisiones y tratarse de efectivo pongan de manifiesto operaciones extrañas a las prácticas comerciales ordinarias; (b) en segundo lugar en la inexistencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento

- El **indicio de mala justificación**. Esto es, la falta de explicación razonable del investigado o acusado acerca de sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas. No debe sin embargo considerarse a esta ausencia de explicaciones razonables del imputado como un único indicio que soporte una acusación por lavado de activos o motive una eventual condena. El valor probatorio atribuible al silencio del acusado o a la inverosimilitud de su relato o coartada es —como destaca MIRANDA ESTRAMPES— "meramente argumentativo", en la medida que su valor está limitado al reforzamiento de la inferencia sobre la intervención del acusado, obtenida a partir de los indicios que, en grado de solidez y suficiencia, deben ser postulados por la acusación. Las explicaciones que el imputado ofrezca sobre el origen de los bienes que se caractericen por su debilidad o inverosimilitud, no deben ser empleadas ni como un criterio de relajación probatoria para la acusación, ni como un mecanismo de reducción del estándar de prueba incluso para un procesamiento por delitos no convencionales como el lavado de activos. Por tanto, la debilidad o inexistencia de una explicación alternativa o razonable del imputado, acerca de la procedencia de los activos, solo se limita a reforzar o consolidar la inferencia a la que el juzgador ya ha arribado sobre su intervención. Esto es, se restringe a "robustecer la

---

patrimonial o las transmisiones dinerarias; y, (c) en tercer lugar, en la constatación de algún vínculo o conexión con actividades de tráfico de estupefacientes o con personas o grupos relacionados con las mismas". En el mismo sentido, en su f. j. n.º 5 sostuvo que "en la doctrina más moderna de esta Sala se sigue el mismo criterio, reiterando por ejemplo la STS N.° 578/2012 (del 26/Jun), que una muy consolidada jurisprudencia [...] ha consagrado un triple pilar indiciario sobre el que puede edificarse una condena por el delito de blanqueo de capitales procedentes de delitos contra la salud pública: (a) Incrementos patrimoniales injustificados u operaciones financieras anómalas. (b) Inexistencia de actividades económicas o comerciales legales que justifiquen esos ingresos. (c) Vinculación con actividades de tráfico ilícito de estupefacientes. Que es el mismo arsenal indiciario ya señalado en la citada clásica STS N.° 755/1997 (de 23/May)". Finalmente, en su f. j. n.º 6, precisa que los indicios más habituales en esta clase de delitos son: "(a) La importancia de la cantidad del dinero blanqueado. (b) La vinculación de los autores con actividades ilícitas o grupos o personas relacionados con ellas. (c) Lo inusual o desproporcionado del incremento patrimonial del sujeto. (d) La naturaleza y características de las operaciones económicas llevadas a cabo, por ejemplo, con el uso de abundante dinero en metálico. (e) La inexistencia de justificación lícita de los ingresos que permiten la realización de esas operaciones. (f) La debilidad de las explicaciones acerca del origen lícito de esos capitales. (g) La existencia de sociedades 'pantalla' o entramados financieros que no se apoyen en actividades económicas acreditadamente lícitas".

racionalidad y conclusividad de la inferencia de participación alcanzada por el Tribunal sobre la base de un cuadro indiciario lo suficientemente rico y sólido y, a su vez, plenamente acreditado"[135].

4. Determinación legal del delito fuente

4.1. Consideraciones generales

Nuestro legislador, coherente con las propuestas de incriminación del lavado de activos dirigidas por los instrumentos internacionales[136], así como con las directrices emitidas para su ulterior reforma, fue convenientemente ampliando el delito fuente más allá de los actos de narcotráfico. En nuestro ordenamiento penal el legislador no ha empleado un sistema taxativo (o de *numerus clausus*) que determine legalmente un catálogo de posibles delitos fuente, tampoco criterios de remisión a una determinada categoría (por ejemplo, que el delito previo solo pueda estar constituido por "delitos graves") ni un sistema mixto (que combine ambos criterios), aunque se aproxime a este.

Antes bien, tal como ha sido reconocido por el Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116 (f. j. n.° 30), "los denominados 'delitos fuente' han sido precisados relativamente, en una suerte de catálogo abierto, pues en la lista de once delitos, que siempre será del caso acotar, se agregan delitos similares —obviamente graves: sancionados con penas privativas de libertad significativas y realizados tendencialmente en delincuencia organizada— que generen ganancias ilegales —su lógica delictiva se engarza en la generación de una ganancia económica que se pretenda sustraer del sistema de persecución estatal para su incautación y decomiso—, con excepción del delito de receptación".

A diferencia de lo previsto por el art. 6, segundo párrafo, de la Ley N.° 27765, del cual se desprendía que el delito fuente abarcaba —además de los expresamente enumerados ejemplificativamente en dicho precepto— a otros *"similares* que generen ganancias ilegales", tal como se puso de relieve en la doctrina, esta norma exigiría una *relación de similitud* mediante la cual se excluía del ámbito del delito fuente, por un lado, aquellos actos criminales que

135 Miranda Estrampes, Manuel, "Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria", en *Diario La Ley*, n.° 7736, ob. cit., p. 12; García San Martín, Jerónimo, "La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *Diario La Ley*, art. cit., p. 18.

136 Adriasola, Gabriel, "Estudio comparado de la legislación uruguaya y argentina sobre lavado de activos", en Yacobucci, Guillermo (coord.), *El crimen organizado. Desafíos en el marco de la globalización*, Buenos Aires: Ábaco Depalma, 2005, p. 315.

no fueren especialmente graves o sean sancionados con penas significativas (a pesar que pudieren tener idoneidad para generar ganancias ilícitas) y, por otro, a los que, siendo graves, no tuvieren aptitud para producir el objeto material. En este extremo la técnica legislativa ha mejorado con el D. Leg. N.° 1106, en cuyo art. 10, segundo párrafo, reformula la cláusula general sobre el delito fuente y extiende su criterio de determinación legal a "cualquier otro (delito) con capacidad de generar ganancias ilegales", esto es, al margen de su gravedad o de su vinculación con el crimen organizado.

En tal sentido, con excepción de la receptación (art. 194 del CP), aunque no excluyéndose expresamente a los hechos delictivos previos del citado delito[137], la nueva regulación extiende como posibles delitos fuente a todos aquellos que, sin advertirse a su gravedad material (dañosidad social) o su conminación penal, tengan aptitud para generar las utilidades de origen delictivo. Por tanto, queda esclarecido que el hecho precedente debe constituir un delito (una actividad criminal), excluyéndose las faltas y las ilicitudes extrapenales. En este concepto se abarca, inclusive, a los delitos imprudentes u omisivos, en tanto produzcan ganancias o rendimientos individualizables. Se encuentra, así también, reconocido el lavado de activos que recae sobre bienes producidos por previos actos de lavado. Esto es, se acepta la existencia el lavado de activos en cadena[138].

137 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 114; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", art. cit., pp. 205 y 206. No está sin embargo comprendida en la norma restringir el carácter de delito fuente a la "receptación aduanera", previsto en el art. 6 de la Ley N.° 26008, denominada Ley Penal Aduanera, tanto más si esta tipología de delitos se encuentran recogidos en el catálogo ejemplificador de los delitos previos del art. 10, párr. 2 del D. Leg. N.° 1106.

138 DÍAZ-MAROTO Y VALLEJO, Julio, "Capítulo XIX. El blanqueo de capitales", art. cit., p. 470; BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 431 y 432; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 137 y 138; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 200; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 256; PALMA HERRERA, Jose Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 328; BARRAL, Jorge, *Legitimación de bienes procedentes de la comisión de delitos. Análisis de la Ley 25246 de Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo*, ob. cit., p. 186; ARIAS HOLGUÍN, Diana, *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, ob. cit., p. 307; GÁLVEZ VILLEGAS, T. (2012), ob. cit., pp. 117 y 118; CARO CORIA, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en CARO CORIA, Carlos (dir.), *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., pp. 208 y 209; GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 104.

El contexto internacional de la lucha contra el lavado de activos de la actualidad no busca criminalizar actos de conversión y transferencia, ocultamiento y tenencia o transporte de bienes que se efectúen sobre bienes procedentes de ilicitudes generales u orígenes ilícitos no delictivos[139]. Por ello, no es de compartirse el análisis de legislación comparada que efectúa PÁUCAR CHAPPA sobre lo que denomina sistema de "tipificación inclusiva", por el cual el delito fuente sería elemento típico únicamente si se encontrara expresamente incorporado en el precepto legal y bajo referencia directa a determinados delitos. Este autor considera que las legislaciones de Alemania, Italia, Uruguay, Colombia y Chile constituirían expresión del sistema aludido, ya que emplearían "una técnica legislativa que comprende al delito precedente como un elemento objetivo del tipo penal en forma expresa y bajo la referencia 'directa' de determinados delitos previos. Por lo tanto, este conjunto de sistemas normativos no han seguido las recomendaciones básicas brindadas por los organismos internacionales, tales como el GAFI"[140].

Sin embargo, del texto de las 40 Recomendaciones del GAFI (en la última actualización de febrero del 2012), concretamente en la Nota Interpretativa de la 3ª Recomendación, se desprende antes bien lo contrario. El GAFI brinda lineamientos expresos acerca del delito fuente y las técnicas legislativas que deben emplear los Estados para incorporarlo en sus tipificaciones penales. Así, sobre la tipificación legal del delito fuente en los Estados, este instrumento de soft law señala: "(2) [...] Los *delitos determinantes* se pueden describir mediante referencia a todos los delitos o a un umbral ligado ya sea a una categoría de delitos graves o a la sanción de privación de libertad aplicable al delito determinante (enfoque de umbral) o a una lista de delitos determinantes o a una combinación de estos enfoques". (3) Cuando los países apliquen un enfoque de umbral, *los delitos determinantes deben,* como mínimo, comprender todos los delitos que están dentro de la categoría de delitos graves bajo sus leyes nacionales, *o deben* incluir delitos que son sancionables con una pena máxima de más de un año de privación de libertad, o, para los países que tienen un umbral mínimo para los delitos en sus respectivos sistemas jurídicos, *los delitos determinantes deben* comprender todos los delitos que son sancionables con una pena mínima de más de seis meses de privación de libertad. (4) Cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, *incluir una gama de delitos* dentro de cada una de las categorías establecidas de delitos. El delito de lavado de activos

139 DURRIEU, Roberto, *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, ob. cit., p. 284.

140 PÁUCAR CHAPPA, Marcial, "El delito precedente en el lavado de activos. Comentarios a la luz del Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFIN", en *Gaceta penal y procesal penal*, art. cit., p. 171.

debe extenderse a todo tipo de propiedad, independientemente de su valor, que represente, directa o indirectamente, los activos del *crimen*. Al probar que esos bienes son activos del *crimen,* no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante"[141].

Por otra parte, este autor denomina como sistema de "tipificación excluyente" aquella legislación caracterizada por la supuesta irrelevancia que tendría el delito precedente para la tipicidad del lavado de activos. Según este autor, el delito fuente sería reemplazado por una terminología más abierta como el 'origen ilícito' o 'actividad ilícita', siendo —a su juicio— expresión de tal sistema las legislaciones penales de México, Estados Unidos, incluido el Perú. Al respecto, sostiene que "en EE. UU. el delito federal de lavado de dinero [...] se encuentra tipificado en el Título 18, Parte I, Capítulo 95, Sección § 1956 del USC, donde en lo pertinente al delito determinante [...] señala: "[...] of some form of unlawful activity" («[...] de alguna forma de actividad ilícita»). Evidenciándose así una técnica legislativa acorde con los estándares internacionales establecidos por entes como el GAFI. En forma muy semejante y análoga, la legislación mexicana (art. 400 bis del CP) guarda para el delito precedente, el siguiente texto normativo: 'de que procede o representa el producto de una actividad ilícita'"[142].

Sin embargo, la revisión global de la normativa penal de los países referidos revela, antes bien, lo contrario. Esto es, mediante la interpretación sistemática de la normativa interna de dichos textos legislativos se puede apreciar que tanto en los EE.UU.[143] (Sección § 1956, literal c, N.os 1 y 7 del *US Code*) como en México[144] (art. 400 bis, cuarto párrafo del CP) contienen cláusulas generales similares a nuestra normativa (art. 10, segundo párrafo, del D. Leg. N.° 1106). De modo tal que —contra lo sostenido por el respetado autor— la tipificación del lavado de activos en dichos países no se efectúa sobre los actos de legitimación de bienes que proceden de "actividades ilícitas" sin más, sino que según lo han

141 Nota interpretativa de la 3.ª Recomendación, en Grupo de Acción Financiera Internacional, *Las recomendaciones del GAFI estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación*, ob. cit., p. 35. El texto actualizado a febrero del 2012 puede consultarse en <http://bit.ly/1GjEYPA>.

142 Páucar Chappa, Marcial, "El delito precedente en el lavado de activos. Comentarios a la luz del Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFIN", en *Gaceta penal y procesal penal*, art. cit., p. 172.

143 Puede consultarse el texto vigente de *US Code, Title 18, Part I, Chapter 95, § 1956-Laundering of monetary instruments*. Recuperado de <http://bit.ly/1TI13Nt>.

144 El texto actualizado del Código Penal Federal de México, en lo atinente al art. 400 bis, puede consultarse en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Código Penal Federal*, México D. F. Recuperado de <http://bit.ly/1T9WvW7>.

dispuesto sus legisladores estos deben ser producidos por delitos previos. De este modo, la técnica legislativa empleada por dichos países, no se limita a referir que los bienes han de proceder "actividades ilícitas", sino que tales bienes son de origen ilícito porque se originan en delitos previos. Las referidas legislaciones, como *infra* se analizará, incorporan al delito fuente como exigencia ineludible de los tipos legales de lavado de activos.

En los EE. UU., este delito se encuentra previsto en el Título 18, Parte I, Capítulo 95 y Sección § 1956 del *USA Code*. Entre otros aspectos de dicha Sección, se recogen las conductas típicas del lavado (literal a, núms. 1 al 3), las penalidades (literal b) y un listado de términos (literal c: *"As used in this section"*) que deben ser empleados en la interpretación de la Sección referida. En el literal c, núm. 1 citado, se establece que el término "«knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds *of some form of unlawful activity*» means that the person knew the *property* involved in the transaction represented proceeds from some form, though not necessarily which form, of *activity that constitutes a felony* under State, Federal, or foreign law, regardless of whether or not such activity is specified in paragraph (7)".

Esto es, que el autor del lavado de activos ha de conocer que la propiedad involucrada en la transacción financiera —por la cual se le habrá de reprimir— representa los beneficios de *alguna forma de actividad ilícita que constituye crimen* según ley estatal, federal o extranjera. Del mismo modo, en el literal c, núm. 7, el legislador incorporó más específicamente ("specified unlawful activity") un conjunto de *delitos previos* de los cuales se han de producir los bienes objeto de los ulteriores actos de lavado de activos[145].

De modo similar, la legislación mexicana incorpora una cláusula de interpretación que concreta la procedencia "ilícita" de los bienes objeto de lavado. Así, en el art. 400 bis, cuarto párrafo, del CP mexicano se establece que: "para efectos de este Capítulo, se entenderá que *son producto de una actividad ilícita*, los recursos, derechos o bienes de cualquier naturaleza, cuando existan indicios fundados o certeza de que provienen directa o indirectamente, o representan las ganancias derivadas de la comisión de algún delito y no pueda acreditarse su legitima procedencia".

145 En el aludido literal c, núm. 7 la legislación penal norteamericana hace expresa mención a la procedencia delictiva de los bienes objeto de lavado de activos. Se emplea la terminología *felony*, *offense* o *crime*, todos alusivos al comportamiento criminal. Esta cláusula general (la norma la refiere como "the term 'specified unlawful activity' means [...]", que para efectos legales se puede traducir como "el término de actividad ilícita específica significa..."), contenida en el citado núm. 7, lit. c, contiene en sus apartados A al F un listado de delitos —no meras ilicitudes— a los cuales corresponde remitirse.

Por tanto, no es que los tipos legales de lavado de activos vigentes en los EE.UU. o México —como de forma similar sucede en el Perú— no incorporen al delito fuente como uno de sus elementos objetivos, por el simple hecho que se empleen las expresiones "[...] alguna forma de actividad ilícita" (literal a, núms. 1 al 3, Sección § 1956, *US Code*) o "[...] actividad ilícita" (art. 400 bis, CP mexicano). Claro está, una conclusión en tal sentido es coherente con una interpretación aislada y, por tanto, indebida de tales normas. En ambas legislaciones, al igual que sucede en nuestra normativa (que hace mención al "[...] origen ilícito", en los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106), se han incorporado cláusulas generales que concretan y precisan los contornos de dichas expresiones. No es pues suficiente interpretar aisladamente los preceptos en se prevén los comportamientos típicos, sino que es indispensable la interpretación sistemática de la propia regulación penal en la que los mismos se encuentran contenidos.

El análisis de derecho comparado debe efectuarse de forma global. Es insuficiente e indebido el examen de artículos o párrafos aislados (con el cual aparentemente el hecho previo lo constituiría la mera "actividad ilícita"). La operación interpretativa efectuada por este sector de la doctrina es, por supuesto, útil para confirmar su hipótesis inicial que aquí cuestionamos (sobre que tanto en los EE. UU., México, como en el Perú, el legislador presuntamente no habría incorporado al delito fuente como elemento de los tipos legales de lavado). Sin embargo, tal análisis omite que en los propios Códigos penales de dichos países existen cláusulas normativas expresas con las cuales el legislador precisa que la "actividad ilícita" solo es tal porque esta tiene naturaleza delictuosa ("felony", "offense", "crime" —EE. UU.— o "delito" —México—).

Estamos, en suma, de acuerdo con Páucar Chappa cuando sostiene, respecto a la legislación penal de los EE. UU. o de México, que estas emplean "[...] una técnica legislativa acorde con los estándares internacionales establecidos por entes como el GAFI"[146]. Pero no porque en tales países el legislador renuncie a incluir el delito fuente en la tipicidad objetiva del lavado, que es la base de lo sostenido por el citado autor, sino precisamente por lo contrario, porque es el GAFI —como supra hemos citado— el órgano que promueve a los Estados la incorporación legal del delito fuente, a través de un sistema abierto, del umbral o mixto, con la precisión de que "[...]cualquiera que sea el enfoque que se adopte, cada país debe, como mínimo, incluir una gama de delitos dentro de

146 Páucar Chappa, Marcial, "El delito precedente en el lavado de activos. Comentarios a la luz del Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFIN", en *Gaceta penal y procesal penal*, ob. cit., p. 172.

cada una de las categorías establecidas de delitos"[147]. Puede, por ello, concluirse que dichos Estados siguen los estándares promovidos por el GAFI, al igual que sucede en el caso peruano.

4.2. Sistemas de tipificación

Tanto en el derecho comparado, de carácter convencional o interno, como en las recomendaciones del *soft law*, se promueve la sistematización del delito fuente sobre la base de tres criterios. En primer lugar, un catálogo cerrado o taxativo de determinados delitos previos; en segundo, una categoría abierta que haga una referencia general a ciertas características del delito previo (por ejemplo, su gravedad o su vinculación al crimen organizado), y, en tercer término, una fórmula de combinación de los criterios precedentes, denominado como criterio de sistematización mixto[148].

El sistema del *numerus clausus*, basado en el catálogo taxativo de los delitos precedentes[149], fue inicialmente empleado por las primeras convenciones internacionales que promovieron la incriminación del delito de lavado de activos, así como la versión inicial de las legislaciones internas que las tomaron como fuente normativa. Tal es el caso de la Convención de Viena de 1988, el Reglamento Modelo de la OEA de 1992 y, en el caso peruano, los derogados arts. 296-A y 296-B del CP (incorporado en su texto original mediante D. Leg. N.° 736, del 12 de noviembre de 1991), los cuales tenían únicamente por delito fuente al narcotráfico. En la actualidad, algunos sistemas penales latinoamericanos emplean este criterio restrictivo[150]. Así, el legislador de Chile empleó el sistema del catálogo o de remisión a un listado específico de delitos fuente. Tal es el caso del art. 27, lit. a) de la Ley N.° 19.913 (del 18 de diciembre del 2003), modificada recientemente por la Ley N.° 20.818 (del 18 de febrero del 2015)[151].

147 Nota interpretativa de la 3.ª Recomendación, en Grupo de Acción Financiera Internacional, *Las recomendaciones del GAFI estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación*, ob. cit., p. 35.

148 Durrieu, Roberto, *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, ob. cit., p. 275; Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003*, del 25 de noviembre, ob. cit., p. 226; Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., pp. 185 y 186.

149 Hinostroza Pariachi, César, *El delito de lavado de activos. Delito fuente*, ob. cit., p. 34; Cálix Vallecillo, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales en el código penal español*, ob. cit., p. 151.

150 García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 98.

151 En Chile la reciente modificación de la norma penal contra el lavado de activos, Ley N.° 19.913 (18 de diciembre del 2013), dispuesta por la Ley N.° 20.818 (18 de fe-

Del mismo modo, este método de tipificación ha sido utilizado por el legislador colombiano en el art. 323 de su CP[152]. Este sistema sin embargo trae consigo la problemática existencia de vacíos de punibilidad producida por la no represión del lavado de activos originados en delitos no comprendidos en el catálogo[153].

Por otro lado, el sistema de *remisión* a una determinada categoría de delitos identifica al delito precedente a partir de determinadas características generales. Uno de los elementos empleados para el establecimiento de esta modalidad de tipificación lo constituye la gravedad de los delitos precedentes o la exigencia de una penalidad mínima. Por otro lado, en este sistema también se incorpora la remisión a determinados delitos vinculados a la criminalidad organizada que, no siendo establecidos taxativamente, son calificados como idóneos para servir de base al blanqueo. Se ha considerado que este sistema, precisamente por remitirse a características generales de ciertos delitos, presenta el inconveniente de no abarcar otros que presentan aptitud para producir ganancias ilícitas.

Finalmente, el *sistema mixto* de tipificación incorpora a la categoría general de delitos precedentes un conjunto de delitos que, en particular, pueden dar base a los actos de lavado. Se ha objetado contra esta fórmula haberse limitado

---

brero del 2015), sin renunciar al sistema del *numerus clausus*, amplía el catálogo de delitos previos. Por lo que son delitos idóneos para constituir el delito previo al lavado de activos los contenidos en la/el: (a) Ley N.° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas; (b) Ley N.° 18.314, que determina las conductas terroristas y fija su penalidad; (c) Ley N.° 18.045, sobre mercado de valores [Título XI]; (d) Ley General de Bancos [Título XVII del Decreto con Fuerza de Ley N.° 3, de 1997]; (e) Ley N.° 17.798, sobre control de armas [art. 10]; (f) Código Penal [delitos previstos en los párrafos 4, 5, 6, 9 y 9 bis del Título V y 10 del Título VI, todos del Libro Segundo del Código Penal; en los artículos 141, 142, 366 *quinquies*, 367, 374 bis, 411 bis, 411 ter, 411 *quáter*, 411 *quinquies*, y los artículos 468 y 470, N.° 8, ambos en relación al inciso final del art. 467 del Código Penal]; (g) Código Tributario [art. 97, N.° 4, párrafo tercero]; (h) Ley N.° 17.336, de Propiedad Intelectual [art. 81.2]; (i) Ley Orgánica Constitucional del Banco Central [arts. 59 y 64]; (j) Ordenanza General de Aduanas [art. 168].

152 En Colombia, en el art. 323 de su CP se prevén mediante un sistema de catálogo los siguientes delitos fuente: (a) tráfico de migrantes; (b) trata de personas; (c) extorsión; (d) enriquecimiento ilícito; (e) secuestro extorsivo; (f) rebelión; (g) tráfico de armas; (h) tráfico de menores de edad; (i) financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas; (j) tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas; (k) delitos contra el sistema financiero; (l) delitos contra la administración pública; y, (m) los delitos de concierto para delinquir.

153 Abel Souto, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003*, del 25 de noviembre, ob. cit., p. 227; Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 348.

a yuxtaponer dos planteamientos contrapuestos que en nada resuelven las objeciones que les han sido dirigidas[154].

4.3. Regulación nacional

Respecto a nuestra regulación, tanto en la Ley N.° 27765 como en el actual D. Leg. N.° 1106, el legislador abandonó el sistema de *numerus clausus* o cerrado, implementado en los derogados arts. 296-A y 296-B del CP, optando en ambos casos por un sistema próximo al intermedio. Si bien en la primera, además de establecer un listado ejemplificativo de delitos precedentes, incorporó una cláusula general de remisión a "delitos previos similares" —con el que se acotaba el número de delitos fuente idóneos para producir los bienes objeto del lavado—, en la normativa vigente se modifica dicha cláusula (art. 10, segundo párrafo) para incorporar a "cualquier otro (delito) con capacidad para generar ganancias ilegales". En esta expresión, como es evidente, no solo se aglutinan los tipos legales previstos en el Código Penal, sino además los establecidos en las Leyes penales especiales y en el Código de Justicia Militar Policial, con la única exigencia que produzcan o generen rendimientos económicos o efectos ilícitos susceptibles de ser lavados.

5. Grado de realización y relación de integración

El hecho precedente sobre el cual se conecta el lavado de activos debe ser una actividad criminal, a tenor del art. 10 del D. Leg. N.° 1106, siendo fundamental el análisis de su grado de realización a fin de determinar si cumple con el elemental objetivo de producir bienes o ganancias, de modo que configure el instituto del delito fuente. Esto es, si basta que el mismo se encuentre en fase preparatoria, tentativa delictiva o que el hecho se haya consumado[155]. Los actos constitutivos del lavado de activos tienen como regla la realización de comportamientos típicos en grado de consumación capaces de generar bienes de origen delictivo. Sin embargo, como bien se reconoce en el Acuerdo Plenario N.° 7-2011/CJ-116 (del 06 de diciembre del 2011), existirían supuestos en los cuales no se descartaría que el denominado delito previo pueda estar constituido por actos anteriores a la tentativa o, inclusive, cuyo grado de realización se encuentre en fase de agotamiento —en su f. j. n.° 11 sostuvo que "vistas así las posibilidades alternativas de realización de delitos de lavado de activos, de ejecución posterior o anterior a la consumación o tentativa del delito fuente generador de los activos ilegales, no cabe excluir *a priori* una investigación por

154 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 186.
155 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 291.

lavado de activos ni tampoco evitar o desestimar la aplicación de las medidas coercitivas reales que correspondan—. En el primero de los casos se sitúan los actos preparatorios punibles[156] o determinados fenómenos asociativos[157], mientras que, en el segundo, estaremos frente al propio lavado de activos como delito precedente. En ambos casos es indispensable que de la realización del hecho delictivo precedente pueda derivarse bienes o rendimientos económicos sin los cuales no cabe posibilidad de cometer delito de lavado de activos.

Por otra parte, el hecho precedente o generador de los activos solo puede ser un delito, descartándose que cualquier tipo de ilicitud extrapenal pueda servir de base para la comisión del delito de lavado[158]. Tal es así que el sector doctrinal que plantea efectuar la interpretación literal y asistemática de los arts. 1 al 3 del referido D. Leg. —que alude al simple "origen ilícito" de los activos a legitimar—, debe asumir coherentemente que bajo sus postulados pueden ser peligrosamente incorporados como hechos previos al origen ilícito de carácter civil, administrativo u otro, ya que tales ilicitudes son en muchos casos idóneas para producir bienes o ganancias. Sin embargo, como ha sido *supra* fundamentado (sección IV.A.2), el intérprete debe remitirse al art. 10 para extraer de su contenido los elementos de tipicidad que complementan los citados arts. 1 al 3, tales como el sujeto activo "autolavador" y el "delito fuente" —denominado por la ley como *actividades criminales* capaces de generar ganancias ilegales—.

No es preciso, sin embargo, que el hecho delictivo anterior del cual proceden los bienes haya sido efectuado con culpabilidad o sea penalmente perseguible —punible—, sino que será suficiente con que sea típico y antijurídico, esto es, que constituya un injusto penal. Por tanto, aun cuando el autor o partícipe del delito fuente haya actuado en situaciones de inculpabilidad o concurrieren causales de exención de la pena o extinción de la acción penal, la presencia de un ilícito penal no quedará descartada. Por lo que de ostentar dicho injusto

156 MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 255; DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 132.

157 VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, "El fenómeno asociativo como actividad delictiva previa al delito de blanqueo de capitales (Reflexiones a propósito de la Sentencia 25191/14, del 27 de febrero, de las Secciones Unidas Penales de la Corte Suprema de Casación italiana)", en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° 35, Galicia: Universidad de Santiago de Compostela, 2015, p. 98.

158 DEL CARPIO DELGADO, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 129; BARRAL, Jorge, *Legitimación de bienes procedentes de la comisión de delitos. Análisis de la Ley 25246 de Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo*, ob. cit., p. 183.

virtualidad para generar ganancias ilegales, estaremos frente a un delito fuente susceptible de dar base a los actos de lavado.

Sobre esta cuestión, un sector de la doctrina considera que el hecho precedente debe seguir las reglas del principio de accesoriedad limitada. De modo que, según dicho criterio, la sanción del lavado de activos dependerá de la realización típica y antijurídica del delito previo[159]. Tal posición, como se aprecia, traslada inconvenientemente instrumentos conceptuales de una institución dogmática —como lo es la participación criminal—, hacia el examen de una figura delictiva independiente de la parte especial, que puede justificar la comprensión del lavado de activos como un delito dependiente del delito fuente[160], en desmedro de su bien lograda autonomía sustantiva. Por otro lado, se presenta también un sector de la doctrina que, en su análisis del art. 300 del CP español (que prevé "las disposiciones de este capítulo se aplicarán aun cuando el autor o el cómplice del hecho de que provengan los efectos aprovechados fuera irresponsable o estuviera personalmente exento de pena"), propone no trasladarse el principio de accesoriedad limitada a un ámbito que —como expresamos— le resulta ajeno, sino más bien —como propone ARÁNGUEZ SÁNCHEZ— hablar de una "relación de accesoriedad limitada"[161].

Debe entenderse, sin embargo, que toda referencia a la accesoriedad en la determinación del delito fuente entraña seguir concibiendo al lavado de activos como una forma de participación *post delictum* cuando, por el contrario, se trata de un delito autónomo que no se vincula "accesoriamente" al delito fuente. Antes bien —como señala ABEL SOUTO—, convendría hablar de "relación de integración"[162], ya que el lavado de activos ni depende ni es accesorio de un delito previo, sino que los bienes producidos por este se integran en el contenido sustantivo del primero, y así lo ha previsto nuestro legislador al incorporar como elemento típico (de los arts. 1 al 3) al "origen ilícito" de contenido delictivo (art. 10). En suma, sobre la cuestión de cuáles elementos del concepto dogmático de delito han de concurrir en el delito fuente para dar base al lavado de activos, debe concluirse que es suficiente que el comportamiento económicamente productivo sea contradictorio con el ordenamiento jurídico penal, esto es, que se

159 DÍAZ-MAROTO Y Julio VALLEJO, *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid: Dyinson, 1999, p. 41.

160 BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., ob. cit., p. 380.

161 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 198.

162 ABEL SOUTO, Miguel, *El delito de blanqueo en el Código Penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003*, del 25 de noviembre, ob. cit., pp. 216 y 217.

trate de una conducta tipificada como delito y que no se encuentre amparada por ninguna causa de justificación[163].

6. Supuestos problemáticos de delito fuente

6.1. Delitos imprudentes

El sistema de tipificación del delito fuente en nuestra legislación se aproxima al criterio mixto, al contener una lista ejemplificativa de "actividades criminales" que se complementa por una cláusula general que incluye a otros delitos "con capacidad de generar ganancias ilegales". En la normativa derogada —art. 6 del Ley N.° 27765— se incorporaba como delitos fuente a aquellos "otros similares" delitos que, de acuerdo al catálogo expresado en dicho precepto, se caracterizan por su notoria gravedad e idoneidad para producir ganancias ilícitas. En la interpretación de dicha norma, la doctrina sostuvo que los delitos imprudentes no podían ser considerados como delitos previos, dado que "revisten una menor gravedad"[164].

La doctrina, sin embargo, ha concebido que nada obsta para considerar como delito previo a una actividad delictiva culposa siempre que sea idónea para generar bienes[165]. Se ha incluso añadido como exigencia —para concebirla como delito precedente— que deba tratarse de un hecho imprudente manifiestamente grave[166]. En oposición a tales planteamientos, se ha consi-

163 Castillo Alva, José Luis, "La necesidad de determinación del 'delito previo' en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, p. 341; García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 99; Caro Coria, Carlos, "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en Caro Coria, Carlos (dir.), *Anuario de Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 207. En el derecho español, Fabián Caparrós, E. (2000), ob. cit., p. 291; Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 128; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., ob. cit., pp. 379 y 380.

164 Caro John, José, "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*, ob. cit., p. 159.

165 Martínez Buján-Pérez, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*, ob. cit., p. 255.

166 Sin desconocer el potencial dogmático de concebir la idoneidad del delito imprudente como delito fuente, un sector de la doctrina reconoce, antes bien, dificultades de orden práctico. Al respecto, Del Carpio Delgado, Juana, *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, ob. cit., p. 130; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., ob. cit., p. 385; Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 189. Por otra parte, en sus observaciones acerca de la reforma

derado que sobre el objeto de los delitos culposos no podría efectuarse los actos de lavado, puesto que este no tendría origen delictivo. Así también, que la expresión "actividades criminales" —prevista en el art. 10 del D. Leg. N.° 1106— no abarcaría a "las actividades culposas, ya que como hechos criminales siempre se ha considerado a los delitos más graves (dentro de la clasificación entre crímenes y delitos)"[167].

Nuestro ordenamiento punitivo, sin embargo, a diferencia de las legislaciones de Suiza (art. 10 CP), Alemania (§ 12 CP) o Francia (art. 111-1 CP), no se basa en un sistema de incriminación que diferencie entre crímenes y delitos, sino antes bien en un sistema dual de delitos y faltas. Cuando la norma incorpora la terminología "actividades criminales" (art. 10 del D. Leg. N.° 1106) no modifica en lo absoluto dicha sistemática (art. 11 CP), como si fuere que solo los "crímenes" —que según la clasificación ajena a nuestro derecho positivo comprendería las infracciones penales conminadas con una penalidad grave— especialmente rentables fueran idóneos para constituirse en hechos precedentes, no abarcándose —según tal interpretación— a los delitos imprudentes. No obstante, consideramos que aquella no constituye una debida interpretación de "actividades criminales". Antes bien, con dicha expresión se resuelven las dudas interpretativas que presentaba la terminología "conductas punibles en la legislación penal" (art. 6 de la Ley N.° 27765), ya que un sector comprendía que el análisis de la punibilidad de la conducta implicaba el examen del íntegro de las categorías dogmáticas del delito precedente. Con la actual regulación queda esclarecido, por un lado, que pueden lavarse activos procedentes de injustos típicos y, por otro, que es exigible una relación de integración[168] entre el delito fuente y el ulterior lavado de activos.

---

del 2003 recaída sobre el art. 301 del CP español —que incorporó el término *delito* como hecho base del lavado—, Miguel Abel sostuvo que tal enunciado indudablemente incorporaba el delito imprudente, aunque no le son ajenos los cuestionamientos derivados del principio de mínima intervención, cfr. ABEL SOUTO, M. (2003), ob. Cit., p. 256. De otro lado, deduciendo consecuencias para la presente discusión –a partir de su análisis de la normativa sobre el decomiso vigente en el CP español hacia el 2000–, José Palma sostuvo que el delito imprudente no podía constituirse en delito fuente, ya que a su juicio la idoneidad del objeto material del lavado dependería de la regulación del decomiso. En tal contexto legislativo, no es viable el decomiso en delitos culposos y, seguidamente a su criterio, esta tipología delictiva no podría ser considerada como delito fuente. Cfr. PALMA HERRERA, Jose Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 335.

167 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 99.

168 Sobre esta cuestión, revísese *infra* el desarrollo contenido en la sección IV.E.

6.2. Delitos omisivos

Un sector de la doctrina considera que los delitos omisivos no pueden constituirse en delito fuente del lavado de activos. Uno de los argumentos esgrimidos se basa en la regla lógica de que, por que la omisión no causa nada, dicha tipología de delitos no puede *producir* u *originar* bienes objeto de ulterior lavado. Al respecto, señala Choclán Montalvo, "un delito que corresponda en su configuración típica al patrón de los delitos de omisión [...] no puede servir de delito previo de un blanqueo de capitales, pues no puede establecerse una relación causal entre la acción omitida [...] y los bienes ya incorporados al patrimonio del sujeto por virtud de un hecho positivo anterior no constitutivo de delito"[169]. En la misma línea, a partir de la interpretación del art. 301 del CP español, Bacigalupo Zapater, sostiene que "tener su origen o proceder son expresiones que aluden indudablemente a una relación causal"[170].

En efecto, es indiscutible que, en sentido científico natural, la omisión no causa nada[171]. Sin embargo, a nuestro juicio, el patrón de análisis en la determinación de la idoneidad de un delito para producir el objeto material del lavado no tiene por base un análisis fenomenológico. Tampoco a partir de la lógica formal de concebir que el objeto material del lavado deba ser consecuencia de la comisión de un delito al que se vincula desde una perspectiva causal, pues como la omisión no causa nada esta sería inidónea para constituirse en delito previo.

El análisis no ha de sustentarse a partir de la ausencia de causalidad en la omisión, sino en criterios valorativos, ya que la imputación del delito omisivo no se fundamenta en "no haber causado" un estado favorable al bien, sino en la infracción del deber jurídico de actuar[172]. Si bien es cierto que la omisión nada causa (perspectiva ontológica), también lo es que el comportamiento delictivo omisivo "produce jurídicamente" cuando menos la puesta en riesgo —concreto o abstracto— del bien jurídico (perspectiva valorativa). Por lo que cuando el agente

169 Choclán Montalvo, José, *La aplicación práctica del delito fiscal: Cuestiones y soluciones. Adaptado a la Reforma penal de la L.O. 5/2010*, Barcelona: Bosch, 2011, p. 339.

170 Bacigalupo Zapater, Enrique, *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Navarra: Aranzadi, 2012, p. 35.

171 Gimbernat Ordeig, Enrique, "La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión' ", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 53, Madrid: Ministerio de Justicia, 2000, p. 41. En el mismo sentido, Corcoy Bidasolo, Mirentxu, *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., Montevideo: BDF, 2005, p. 397; Reyes Alvarado, Yesid, *Imputación objetiva*, Bogotá: Temis, 1994, p. 45.

172 Hurtado Pozo, José y Víctor Prado Saldarriaga, *Manual de derecho penal. Parte general*, ob. cit., p. 43.

se encuentra con el bien sometido a tal contexto de peligrosidad jurídicamente desaprobada, puede darse el caso que su proceder omisivo obre compelido por un móvil lucrativo[173]. De ahí que determinados delitos omisivos o efectuados por omisión puedan constituir delito fuente, siempre que su autor reciba un concreto e identificable rendimiento económico[174] sobre el cual se efectúen los ulteriores actos de legitimación. Debe precisarse, además, que cuando el delito omisivo tenga por sujeto activo a un funcionario público, el beneficio patrimonial entregado a sí será objeto material del cohecho, constituyéndose este último en el delito previo.

6.3. Delitos de función

El art. 173 de la Constitución delimita la competencia material de la jurisdicción especializada en lo militar, al establecer que en esta solo se han de conocer las causas por delitos de función cometidos por miembros de las fuerzas armadas o policiales. Si bien no es el lugar para un estudio más detallado[175], el concepto material de delitos de función comprende a las conductas previstas en el Código de Justicia Militar Policial cometidas por un militar o efectivo policial en situación de actividad que, siendo efectuadas con ocasión o ejercicio funcional del acto de servicio, infringen sus deberes especiales de protección y resguardo de bienes jurídicos privativos de las Fuerzas Armadas o de la Policía Nacional del Perú —relevantes para la existencia organización, operatividad y cumplimiento de los fines de las instituciones castrenses[176]—.

La idoneidad de determinados delitos de función para constituirse en delito fuente del lavado de activos ha sido reconocida por nuestros tribunales. La 4.ª Sala Penal para Procesos con Reos en Cárcel (Exp. N.° 49146-09, del 31

173 El precio o recompensa indebida pueden por regla motivar la realización de todo tipo de delitos. Por tanto, puede constituir objeto material del lavado de activos siempre que el agente realice sobre sí actos posteriores de legitimación. Véase, al respecto ABEL SOUTO, M., ob. cit., p. 174.

174 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás, *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, ob. cit., p. 105.

175 Sobre los aspectos sustantivos y procesales del delito de función y la jurisdicción especializada en lo militar policial, nos remitimos a un trabajo anterior, SAN MARTÍN CASTRO, César y Fidel MENDOZA LLAMACPONCCA, "La reforma de la justicia militar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el contenido material del delito de función", en HURTADO POZO, José (dir.), *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Anuario de Derecho Penal 2008*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, pp. 59-95.

176 SALA PENAL PERMANENTE, *Competencia N.° 18-2004*, Lima: 17 de noviembre del 2014, fundamento jurídico 5 y 6; TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, *Sentencia N.° 0017-2003-AI/TC*, Lima, 16 de marzo del 2014, fundamento jurídico 134.

de enero el 2013) tuvo ocasión de emitir sentencia condenatoria en un caso de delito de lavado de activos procedente del delito de función contra la defensa nacional-traición a la patria en tiempos de paz (art. 67, concordado con el art. 66, incs. c y f del D. Leg. N.° 961, Código de Justicia Militar Policial[177]), la cual fue debidamente confirmada por la Sala Penal Permanente (R. N. N.° 1970-2013-Lima[178], del 16 de abril del 2014). Se trató de un caso en el cual el autor de este delito de función, un ex técnico inspector de la Fuerza Aérea del Perú (FAP), efectuó actos de ocultamiento y tenencia de dinero, giros mensuales enviados mediante agencias de transferencia de fondos, los cuales obtuvo delictivamente en una cuenta bancaria de Lima luego de proporcionar a agentes de inteligencia chilena información clasificada y secreta relacionada con la seguridad y defensa nacional.

Uno de los argumentos de la defensa se basó en que el delito objeto de condena en el fuero militar policial no podría constituir delito precedente en la Ley N.° 27765, precisamente por el carácter privativo de la justicia militar, ajena a la jurisdicción penal ordinaria, y que por tanto la imputación por lavado de activos carecía de tipicidad. Independientemente de que los delitos de función no se encuentren tipificados en el Código Penal, sino en el Código de Justicia Militar Policial, no es sostenible atribuirle a este último un carácter autónomo o independiente del primero. La previsión legal de los delitos de función fuera del Código Penal no quiere decir que no se encuentren vinculados a sus principios[179] o reglas de imputación, sino por el contrario, como ocurre con la legislación penal especial, sus garantías y criterios de imputación tienen pleno vigor. Por tanto, determinados delitos de función constituyen delitos fuente del lavado de activos, encontrándose abarcados tanto por la normativa derogada

177 El art. 67 del CJMP (derogado, del 11 de enero del 2006) preveía lo siguiente: "Los supuestos del artículo anterior, en los casos que no exista guerra exterior, ni conflicto armado internacional, serán sancionados con pena privativa de la libertad no menor de veinte años, con la accesoria de inhabilitación". Mientras que en su art. 66 establecía que: "Será sancionado con pena no menor de treinta años y hasta cadena perpetua, el militar o policía, que durante conflicto armado internacional, cometa alguna de las acciones siguientes: [...] inc. 3: colaborar estratégicamente, favoreciendo al enemigo o intentando favorecerlo, perjudicando la defensa nacional en los siguientes casos: [...] c.- Proporcionando al enemigo, potencia extranjera u organismo internacional, cualquier información, procedimiento, asunto, acto, documento, dato u objeto cuya reunión o explotación sirva para tal fin. [...] f.- Sosteniendo inteligencia con el enemigo".

178 Sala Penal Permanente (ponente: Segundo Morales Parraguez), *Recurso de Nulidad N.° 1970-2013*, Lima: 16 de abril del 2014.

179 Doig Díaz, Yolanda, "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción", en Hurtado Pozo, José (dir.), *La reforma del derecho penal militar: Anuario De Derecho Penal 2001-2002*, Lima: Fondo Editorial PUCP, 2002, pp. 31 y 32.

(Ley 27765), —pues sí les es atribuible la "relación de similitud", establecida en dicha norma—, como también por la vigente (D. Leg. N.° 1106), en caso tengan capacidad de generar ganancias ilegales.

V. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD VINCULADAS AL DELITO FUENTE Y AL OBJETO MATERIAL

1. Circunstancias relativas al delito previo

El legislador al emitir el D. Leg. N.° 1106, al igual que lo hizo con la Ley N.° 27765, valoró la dañosidad social de determinados delitos fuentes caracterizándolos como circunstancias agravantes. Por lo que de acuerdo a lo previsto en el art. 4, segundo párrafo, se impondrá una pena no menor de veinticinco años al imputado que haya efectuado alguno de los comportamientos del lavado sobre bienes procedentes de la minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

Con relación a los actos de incumplimiento o retraso de los deberes de información, elevados a la categoría de delito (por supuestamente afectar una de las competencia de la administración de justicia: la persecución penal en la investigación y juzgamiento del lavado de activos[180]), según lo previsto en el art. 6 del D. Leg. N.° 1106, se incorpora una circunstancia agravante basada, nuevamente, en la gravedad del delito fuente. En tal sentido, quien incumpla o rehúse dar información en el marco de investigaciones por delito de lavado procedente de la minería ilegal o de actos vinculados al crimen organizado, la penalidad prevista en el tipo base (de dos a cuatro años de pena privativa de libertad), se agravará a una de tres a cinco años.

180 La conducta reprimida por el art. 6 del D. Leg. N.° 1106 no resulta desconocida en nuestro sistema penal. Desde la puesta en vigencia del CP de 1991 se encuentra tipificado, en su art. 242, el delito de rehusamiento y obstaculización de las funciones de supervisión económica (que reprime al director, administrador o gerente de una empresa que, indebidamente, rehúsa suministrar a la autoridad competente la información económica, industrial o mercantil que se le requiera, o deliberadamente presta la información de modo inexacto). Este delito si bien presenta parecida estructura de incriminación, su objeto de tutela es distinto. El primer tipo legal aludido protege la administración de justicia (la función persecutoria de los órganos de investigación y juzgamiento del lavado de activos), mientras que el segundo, pretende el resguardo de la función asignada a las agencias estatales de supervisión del control del mercado. Al respecto, véase García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, ob. cit., p. 156; Prado Saldarriaga, V., ob. cit., p. 316.

2. Circunstancias relativas al valor del objeto

Nuestro sistema penal, a diferencia de la legislación argentina que fuere derogada[181], no prevé un monto mínimo como presupuesto de tipicidad de un acto de lavado (criterio del umbral mínimo en la tipificación del delito fuente). Sin embargo, es una importante novedad del D. Leg. N.° 1106 que se disponga que el valor de los bienes —objeto de los ulteriores actos de lavado— tendrá relevancia para la atenuación o agravación del delito de lavado de activos. De acuerdo a lo previsto en el art. 4, párrafo 3, cuando el monto involucrado del objeto material —el dinero, los bienes efectos o ganancias— no sea superior a cinco Unidades Impositivas Tributarias (UIT), la penalidad aplicable no excederá los seis años de pena de privación de libertad, ni será menor a cuatro años. Esto es, cuando el valor de los bienes no supere S/ 19,250.00 soles, la responsabilidad penal se encontrará atenuada.

Por el contrario, conforme lo dispone el art. 4.3, en caso de que los bienes involucrados tengan un valor superior a 500 UIT (S/ 1'925,000 soles), se agravará la responsabilidad, debiéndose aplicar una pena privativa de libertad no mayor a 20 años, ni menor a diez. Finalmente, cuando se cometan los actos descritos en el art. 6 (delito de rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información), y el monto involucrado, objeto de la investigación por lavado de activos, exceda las 500 UIT, concurrirá una circunstancia agravante que incrementará la penalidad hasta un máximo de cinco años de privación de la libertad.

VI. CONCLUSIONES

- Un sector de la doctrina nacional sostiene que el delito fuente no constituye elemento del tipo penal del lavado de activos. Partiendo de la interpretación literal de los arts. 1 al 3 del D. Leg. N.° 1106 —que hace mención al "origen ilícito" de los bienes—, consideran que el delito fuente no constituye elemento objetivo del tipo base, con lo que no se requeriría actuación probatoria para acreditarlo. Solo en el caso del tipo agravado (previsto en el art. 4, segundo párrafo), el

181 BARRAL, Jorge, *Legitimación de bienes procedentes de la comisión de delitos. Análisis de la Ley 25246 de Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo,* ob. cit., p. 178; ORSI, Omar, *Lavado de dinero de origen delictivo,* ob. cit., pp. 60-609. Para más detalles sobre el proceso de reforma, ver la nota 26 del presente trabajo, así como CÓRDOBA, Fernando, *Delito de lavado de dinero,* ob. cit., p. 39; D'ALBORA, Francisco, "La prevención y control del lavado de dinero", en BERTAZZA, Humberto y Francisco D'ALBORA (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión,* ob. cit., p. 190.

delito fuente podría adquirir relevancia normativa y probatoria. En el mismo sentido, el Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFN (de la Secretaría General de la Fiscalía de la Nación), citando en parte el art. 10, primer párrafo, del D. Leg. N.° 1106, expresa que el lavado de activos es un delito autónomo. Así también, incorporando una declaración no prevista en la ley, señala que el mismo "no tiene delito fuente".

- El carácter fragmentario del derecho penal, el principio de unidad del ordenamiento jurídico y el principio de legalidad, constituyen fundamentos irrenunciables que obligan a interpretar sistemáticamente los arts. 1 al 3 junto al art. 10, segundo párrafo, del citado D. Leg. N.° 1106. En este último precepto se hace referencia a que el origen ilícito "corresponde a actividades criminales", con lo cual la categoría legal del delito fuente se incorpora a los tipos penales del lavado, previstos en los citados arts. 1 al 3. La determinación del tipo de ilicitud del elemento objetivo del tipo, previsto expresamente como "origen ilícito" (en los citados arts. 1 al 3) debe identificarse, asimismo, con el derecho interno de procedencia convencional. Tanto la Convención de Viena de 1988, la de Palermo del 2000 (arts. 2, lit. h, y 6.2, lit. a), como la de Mérida del 2003 (los arts. 2, lit. h y 23.2, lit. a), permiten concretar los límites interpretativos del "origen" de los activos objeto de los ulteriores actos de lavado.
- El art. 10 contiene elementos de tipicidad que complementan lo expresamente preceptuado en los arts. 1 al 3. Así como el sujeto activo "autolavador" se desprende del art. 10, párrafo tercero (*"También podrá ser considerado autor del delito [...], quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras [...]"*), el delito fuente se encuentra previsto en el párrafo segundo de dicha norma (*"actividades criminales"* o *"cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales"*). Ambos elementos de tipicidad, mediante la interpretación sistemática que se propone, complementan al tipo base.
- Sostener que la exigencia del delito fuente en el tipo base —y su correlativo deber de probanza— explicaría la ausencia de condenas, desconoce que sistemas legales como el español, en que la exigencia del delito previo carece de discusión, tiene una notable producción condenatoria (como lo reconoce la Evaluación Mutua del GAFI, de diciembre del 2014). En Perú, según se constata de información oficial (el analizado Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo), distintas son las razones que explican

la ausencia de sentencias condenatorias. Ninguna de estas razones están vinculadas a la exigencia legal del delito fuente, sino atribuibles fundamentalmente a vulnerabilidades estructurales e innegables carencias logísticas de nuestro sistema persecutorio y judicial.

- Nuestra legislación prevé únicamente la autonomía procesal de la investigación y procesamiento del lavado de activos. Esto es, que el delito que originó los bienes no necesariamente debe encontrarse sometido a investigación o procesamiento.
- La autonomía sustantiva, por la que se reconoce que el lavado de activos entraña un injusto material propio e independiente del delito previo (con lo que, inclusive, se permite diferenciarlo de los delitos de receptación, encubrimiento o enriquecimiento ilícito), no está recogida en el D. Leg. N.° 1106, como tampoco en el Proyecto de Ley del Nuevo Código Penal (art. 360.1). La postura que niega su naturaleza de elemento objetivo del tipo base, renuncia a su probanza, exigiéndola únicamente en el tipo agravado.
- La probanza del delito fuente, cuando menos mediante prueba indiciaria, es ineludible por imperio de los derechos a la presunción de inocencia y de defensa. En el art. 10, párrafo primero, no se establece ninguna cláusula que excluya al órgano de persecución o de enjuiciamiento de sus deberes funcionales de postular, probar o valorar el "origen ilícito" de contenido delictivo (la categoría del delito fuente). Este constituye uno de los elementos objetivos de los tipos legales de lavado y, como tal, debe ser incorporado como objeto procesal por el órgano persecutor, de modo que se asegure su debate y objeto de ulterior valoración judicial.
- Es en el proceso penal por lavado de activos donde el delito fuente (origen ilícito de contenido delictivo) debe encontrar su sede probatoria cuando no haya sido acreditado mediante sentencia previa. No se trata de exigir un conocimiento último de los caracteres del delito fuente (su calificación jurídica, intervinientes o la más absoluta plenitud de detalles), sino que su probanza es ineludible, a fin de arribarse a la certidumbre procesal que motive una condena previa intimación (la progresiva concreción del objeto procesal), debate y valoración. Tal como estable el GAFI (nota interpretativa de la Recomendación N.° 3), "Al probar que esos bienes son activos del crimen, no debe ser necesario que una persona sea condenada por un delito determinante". Con ello, corresponde su debida probanza cuando menos al interior del proceso penal por lavado de activos.

VII.BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

2015 "Evolución de la criminalización del lavado de activos en la doctrina y práctica de Perú y Alemania", en AMBOS, Kai; Dino Carlos CARO CORIA y Ezequiel MALARINO, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, Lima: Jurista.

ABEL SOUTO, Miguel

2005 *El delito de blanqueo en el Código penal español. Bien jurídico protegido, conductas típicas y objeto material tras la Ley Orgánica 15/2003*, del 25 de noviembre, Barcelona: Bosch.

2014 "Jurisprudencia penal reciente sobre el blanqueo de dinero, volumen del fenómeno y evolución del delito en España", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), IV Congreso internacional sobre prevención y represión del blanqueo de dinero, Valencia: Tirant lo Blanch.

ADRIASOLA, Gabriel

2005 "Estudio comparado de la legislación uruguaya y argentina sobre lavado de activos", en YACOBUCCI, Guillermo (coord.), *El crimen organizado. Desafíos en el marco de la globalización*, Buenos Aires: Ábaco Depalma.

AGUADO CORREA, Teresa

2000 *El comiso*, Madrid: Edersa.

ÁLVAREZ DÁVILA, Francisco

2012 "Sobre la nueva estructura penal de los delitos tributarios. Reflexiones a partir de las modificaciones efectuadas por los Decretos Legislativos N.os 1113, 1114 y 1123", en *Revista de estudiantes Ita ius esto*, n.° 2, Piura-Lima: Asociación Civil Ita ius esto.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos

2000 *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons.

ARIAS HOLGUÍN, Diana

2011 *Aspectos político-criminales y dogmáticos de tipo de comisión doloso de blanqueo de capitales (art. 301 CP)*, Madrid: Iustel.

ASENCIO MELLADO, José María / AA.VV

2011 *Proceso civil práctico. La prueba*, vol. IV, Madrid: La Ley.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique

2012 *Sobre el concurso de delito fiscal y blanqueo de dinero*, Navarra: Aranzadi.

Baldó Lavilla, Francisco

1997 "Observaciones metodológicas sobre la construcción de la teoría del delito", en: Silva Sánchez, Jesús María (ed.), *Política criminal y nuevo derecho penal. Libro homenaje a Claus Roxin*, Barcelona: Bosch.

Barral, Jorge

2003 *Legitimación de bienes procedentes de la comisión de delitos. Análisis de la Ley N.º 25246 de Encubrimiento y Lavado de activos de origen delictivo*, Buenos Aires: Ad Hoc.

Berdugo Gómez De La Torre, Ignacio y Eduardo Fabián Caparrós

2011 "La 'emancipación' del delito de blanqueo de capitales en el derecho penal español", en Martínez Buján Pérez, Carlos; Francisco Muñoz Conde y José Manuel Lorenzo Salgado (dirs.), *Un derecho penal comprometido. Libro homenaje al Prof. Dr. Gerardo Landrove Díaz*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Berenguer Pascual, Sergio

2014 *Criptodivisas y derecho penal. Reflexiones sobre un nuevo fenómeno económico*, Madrid: Díaz-Bastien & Truan.

Bernal Pulido, Carlos

2009 *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Blanco Cordero, Isidoro

2012 *El delito de blanqueo de capitales*, 3.ª ed., Navarra: Aranzadi

2014 "Principios y recomendaciones internacionales para la penalización del lavado de dinero. Aspectos sustantivos", en Blanco Cordero, Isidoro; Eduardo Fabián Caparrós; Víctor Prado Saldarriaga y Javier Zaragoza Aguado, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Edición especial para el Perú*, 3.ª ed., OEA-CICAD-BID, Washington.

2015 *El delito de blanqueo de capitales*, 4.ª ed., Navarra: Aranzadi.

Bobbio, Norberto

1997 *Teoría general del Derecho*, 2.ª reimpr., 2.ª ed., traduc. Jorge Guerrero, Bogotá: Temis.

Bottke, Wilfried

1998 "Mercado, criminalidad organizada y blanqueo de dinero en Alemania", en *Revista Penal*, n.° 2, Madrid: Praxis.

Bramont-Arias Torres, Luis Alberto [2003].

Brito, Jerry y Andrea Castillo

2013 *Bitcoin: A primer for policymakers*, Arlington: George Mason University.

CAFFERATA NORES, José

1986 *La prueba en el proceso penal*, Buenos Aires: De Palma.

CÁLIX VALLECILLO, Carlos

2004 CÁLIX VALLECILLO, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales en el código penal español*, México: Ángel Editor.

CALLEGARI, André

2003 *El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia

2009 CALLEGARI, André, *Lavado de activos*, Lima: Ara Editores.

CARO CORIA, Carlos

2012 "Sobre el tipo básico de lavado de activos", en CARO CORIA, Carlos (dir.), *Anuario de derecho penal económico y de la empresa*, Lima: CEDPE.

2015 CARO CORIA, Carlos, "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en AMBOS, Kai; Dino Carlos CARO CORIA y Ezequiel MALARINO, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, Lima: Jurista Editores.

CARO JOHN, José

2010 "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*, Lima: Ara Editores.

CASTILLO ALVA, José Luis

2009 "La necesidad de determinación del 'delito previo' en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 4, octubre, Lima: Gaceta Jurídica.

CEREZO DOMÍNGUEZ, Ana

2004 *Análisis jurídico-penal de la figura del comiso*, Granada: Comares.

CEREZO MIR, José

1994 *Curso de derecho penal español. Parte general I. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 4.ª ed., Madrid: Tecnos.

CHOCLÁN MONTALVO, José

2011 *La aplicación práctica del delito fiscal: Cuestiones y soluciones. Adaptado a la Reforma penal de la L.O. 5/2010*, Barcelona: Bosch.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu

2005 *El delito imprudente. Criterios de imputación del resultado*, 2.ª ed., Montevideo: BDF.

CÓRDOBA, Fernando

2015 *Delito de lavado de dinero*, Buenos Aires: Hammurabi.

D'ALBORA, Francisco

2012 "La prevención y control del lavado de dinero", en BERTAZZA, Humberto y Francisco D'ALBORA (dirs.), *Tratado de lavado de activos y financiación del terrorismo. Prevención, investigación y represión*, t. I, Buenos Aires: La Ley.

DEL CARPIO DELGADO, Juana

1997 *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.

2004 *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal.*

2011 "La posesión y utilización como nuevas conductas en el delito de blanqueo de capitales", en BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio (dir.), *Revista General de Derecho Penal*, n.° 15, Madrid: Iustel.

2011 "Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código Penal", en Ferré Olivé, Juan Carlos (dir.), *Revista Penal*, n.° 28, julio, Valencia: Tirant lo Blanch.

DÍAZ-MAROTO Y VALLEJO, Julio

1999 *El delito de blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid: *Dyinson*

2011 "Capítulo XIX. El blanqueo de capitales", en DÍAZ-MAROTO Y VALLEJO, Julio (dir.), *Estudios sobre las reformas del Código Penal* (operadas por las LO 5/2010, de 22 de junio, y 3/2011, de 28 de enero), Navarra: Aranzadi.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel

2014 "¿Puede el delito de defraudación tributaria constituir actividad delictiva previa a efectos del blanqueo?", en DEMETRIO CRESPO, Eduardo y Manuel MAROTO CALATAYUD, *Crisis financiera y derecho penal económico*, Montevideo: BDF.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis

1994 "El blanqueo de capitales procedentes del tráfico de drogas. La recepción de la legislación internacional en el ordenamiento penal español", en MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés (dir.), *El encubrimiento, la receptación y el blanqueo del dinero. Normativa comunitaria. Cuadernos de Derecho Judicial*, n.° I, Madrid: CGPJ.

DOIG DÍAZ, Yolanda

2002 "La justicia militar a la luz de las garantías de la jurisdicción", en HURTADO POZO, José (dir.), *La reforma del derecho penal militar: Anuario de derecho penal 2001-2002*, Lima: Fondo Editorial PUCP.

DURRIEU, Roberto

2012 "Hacia un delito autónomo y pluriofensivo de lavado de dinero", en BERTAZZA, Humberto y Francisco D'ALBORA (dirs.), *Tratado de lavado de activos y finan-*

ciación del terrorismo. Prevención, investigación y represión, t. I, Buenos Aires: La Ley.

2013 *Rethinking Money Laundering & Financing of Terrorism in International Law*, Boston: Nijhoff Publishers.

2013 DURRIEU, Roberto, "La prueba del delito de lavado de dinero", en ALTERINI, Jorge (dir.), *La Ley*, año LXXVII, Buenos Aires.

ECHANO BASALDUA, Juan

1997 *Derecho penal. Parte general. Materiales didácticos*, 3.ª ed., Bilbao: Universidad de Deusto.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo

1998 FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex

2003 "El abogado frente al blanqueo de capitales", en *La influencia de la ciencia penal alemana en Iberoamérica. Libro homenaje a Claus Roxin*, t. I, México D.F.: Instituto Nacional de Ciencias Penales.

2003 "El blanqueo de capitales. Contexto, razones de su penalización, evolución en nuestro entorno de las iniciativas supranacionales", en DIEGO DÍAZ-SANTOS, María Rosario y Eduardo FABIÁN CAPARRÓS (coords.), *El sistema penal frente a los retos de la nueva sociedad*, Madrid: Colex.

FERNÁNDEZ DE CEVALLOS Y TORRES, José

2014 *Blanqueo de capitales y principio de lesividad*, Salamanca: Ratio Legis.

FIANDACA, Giovanni y Enzo MUSCO

2005 *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro il patrimonio*, vol. II, 4.ª ed., Bologna: Zanichelli Editore.

GALLEGO SOLER, Ignacio

2011 "Arts. 290-310 bis", en CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y Santiago MIR PUIG (dirs.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás

2009 *El delito de lavado de activos. Criterios sustantivos y procesales. Análisis de la Ley N.° 27765*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores.

2014 *El delito de lavado de activos: Criterios sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N.° 1106*, Lima: Instituto Pacífico.

GARCÍA CAVERO, Percy

2012 "Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento", en ABANTO VÁSQUEZ, Manuel; José CARO JOHN y

Luis MAYHUA QUISPE (coords.), *Imputación y sistema penal. Libro homenaje al Profesor Dr. César Augusto Paredes Vargas*, Lima: Ara Editores.

2013 *El delito de lavado de activos*, Lima: Jurista Editores.

2015 GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, 2.ª ed., Lima: Jurista Editores.

GARCÍA SAN MARTÍN, Jerónimo

2015 "La concreción del delito antecedente en el blanqueo de capitales", en *Diario La Ley*, n.° 8587, ref. D-293, Madrid: La Ley.

GILMORE, Willian

2004 *Dirty money. The evolution of international measures to counter money laundernig and the financing of terrorism*, 3.ª ed., Strasburg: Council of Europe Publishing.

GIMBERNAT ORDEIG, Enrique

2000 "La causalidad en la omisión impropia y la llamada 'omisión por comisión'", en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 53, Madrid: Ministerio de Justicia.

GÓMEZ INIESTA, Diego

1996 *El delito de blanqueo de capitales en derecho español*, Barcelona: Cedecs Editorial.

GRACIA MARTÍN, Luis; Miguel BOLDOVA PASAMAR y Carmen ALASTUEY DOBÓN

2006 *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch.

GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL

2012 *Las recomendaciones del GAFI estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo y de la proliferación*, GAFI/OCDE.

2014 *Medidas contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo-España. Informe sobre la Cuarta Ronda de Evaluación Mutua* (diciembre 2014), GAFI/OECD.

HINOSTROZA PARIACHI, César

2009 *El delito de lavado de activos. Delito fuente*. Lima: Grijley.

HURTADO POZO, José y Víctor PRADO SALDARRIAGA

2011 *Manual de derecho penal. Parte general*, t. I, 4.ª ed., Lima: Idemsa.

JESCHECK, Hans-Heinrich y Thomas WEIGEND

2002 *Tratado de derecho penal. Parte general*, trad. Miguel OLMEDO CARDENETE, 5.ª ed., Granada: Comares.

LAMAS PUCCIO, Luis

1992 *Tráfico de drogas y lavado de dinero*, Lima: Didi Arteta.

MANTOVANI, Fernando

2002 *Diritto pénale. Parte speciale. Delitti contro il patrimonio*, t. II, 2.ª ed., Padova: CEDAM.

MANZANARES SAMANIEGO, José Luis

1983 *Las penas patrimoniales en el Código penal español tras la Ley Orgánica 8/1983*, Barcelona: Bosch.

MAPELLI CAFFARENA, Borja

2011 *Las consecuencias jurídicas del delito*, Navarra: Aranzadi.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos

2013 *Derecho penal económico y de la empresa*, Valencia: Tirant lo Blanch.

MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel

2013 "El delito de lavado de activos: Determinación del bien jurídico tutelado", en *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, Lima: Idemsa.

MIRANDA ESTRAMPES, Manuel

2011 "Blanqueo de capitales, presunción de inocencia y prueba indiciaria", en *Diario La Ley*, n.° 7736, ref. D-433, Madrid: La Ley.

MOLINA MANSILLA, María

2007 "El delito básico de blanqueo de capitales del artículo 301 del Código penal", en *La Ley Penal. Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario*, n.° 42, octubre, Madrid: La Ley.

ORÉ SOSA, Eduardo

2013 "El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, t. 46, abril, Lima: Gaceta Jurídica.

ORSI, Omar

2007 *Lavado de dinero de origen delictivo*, Buenos Aires: Huammurabi

PALAZZO, Fausto

1979 *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova: CEDAM.

PALMA HERRERA, Jose Manuel

2000 *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa.

PÁUCAR CHAPPA, Marcial

2013 "El delito precedente en el lavado de activos. Comentarios a la luz del Oficio Circular N.° 024-2013-MP-FN-SEGFIN", en *Gaceta penal y procesal penal*, t. 49, julio, Lima: Gaceta Jurídica

2013 *La investigación del delito de lavado de activos. Tipología y jurisprudencia*, Lima: Ara Editores.

PINTO, Ricardo y Ophelie CHEVALIER

2001 *El delito de lavado de activos como delito autónomo. Análisis de las consecuencias de la autonomía del delito de lavado de activos: el autor del hecho previo como autor del lavado de dinero y la acreditación del crimen previo a partir de prueba indiciaria*, Washington: CICAD-OEA.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

1994 *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Lima: Idemsa.

2007 *Lavado de activos y financiación del terrorismo*, Lima: Grijley.

REBOLLO VARGAS, Rafael

2014 "Limitaciones del derecho penal en la prevención del blanqueo de capitales", en GARCÍA ARÁN, Mercedes (dir.), *La delincuencia económica. Prevenir y sancionar*, Valencia: Tirant lo Blanch.

REYES ALVARADO, Yesid

1994 *Imputación objetiva*, Bogotá: Temis

ROSAS CASTAÑEDA, Juan

2014 "La determinación del bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos y su autonomía", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, t. 66, Lima: Gaceta Jurídica.

2015 *La prueba en el delito de lavado de activos*, Lima: Gaceta Jurídica.

SAN MARTÍN CASTRO, César y Fidel MENDOZA LLAMACPONCCA

2009 "La reforma de la justicia militar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el contenido material del delito de función", en HURTADO POZO, José (dir.), *Temas penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: Anuario de Derecho Penal 2008*, Lima: Fondo Editorial PUCP.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

2006 "Sobre la 'interpretación' teleológica en derecho penal", en DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, Miguel y Juan Antonio GARCÍA AMADO (ed.), *Estudios de filosofía del derecho penal*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y ADMINISTRADORAS PRIVADAS DE FONDOS DE PENSIONES

2011 *Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de activos y el Financiamiento del terrorismo*, Lima.

TIEDEMANN, Klaus

2010 *Manual de derecho penal económico. Parte general y especial*, Valencia: Tirant lo Blanch.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty

2015 "El fenómeno asociativo como actividad delictiva previa al delito de blanqueo de capitales (Reflexiones a propósito de la Sentencia 25191/14, de 27 de febrero, de las Secciones Unidas Penales de la Corte Suprema de Casación italiana)", en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° 35, Galicia: Universidad de Santiago de Compostela.

VOGEL, Joachim

2002 "Estado y tendencias de la armonización del derecho penal en materia de la Unión Europea", en *Revista Penal*, n.° 10, Madrid: La Ley.

ZANCHETTI, Mario

1997 *Il riciclaggio di denaro proveniente da reato*, Milano: Dott. Giuffrè Editore.

ZARAGOZA AGUADO, Javier

2014 ZARAGOZA AGUADO, Javier, "La nueva regulación del decomiso de bienes en el Código Penal y en el derecho comparado", en BLANCO CORDERO, Isidoro; Eduardo FABIÁN CAPARRÓS; Víctor PRADO SALDARRIAGA y Javier ZARAGOZA AGUADO, *Combate al lavado de activos desde el Sistema Judicial. Edición Especial para el Perú*, 3.ª ed., OEA-CICAD-BID, Washington.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2009 *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares.

VIII. JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Pleno Jurisdiccional Expediente N.° 047-2004-AI/TC, Lima: 24 de abril del 2006.

Expediente N.° 6167-2005-HC/TC, Lima: 28 de febrero del 2006.

Sentencia N.° 0017-2003-AI/TC, Lima: 16 de marzo del 2014.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Acuerdo Plenario N.° 1-2006/ESV-22, Lima: 13 de octubre del 2006.

Acuerdo Plenario N.° 6-2009/CJ-116, Lima: 13 de noviembre del 2009.

Acuerdo Plenario N.° 03-2010/CJ-116, Lima: 16 de noviembre del 2010.

Acuerdo Plenario N.° 7-2011/CJ-116, Lima: 06 de diciembre del 2011.

Acuerdo Plenario N.° 2-2012/CJ-116, Lima: 26 de marzo del 2012.

Sala Penal Permanente

Recurso de Nulidad N.° 2202-2003, Callao: 26 de mayo del 2004

(ponente: Juez José Lecaros Cornejo), *Recurso de Nulidad N.° 3744-2003*, Callao: 20 de abril del 2004

(ponente: Juez Julio Príncipe Trujillo), *Recurso de Nulidad N.° 1882-2006*, Lima: 6 de agosto del 2007

(ponente: Juez Josúe Pariona Pastrana), *Recurso de Nulidad N.° 4003-2011*, Lima: 8 de agosto del 2012

(ponente: Segundo Morales Parraguez), *Recurso de Nulidad N.° 1970-2013*, Lima: 16 de abril del 2014.

Competencia N.° 18-2004, Lima: 17 de noviembre del 2014

Sala Penal Transitoria

(ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 2071-2011*, Lima: 6 de diciembre del 2012.

(ponente: César San Martín Castro), *Recurso de Nulidad N.° 1052-2012*, Lima: 15 de enero del 2013.

(ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 3474-2012*, Lima: 22 de agosto del 2013.

(ponente: Jueza Elvia Barrios Alvarado), *Recurso de Nulidad N.° 365-2012*, Lima: 26 de marzo del 2014.

(ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 2444-2013*, Lima: 9 de diciembre del 2014.

(ponente: Juez Víctor Prado Saldarriaga), *Recurso de Nulidad N.° 2082-2013*, Lima: 14 de enero del 2015.

Tribunal Supremo

(ponente: Juan Saavedra Ruiz), *Sentencia N.° 508/2015*, del 27 de julio del 2015.

Segunda Sala Penal

(ponente: Juan Saavedra Ruiz), *Sentencia N.° 1070/2003*, del 22 de julio del 2003

(ponente: Juan BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE), *SENTENCIA N.° 974/2012*, del 5 de diciembre del 2012.

(ponente: Cándido CONDE-PUMPIDO TOURON), *Sentencia N.° 91/2014*, del 7 de febrero del 2014.

DELINCUENCIA ORGANIZADA, DELITOS TRIBUTARIOS Y DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

ALFREDO ALPACA PÉREZ*

* Investigador contratado predoctoral de Derecho Penal en la Universidad de León (España). Máster en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca (España). La presente contribución se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2013-47511-R (Ministerio de Economía y Competitividad de España), del que es investigador principal el Prof. Dr. Miguel Díaz y García Conlledo (catedrático de Derecho Penal de la Universidad de León, España).

SUMARIO: I. Introducción. II. Sobre el concepto de "organización criminal" y algunos aspectos relevantes de la Ley N.° 30077. III. Delitos tributarios en el marco de la Ley N.° 30077. IV. Delitos tributarios y lavado de activos. V. Apreciaciones previas sobre el delito de lavado de activos (Decreto Legislativo N.° 1106). 1. Algunos problemas sustantivos originados por la amplitud en la descripción de las modalidades del delito de lavado de activos (artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.° 1106). 2. Breve excurso: el bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos según el Acuerdo Plenario N.° 03-2010 y el Acuerdo Plenario N.° 07-2011. 3. "Delitos tributarios" como delitos precedentes del delito de lavado de activos (artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106). VI. Defraudación tributaria como delito fuente del delito de lavado de activos. 1. Argumentos a favor de entender a la defraudación tributaria como delito previo al delito de lavado de activos. 2. Argumentos en contra de entender a la defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos. 3. Valoración final: admisibilidad limitada de los delitos tributarios como delitos previos del delito de lavado de activos. VII. Regularización tributaria y delito de lavado de activos. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La delincuencia organizada[1], como fenómeno derivado de la globalización política y económica, se caracteriza por la magnitud de sus consecuencias lesivas: no solo crea inseguridad ciudadana —como la tradicional delincuencia individual—, sino inseguridad al propio Estado, por su clara incidencia en el

1 Sobre los alcances y complejidades del concepto de "criminalidad organizada", véase ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura, *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009, p. 27 y ss.; FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 31 y ss.

orden social, político y económico. Por ello, la reacción frente a la criminalidad organizada no solo se dirige a la tutela de bienes jurídicos individuales, sino fundamentalmente a garantizar las condiciones o bases del propio modelo social[2]. Son diversas las circunstancias que han hecho posible el establecimiento de los perfiles y características de la delincuencia organizada contemporánea: la globalización de "delitos de comercio ilícito", generadores de inmensos beneficios (que precisan de ser legitimados); el proceso de desregularización y globalización producido en el sistema financiero (que ha permitido el "lavado" o "blanqueo" de los beneficios forjados por los mencionados delitos); y, por último, el fenómeno del fraude fiscal y la "economía sumergida" (economía procedente de la elusión de las obligaciones fiscales y sociales)[3].

En atención a tales circunstancias, resulta innegable que sobre los Estados recae la necesidad de abastecerse de los mecanismos legales pertinentes para combatir al fenómeno de la criminalidad organizada. Al respecto, en la doctrina generalmente se reconocen tres vías diversas por las que el Estado puede hacer posible un tratamiento legislativo del asunto: 1) mediante la tipificación de los delitos más característicos de la criminalidad organizada (lavado de activos, tráfico de drogas, trata de personas, etc.), 2) mediante la introducción del elemento agravante de la "organización" en los delitos más o menos tradicionales para así expresar la especial peligrosidad de esta forma de actuación antijurídica, y 3) mediante la tipificación de los delitos de "asociación para delinquir" o "asociación ilícita"[4].

Pues bien, en lo que respecta al caso peruano, es posible afirmar que el legislador ha optado por todas las vías mencionadas. En cuanto a la primera, destaca, dentro del ámbito de delitos vinculados a la delincuencia organizada, la regulación del delito de lavado de activos, correspondiente al Decreto Legislativo N.° 1106[5]. El mencionado instrumento legal instituyó un modelo ya conocido

2 Choclán Montalvo, José Antonio, "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en Granados Pérez, Carlos (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 2001, p. 218.

3 Fernández, José Ángel, "Fraude fiscal y lavado de capitales", en *Política Criminal*, vol. 4, n.° 7, 2009, p. 152.

4 *Vid.* Silva Sánchez, Jesús María, en Cancio Meliá, Manuel y Jesús María Silva Sánchez, *Delitos de organización*, Buenos Aires-Montevideo: B de F, 2008, p. 87; Faraldo Cabana, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, ob. cit., p. 19.

5 Es importante destacar que la denominación asignada al Decreto Legislativo N.° 1106 es el de "Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado", con lo cual se hace evidente que la

de tipificación del delito: la estructura típica que propuso para las figuras básicas es prácticamente la misma que se había adoptado en la versión original de la derogada Ley N.° 27765 (en la que destacaban dos circunstancias estructurales específicas: se trataba de un delito de tendencia interna trascendente y de peligro abstracto). La nueva regulación del delito de lavado de activos, responde, en términos generales, a la necesidad de contar con una mayor aproximación de la legislación nacional a los parámetros mínimos que sobre la prevención, tratamiento y persecución del delito de lavado de activos establecen los tratados internacionales[6]. En ese sentido, la nueva regulación del aludido delito, a mi modo de ver, no solo significó una respuesta político-criminal a las urgencias sociales de coyuntura (al promulgar la nueva regulación del lavado de activos en el marco de la inclusión del delito de "minería ilegal" en el ordenamiento penal nacional), sino que supuso el establecimiento de una regulación caracterizada por abarcar aspectos no solo sustantivos sino también procesales, con lo cual se buscó reflejar de la manera más clara posible los estándares y requerimientos propios del ámbito internacional sobre la materia[7].

En cuanto a la segunda vía, es posible destacar —dado que aquí me interesa esencialmente pronunciarme sobre la vinculación entre los delitos tributarios y la delincuencia organizada— las modificaciones a la Ley Penal Tributaria relacionadas con la introducción de la circunstancia de agravación consistente en la pertenencia a una entidad criminal colectiva. Así, el artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria, incorporado por el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1114 (publicado el 5 de julio del 2012 en el Diario Oficial), contempla, dentro de un limitado catálogo de circunstancias agravantes, el hecho de que el agente cometa el delito en el marco de su pertenencia a una "organización *delictiva*". De esta manera, si el agente comete un delito de defraudación tributaria (artículo 1 de la Ley Penal Tributaria) o las modalidades de ocultación y falsación de datos tributariamente relevantes (artículo 2, a) de la Ley Penal Tributaria) o de omisión de entrega de tributos percibidos o retenidos (artículo 2, b) de la

fundamentación de la nueva regulación se orientó al tratamiento del delito de lavado de activos desde la perspectiva de su estrecha vinculación con la delincuencia organizada.

6 Al respecto, es posible verificar, en principio, una mayor aproximación entre la nueva regulación de los tipos de delito (artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.° 1106) y lo establecido por instrumentos internacionales como la Convención de Viena de 1988, el Convenio de Estrasburgo de 1990, la Convención de Palermo del 2000 y el Convenio de Varsovia del 2005.

7 Es posible mencionar que la inclusión del delito de defraudación tributaria como delito previo del lavado de activos encuentra sustento también en el ámbito internacional. Así, las nuevas recomendaciones del GAFI/FAFT, publicadas en febrero del 2012, amplía la lista de delitos antecedentes al delito de lavado de activos.

Ley Penal Tributaria), y aquel es miembro de una "organización *delictiva*", se le impondrá una pena más grave (pena privativa de libertad de hasta doce años). Asimismo, resulta necesario destacar que, según las modificaciones introducidas por la Ley N.° 30077, denominada "Ley contra el crimen organizado" —sobre la que me ocuparé con mayor profundidad en las siguientes líneas—, para los delitos tributarios de aprovechamiento indebido de la exoneración tributaria de productos (artículo 272, numeral 3, del Código Penal), de evasión de control y fiscalización tributaria de bienes (artículo 272, numeral 4, del Código Penal) y de utilización de rutas no autorizadas para el transporte o traslado de bienes sujetos a control y fiscalización tributaria (artículo 272, numeral 5, del Código Penal), se ha previsto también la circunstancia agravante consistente en que su comisión se produzca en el marco de una "organización *criminal*", disponiendo la posibilidad de imponer al agente en estos casos una pena privativa de libertad de hasta ocho años.

Finalmente, en cuanto a la tercera vía, la existencia en el artículo 317 del Código Penal del delito de asociación ilícita, no solo permite verificar la admisión de la relevancia jurídico-penal de los fenómenos asociativos como elementos que por excelencia representan la particular peligrosidad de la delincuencia organizada, sino también la posibilidad de una represión penal por la sola conformación o membresía a una organización, de manera autónoma o independiente de los delitos-fin que busquen cometerse a través de ella[8]. Precisamente, como se verá más adelante, la mencionada Ley N.° 30077 otorgó al delito de asociación ilícita una nueva estructura, por lo que en la actualidad resulta necesario que la doctrina nacional concentre su atención en el análisis de la referida figura delictiva para así otorgar a los operadores jurídicos los suficientes criterios interpretativos para una comprensión y aplicación razonable y conforme a principios.

II. SOBRE EL CONCEPTO DE "ORGANIZACIÓN CRIMINAL" Y ALGUNOS ASPECTOS RELEVANTES DE LA LEY N.° 30077

La Ley N.° 30077 establece una serie de lineamientos específicos para la investigación, juzgamiento y sanción de los delitos cometidos en el ámbito de

8 Reaño Peschiera, José Leandro, "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en San Martín Castro, César; Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima: Jurista Editores, 2002, p. 279.

las organizaciones criminales[9]. Así, dentro de las múltiples disposiciones contempladas en el referido cuerpo normativo, destaca principalmente la definición auténtica del concepto de "organización criminal". En efecto, en el artículo 2, numeral 1 de la Ley N.° 30077, se señala que una "organización criminal" es "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 presente Ley". Con esta definición, el legislador propone una conceptualización del elemento que por excelencia caracteriza a la delincuencia organizada, basándose, al parecer en las definiciones brindadas previamente en el ámbito internacional[10] y nacional[11].

Por otro lado, la Ley N.° 30077, con el establecimiento de una definición auténtica de la "organización criminal", desplazó una serie de términos que

9 En esta investigación no puedo profundizar sobre los aspectos penales y procesales ofrecidos por la Ley N.° 30077. Afortunadamente, en la doctrina nacional es posible encontrar algunos trabajos al respecto, como los de Yshii Meza, Luis Alejandro, "Política criminal y regulación penal de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas y al lavado de activos. A propósito de la Ley N.° 30077", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, n.° 51, 2013, p. 108; Oré Sosa, Eduardo, "Organización criminal. A propósito de la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado", publicado en el portal *Derecho Penal* del Prof. José Hurtado Pozo, 2014, p. 1 y ss. Recuperado de <http://bit.ly/1XjVmLw>; Delgado Castro, César, "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, vol. 9, 2015, p. 356.

10 Es importante tener en cuenta que, al parecer, para la delimitación del concepto de "organización criminal" el legislador nacional acudió a lo dispuesto en la Convención de Naciones Unidas contra la criminalidad transnacional organizada, la que, en su artículo 2, a), señala que un "grupo criminal organizado" es "un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material". Sobre el concepto de "organización delictiva" u "organización criminal" en la normativa internacional y europea, véase Faraldo Cabana, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, ob. cit., p. 37 y ss.

11 Resulta interesante observar que la definición más cercana de "organización criminal", hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N.° 30077, era la dispuesta en la Resolución Administrativa 136-2013-CE-PJ, que delimita la competencia de la Sala Penal Nacional y los Juzgados Penales Supraprovinciales. En el artículo 1 de tal Resolución Administrativa se dispuso que una "organización delictiva" es "todo grupo estructurado y permanente, jerarquizado o colegiado o desconcentrado, o en red criminal nacional o internacional, de tres o más personas, que actúen concertadamente con el propósito de cometer delitos graves".

poseían una gran similitud con el mencionado concepto, para así uniformizar la utilización del mismo en el Código Penal. Así, por ejemplo, mediante la mencionada Ley N.° 30077 se suprimió la referencia a términos como *agrupación criminal* (artículo 152, inciso 8 del Código Penal), *organización delictiva* o *banda* (artículo 179, inciso 7 del Código Penal), *organización ilícita* (artículo 318-A, literal b) del Código Penal) y *asociación delictiva* (artículo 257-A, inciso 1 del Código Penal), los cuales quedaron sustituidos por el término "organización criminal"[12]. A partir de esto, es razonable entender que la Ley N.° 30077 buscó reunir, bajo una única categoría conceptual (la de "organización criminal"), una serie de formas de actuación criminal colectiva (reunidas en diversos lugares del Código Penal) que hasta antes de su entrada en vigor recibían diversas denominaciones.

Otro asunto que cabe destacar aquí es que la Ley N.° 30077 condiciona su aplicación a tres presupuestos claramente definidos en el artículo 3 del mismo cuerpo normativo. Así, en primer lugar, en esta disposición se ha previsto que el mencionado instrumento legal es aplicable a las figuras delictivas expresamente comprendidas en el antes aludido artículo 3, siempre que sean cometidas en el marco de una "organización criminal". Siendo esto así, delitos como los de trata de personas (artículo 153 del Código Penal), hurto agravado (artículo 186 del Código Penal), robo agravado (artículo 189 del Código Penal), tráfico ilícito de migrantes (artículos 303-A y 303-B del Código Penal), delito de falsificación de documentos (artículo 427 del Código Penal), delito de lavado de activos (artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo N.° 1106), entre otros, que sean cometidos en el marco de una "organización criminal", quedarán sometidos a los alcances de la Ley N.° 30077. En segundo lugar, la Ley N.° 30077 será aplicable a los delitos que, si bien no están expresamente comprendidos en el artículo 3 de la misma, poseen en su regulación la circunstancia agravante referida al hecho de haber sido cometidos en el marco de una "organización criminal". Así, delitos como el favorecimiento a la prostitución (artículo 179 del Código Penal), el proxenetismo (artículo 181 del Código Penal) o el robo agravado (artículo 189 del Código Penal), en la medida que recogen la circunstancia agravante de actuación como miembro de una "organización criminal", y aunque no están integrados en el catálogo de delitos del artículo 3, recibirán un tratamiento procesal de conformidad a los lineamientos de la Ley N.° 30077. Finalmente, el artículo 3 de la referida ley dispone que sus alcances serán aplicables a delitos no contemplados en el amplio catálogo de figuras delictivas

12 DELGADO CASTRO, César, "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 356.

antes mencionado si es que aquellos son realizados en concurso (real o ideal) con los que sí están previstos en la mencionada disposición. Así, por ejemplo, la investigación y procesamiento de un delito de violación sexual (artículo 180 del Código Penal) —que no está contemplado dentro del grupo de delitos cuya comisión habilita la aplicación de los alcances de la Ley N.° 30077 y tampoco posee la circunstancia agravante de pertenencia del agente a una "organización criminal"—, quedará sometida a la Ley contra el Crimen Organizado, en el caso de que la mencionada figura delictiva haya sido cometida en concurso real con el delito de trata de personas (artículo 153 del Código Penal). En definitiva, debe quedar claro que cualquiera de los tres presupuestos aquí reseñados, como es evidente, habilita la aplicación de los alcances de la Ley N.° 30077, esto es, el empleo de las normas y disposiciones del Código Procesal Penal del 2004, además de los lineamientos especialmente dispuestos en la mencionada Ley N.° 30077 (relacionados a la investigación, procesamiento y sanción de los delitos cometidos en el ámbito de una "organización criminal").

Habiendo expuesto algunos de los alcances más generales de la Ley N.° 30077, me encargaré ahora de formular —sin ánimo de exhaustividad— algunas inquietudes que, a mi juicio, se desprenden directamente de aquellos. En primer lugar —y dicho a manera de pregunta— ¿Es adecuada la unificación de criterios en torno al concepto de "organización criminal"? Desde mi punto de vista, la formulación de una definición auténtica no constituye la alternativa más adecuada, por lo que no considero que la inclusión de aquella sea un acierto del legislador. Esto es así porque no resulta razonable incluir, en un concepto amplio y omnicomprensivo como el de "organización criminal", fenómenos asociativos de distintas características que no necesariamente cumplen con los estrictos presupuestos establecidos por el artículo 2 de la Ley N.° 30077. Una mirada a la doctrina especializada sobre la materia permite reconocer la existencia de una serie de formas de actuación criminal colectiva con características propias que, como es claro, determinan la trascendencia de aquellas[13]. Tales características conducen a entender que existen diversas clases de criminalidad colectiva, aunque las diferencias entre ellas sean solo de matices[14]. Si es que esto

13 Sobre distintas tipologías y niveles de delincuencia organizada a nivel internacional, regional y nacional (con diferentes características estructurales y funcionales), véase Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, 2.ª edición, Lima: Idemsa, 2013, p. 175 y ss.

14 Así, en doctrina nacional, Reaño Peschiera, Vid. Reaño Peschiera José Leandro, "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en San Martín Castro, César; Dino Carlos Caro Coria y José Leandro

se admite, habrá que aceptar que las diferentes formas de actuación criminal de grupo deberían recibir un tratamiento legislativo autónomo en atención a sus propias particularidades[15] (como en España, donde se diferencia entre "organización criminal" y "grupo criminal", cada uno con sus respectivos presupuestos y consecuencias). Por lo expuesto, considero que el legislador peruano no debió establecer de manera auténtica una definición de "organización criminal" pues los elementos que esta exige para su verificación resultan cualitativamente mayores que las que podrían tener entidades colectivas de menor alcance. La postulación de un único concepto amplio de "organización criminal" —que no atienda a matices— podría tener, en su aplicación práctica, dos consecuencias adversas: por *exceso*, que se podría entender como una "organización criminal" a entidades que no logren cumplir con todas las exigencias que aquella requiere (artículo 2 de la Ley N.° 30077), por lo que los integrantes de tales colectivos quedarían sujetos a un tratamiento más gravoso del que de conformidad al principio de proporcionalidad deberían recibir; y, por *defecto*, pues los férreos criterios exigidos para entender que se está ante una "organización criminal" puede hacer que diversos casos (que sí puedan ser merecedores de atención jurídico-penal) dejen de ser considerados como tales y, por lo tanto, queden fuera de los alcances penales y procesales más rigurosos de la Ley N.° 30077.

Por otro lado, como se mencionó en líneas anteriores, la Ley N.° 30077 prevé algunas modificaciones al artículo 317 del Código Penal, en el que está tipificado el delito de asociación ilícita. Una importante reforma puede verificarse en cuanto a las conductas típicas. Así, hasta antes de la entrada en vigor de la Ley N.° 30077, la conducta típica que definía el delito de asociación ilícita era la de "formar parte" de una organización. De la redacción del antiguo precepto era posible afirmar que la imputación del delito de asociación ilícita se fundamentaba, entonces, únicamente en la pertenencia a la organización (la anterior configuración de la mencionada disposición contaba con la frase "será reprimido por el solo hecho de ser miembro de la misma")[16]. Ahora bien, la nueva tipificación del delito de asociación ilícita, habiendo mantenido en el término "integrar" la

---

REAÑO PESCHIERA, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 297.

15 Sobre la regulación española, véase FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, ob. cit., p. 57 y ss.

16 REAÑO PESCHIERA, José Leandro, "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en SAN MARTÍN CASTRO, César; Dino Carlos CARO CORIA y José Leandro REAÑO PESCHIERA, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 296.

esencia de la conducta consistente en "formar parte", recoge ahora, como nuevas conductas típicas, las de "constituir" o "promover". Con respecto a la conducta de "constituir", esta alude básicamente a la formación, creación o instauración de la agrupación. Por su parte, la conducta de "promover" no solo se trata de una conducta ubicable (en términos fenomenológicos) espacio-temporalmente antes de las conductas de "integrar" o "constituir", sino que también supone claramente una inducción a la constitución, por lo que, a mi juicio, se trata de una conducta de participación (en sentido estricto) elevada a la categoría de autoría. Es evidente que, aunque el legislador haya visualizado y comprendido a las conductas de "integrar", "constituir" y "promover" en plano de igualdad (todas habilitan la imposición de un único marco penal), estas poseen distinta significación y gravedad. Así, no es lo mismo promover la creación de una entidad colectiva orientada a la comisión de delitos que constituirla, así como tampoco es lo mismo constituir tal entidad colectiva que solo formar parte, de manera pasiva, de la misma. Entre las conductas típicas existen matices que, al parecer, no han sido tomados en cuenta por el legislador, lo cual resultaría problemático desde la perspectiva del principio de lesividad.

Otra innovación hecha por la Ley N.° 30077 consiste en la introducción de dos circunstancias agravantes en el artículo 317 del Código Penal: cuando el integrante de la organización sea el líder, jefe o dirigente de la organización (artículo 317, literal b) y cuando el agente sea quien financia la organización (artículo 317, literal c). La primera circunstancia agravante alude a un asunto cuya necesidad había sido destacada desde hace tiempo en la doctrina nacional[17], por lo que, a mi modo de ver, su incorporación en el precepto correspondiente resulta plenamente plausible. Es la segunda circunstancia agravante la que, hasta donde alcanzo a entender, puede resultar problemática, pues muchas veces quienes financian una organización criminal no son parte de la misma. En ese sentido, la circunstancia agravante aquí analizada, si bien está justificada en el supuesto de que sea un integrante de la organización el encargado de financiarla, no podría ser aplicable en el escenario en el que quien financia una organización criminal no sea parte de la misma, con lo que se generaría una importante laguna de punibilidad que habría que solucionar sin demora. En este segundo escenario la doctrina nacional tendrá que dialogar sobre la admisibilidad dogmática de una conducta de colaboración con una organización criminal, hecho que haría

17 Reaño Peschiera, José Leandro, "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en San Martín Castro, César; Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 302.

posible una responsabilidad penal a título de partícipe del delito de asociación para delinquir (cometido evidentemente por los integrantes de la organización orientada a la comisión de delitos). Esta idea, que aquí me limito únicamente a enunciar, debe ser necesariamente discutida.

Por otro lado, en la doctrina nacional se ha señalado que el delito contemplado en el artículo 317 del Código Penal, más allá de su calificación como "asociación ilícita", constituye en realidad un delito de pertenencia o participación en una organización criminal[18]. En ese sentido, como antes se dijo, con la entrada en vigencia de la Ley N.° 30077 el legislador no solo propuso unificar toda forma de delincuencia colectiva bajo el concepto de "organización criminal" (desplazando, como antes se dijo, otros conceptos como "banda", "asociación delictiva", etc.), sino que también habría coadyuvado a la configuración de un tipo penal autónomo, previsto en el artículo 317 del Código Penal, denominado aún "asociación ilícita"[19]. Pues bien, en este punto es necesario destacar que la problemática principal que supone la introducción de una interpretación auténtica del concepto de "organización criminal", tiene que ver, precisamente, con su vinculación con el delito de asociación ilícita. Es evidente que al verificar que ambas categorías hacen referencia al término "organización", será posible decir que tanto la "organización criminal" como la "asociación ilícita" poseen elementos específicos que deben corroborarse de manera conjunta, como son los de la pluralidad de sujetos, la vocación de permanencia en el tiempo, la

18 *Ibid.*, p. 280; ORÉ SOSA, Eduardo, "Organización criminal. A propósito de la Ley 30077, Ley contra el Crimen Organizado", publicado en el portal *Derecho Penal*, art. cit., p. 1 y ss.; DELGADO CASTRO, César, "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 9; YSHII MEZA, Luis Alejandro, "Política criminal y regulación penal de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas y al lavado de activos. A propósito de la Ley N.° 30077", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, art. cit., p. 108. Inclusive, en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, se señala lo siguiente: "En el caso peruano, en las disposiciones modificatorias que plantea el Texto Sustitutorio, se ha optado por la tipificación, en el artículo 317 del Código Penal, de la "organización criminal" como figura delictiva en reemplazo de la 'asociación ilícita', atendiendo a que —según lo señalado en líneas precedentes— ambas nociones comparten los elementos componentes básicos en tanto delitos cometidos por organizaciones o grupos delictivos. De esta manera, se pretende superar —a nivel de tipo penal— una forzada diferenciación que ha causado confusiones al momento de su aplicación por los operadores judiciales".

19 ORÉ SOSA, Eduardo, "Organización criminal. A propósito de la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado", publicado en el portal *Derecho Penal*, art. cit., 2014, p. 1 ss.; DELGADO CASTRO, César, "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 10.

independencia de la entidad colectiva de la personalidad de sus miembros o la estabilidad del vínculo asociativo.

Sin embargo, aunque sea posible admitir algunos elementos comunes, la "organización criminal" y la "asociación ilícita" tienen características distintas que permiten entender que en realidad no se trata de conceptos que aludan a lo mismo. En efecto, si es que —como se señala en el Dictamen de la Comisión de Derechos Humanos— la "organización criminal" y la "asociación ilícita" deben ser objeto de un tratamiento unitario[20], no se explica por qué un elemento tan evidente como es el de la cantidad de individuos que formen parte de las mismas no ha sido establecido de manera uniforme: mientras que la "organización criminal" exige "tres o más personas" para considerarse como constituida, la "asociación ilícita" requiere de "dos o más personas" para los mismos efectos[21]. Asimismo, cabe destacar que, mientras la "asociación ilícita", según el artículo 317 del Código Penal, está destinada a cometer "delitos", la "organización criminal" del artículo 2 de la Ley N.° 30077 debe tener como finalidad la comisión de "delitos graves". De esta manera, en la medida que una "asociación ilícita" implica que una determinada cantidad de personas se reúnan y convengan la realización de cualquier tipo de delito, aquella posee conceptualmente un alcance más amplio que la "organización criminal", dirigida únicamente a la comisión de "delitos graves".

---

20 Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, p. 27; donde se señala: "En el caso peruano, en las disposiciones modificatorias que plantea el Texto Sustitutorio, se ha optado por la tipificación, en el artículo 317 del Código Penal, de la "organización criminal" como figura delictiva en reemplazo de la "asociación ilícita", atendiendo a que —según lo señalado en líneas precedentes— ambas nociones comparten los elementos componentes básicos en tanto delitos cometidos por organizaciones o grupos delictivos. De esta manera, se pretende superar —a nivel de tipo penal— una forzada diferenciación que ha causado confusiones al momento de su aplicación por los operadores judiciales".

21 Así, "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en San Martín Castro, César; Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, art. cit., p. 294, ya había puesto de manifiesto años atrás que con el establecimiento del elemento consistente en la concurrencia de dos o más personas como sustrato mínimo para la configuración de una agrupación criminal, el Código Penal se alejaba de la tendencia seguida en el derecho comparado, donde mayoritariamente se había establecido como mínimo la concurrencia de tres personas para la configuración del delito.

Por ello, a mi juicio es razonable señalar —atendiendo a las propias características impuestas por el legislador— que la "organización criminal" del artículo 2 de la Ley N.° 30077 y la "asociación ilícita" del artículo 317 del Código Penal resultan ser categorías distintas. Así, de lo antes expuesto es posible decir que la "organización criminal" requiere de una estructura más compleja, que precisa para su afirmación de la verificación de elementos como los que tienen que ver con la existencia de una organización y una jerarquía. Esto no sería posible decir de la "asociación ilícita", en la que, al parecer, resultaría suficiente la verificación de una organización de alcances medianos, aunque necesariamente con los elementos de permanencia[22]. Asimismo, la "organización criminal", como antes se dijo, no solo estaría orientada a la comisión de "delitos graves", sino también a la búsqueda de beneficios económicos o político-ideológicos[23]. Elementos que, como se admitió en el propio Dictamen de la Comisión de Derechos Humanos sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, no posee el concepto de "asociación ilícita"[24].

En síntesis, la "asociación ilícita" del artículo 317 del Código Penal constituye un tipo penal autónomo, que se consuma al configurarse un concierto de voluntades para la comisión de delitos-fin (esto es, cualquier clase de delitos, ubicados tanto en el Código Penal como en las leyes penales especiales), sin que necesariamente ninguno de estos se logre concretar. La "organización criminal"

22 En Corte Suprema de Justicia, *Acuerdo Plenario N.° 4-2006/CJ-116*, Lima: 13 de octubre del 2006, estableció, en su fundamento jurídico número 12, que las notas esenciales del delito de asociación ilícita son: a) *relativa organización*; b) permanencia o estabilidad; c) número mínimo de personas. Señala, además, que el delito de asociación ilícita se consuma sin necesidad de que se materialicen los planes delictivos.

23 Esto fue puesto de manifiesto por el propio Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, p. 26. Aquí se señala que los "criterios adicionales" que posee la "organización criminal" (y que, por ende, no posee la "asociación ilícita") son a) la orientación a la comisión de delitos graves, b) la existencia de una estructura organizacional jerarquizada o compleja y c) la búsqueda de beneficio o poder como objetivo.

24 Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, p. 25. Al respecto, llama la atención que en el mencionado Dictamen se reconozca que la "organización criminal" posea unos "criterios adicionales" a la "asociación ilícita" pero que en el mismo documento se concluya señalando que la sustitución del concepto de "asociación ilícita" por el de "organización criminal" (como si de lo mismo se tratase) se pretenda superar una "forzada diferenciación" entre ambas categorías.

del artículo 2 de la Ley N.° 30077, por su parte, constituye un concepto operativo habilitante de la aplicación de disposiciones penales y procesales caracterizadas por poseer una mayor rigurosidad, en la medida que se entienda que el cumplimiento de los requisitos de la "organización criminal" en el caso concreto implica un escenario más grave (mayor al que corresponde a la "asociación ilícita) que requiere consecuentemente de un tratamiento jurídico-penal más severo.

III. DELITOS TRIBUTARIOS EN EL MARCO DE LA LEY N.° 30077

Las complejidades expuestas parecen incrementarse cuando se analiza la regulación propuesta por la Ley N.° 30077 desde la perspectiva del Derecho penal tributario. En efecto, como antes se dijo, el mencionado instrumento legal —aunque pretendió establecer unos lineamientos para el combate a la delincuencia organizada— adolece de algunas lagunas que, precisamente, repercuten negativamente en el ámbito de los delitos tributarios. En primer lugar, el artículo 3 de la Ley N.° 30077, dentro del amplio catálogo de delitos a los que resulta aplicable, no recoge de manera expresa a los delitos tributarios[25]. Esta inexplicable exclusión podría no resultar trascendente en la medida que se sostenga que el propio artículo 3 *in fine* señala que los alcances de la Ley N.° 30077 serán 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 mismo artículo. Siendo esto así, si se toma

25 Esto resulta sorprendente, sobre todo si se toma en cuenta que en el texto original del Proyecto de Ley N.° 1833/2012-PE, el artículo 3, numeral 19, contemplaba a los delitos tributarios dentro del ámbito de figuras delictivas que quedarían sometidas a la ley. Posteriormente, del Texto Sustitutorio del Proyecto de Ley N.° 1833/2012-PE (antecedente inmediato de la vigente Ley N.° 30077) se extrajeron tanto los delitos tributarios como los delitos aduaneros. En el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, sin embargo, es posible encontrar una (insuficiente) justificación. En la página 29 del mencionado Dictamen se señala: " [...] se ha optado por establecer un catálogo más cerrado de figuras delictivas objeto de regulación por la presente propuesta de ley, atendiendo a los supuestos actualmente existentes para considerar un delito como grave: i.) una pena privativa de libertad establecida en la ley no menor de cinco (5) años; ii.) atenta contra bienes jurídicos de notoria importancia; y iii.) denota fundada trascendencia social. En forma adicional, se ha optado por eliminar los delitos tributarios, en la medida que existe una legislación especial sobre la materia, constituida por el Decreto Legislativo 813, Ley Penal Tributaria (del año 1996), modificado por el Decreto Legislativo 1114 (del 05.07.2012)".

en cuenta que el artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria recoge la circunstancia agravante de pertenencia a una "organización *delictiva*", entonces la deficiencia quedaría solucionada: los delitos de defraudación tributaria y sus respectivas modalidades, en caso de ser cometidas en el marco de una organización, deberán someterse a los lineamientos de carácter investigativo y procesal dispuestos por la Ley N.° 30077. Sin embargo, las inquietudes parecen persistir. Si la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30077 modificó expresamente, como antes se dijo, el artículo 272 del Código Penal (en el que se tipifica el delito tributario de comercio clandestino) para introducir en el mismo la circunstancia agravante de pertenencia a una "organización criminal", y si se toma en cuenta, además, que el artículo 3 de la Ley N.° 30077 definió de manera autentica los alcances del término "organización criminal", resulta razonable preguntarse realmente si la referencia a una "organización delictiva" hecha por el citado artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria es suficiente para habilitar la aplicación de la Ley N.° 30077 a los casos de los delitos tributarios. No sin dejar de expresar un gran asombro por la deficiente e incompleta reforma impulsada por el legislador (pues la Ley N.° 30077 al parecer unificó todas las formas de criminalidad de grupo bajo el concepto amplio de "organización criminal" solamente en el Código Penal, pero no en las leyes penales especiales), aquí se debe discutir si la definición auténtica de "organización criminal" sustituye a todas las referencias afines que existan en el ordenamiento jurídico (atendiendo a criterios teleológicos) o solo a las que modificó expresamente (lo que tiene consecuencias, como es claro, en lo referido a la aplicación o no de la Ley N.° 30077)[26].

26 La introducción del término *organización criminal*, al parecer, fue solamente en el ámbito del Código Penal. En efecto, el término *organización criminal* fue introducido en lugar de otros términos como *organización* (artículo 186, numeral 11; artículo 225, artículo 297, numeral 6), "organización delictiva" (artículo 179, numeral 7; artículo 181, numeral 4; artículo 272, literal c; artículo 310-C), "asociación delictiva" (artículo 257-A), *banda* (artículo 179, numeral 7; artículo 181, numeral 4; artículo 257-A, artículo 310-C), *organización ilícita* (artículo 318, literal b), *agrupación criminal* (artículo 152, numeral 8). Esta es la única explicación por la cual leyes penales especiales como la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N.° 813) o la Ley de los delitos aduaneros (Ley N.° 28008) no hayan sufrido modificación alguna, a pesar de poseer disposiciones que aluden a entidades que también podrían formar parte de lo que la Ley N.° 30077 denomina "organización criminal". Así, el ya mencionado artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria alude a la circunstancia agravante de pertenencia a una "organización delictiva". Por su parte, el artículo 10, literal e) de la Ley de delitos aduaneros se refiere a la pertenencia a una "organización" (destinada a cometer delitos aduaneros).

En atención a lo expuesto, cabe preguntar: ¿Sería correcto decir que, aunque la Ley N.° 30077 no haya modificado el término "organización *delictiva*" por el de "organización *criminal*" (en el artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria) para el caso del delito de defraudación tributaria y sus modalidades especiales, es posible la aplicación del mencionado instrumento legal para la investigación, juzgamiento y sanción de los mencionados delitos en el caso de que sean cometidos en el marco de una entidad colectiva estructurada previamente para cometerlos? Se podría decir que, si se atiende a la finalidad del legislador (hacer posible una aclaración terminológica, prescindiendo de una serie de términos que ahora deben entenderse únicamente como "organización criminal"), no habría razones para dejar de considerar que el delito de defraudación tributaria y sus modalidades, de conformidad con el artículo 3 *in fine* de la Ley N.° 30077, deban someterse a los alcances de este último instrumento legal. Asimismo, si se toma en cuenta que en la doctrina y la jurisprudencia nacional se tiene que los términos "organización delictiva" y "organización criminal" han sido entendidos prácticamente de manera intercambiable, entonces una opinión como la expuesta podría verse fortalecida.

El problema, sin embargo, radicaría en la eventualidad de que se produzca una comprensión distinta de los conceptos de "organización criminal" y "organización delictiva", específicamente, en el caso de que, por ejemplo, este último posea exigencias distintas que el primero[27]. De ser este el caso, y si se toma suficientemente en serio al principio de legalidad, habría que afirmar inexorablemente que los alcances de la Ley N.° 30077 no podrían aplicarse en el escenario específico en que se haya cometido un delito de defraudación tributaria (o alguna de sus modalidades) y el autor del mismo sea parte de una entidad colectiva estructurada para cometer ese y otros delitos[28]. Por otro lado —y esto

27 Sobre la interpretación del concepto de "organización delictiva" en doctrina nacional, véase Oré Sosa, Eduardo, "Organización criminal. A propósito de la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado", publicado en el portal *Derecho Penal*, art. cit., p. 1 y ss.; Delgado Castro, César, "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, ob. cit., p. 7.

28 Piénsese en el caso en que a una persona se le atribuya la comisión del delito de defraudación tributaria agravada por su realización en el marco de una "organización delictiva", en los términos del artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria. Si es que en la jurisprudencia se ha considerado, por ejemplo, que una "organización delictiva" es una organización que, entre otras características, debe reunir a dos o más personas, entonces los alcances del mencionado concepto serían más restrictivos que los alcances correspondientes al concepto de "organización criminal" que, como expresamente señala el artículo 2 de la Ley N.° 30077, debe reunir a "tres o más personas". De ser esto así (en el caso de que la persona del ejemplo haya planificado una serie de actividades defraudatorias con solo otra persona), los alcances de la Ley N.° 30077 no podría ser

es algo que, a mi juicio, debe discutirse en la doctrina nacional, por lo que aquí solo me limito a ponerlo en consideración—, no pienso que pueda negarse por completo la posibilidad de que (con la entrada en vigor de la Ley N.° 30077) surjan en la práctica controversias vinculadas a los alcances del principio de combinación (artículo 6 del Código Penal), en la medida que, precisamente, el concepto de "organización criminal" haya determinado exigencias más estrictas que las que poseían otros conceptos (como el de "banda", por ejemplo) que aquel desplazó, siendo, a mi juicio, absolutamente factible la posibilidad de alegar que el concepto de "organización criminal" del artículo 2 del instrumento legal, materia de análisis, ha generado un efecto desincriminador de formas asociativas que poseían menores exigencias para ser afirmadas[29].

Ahora bien, aunque en la doctrina nacional se pueda defender la posibilidad de aplicar la Ley N.° 30077 a pesar de que este instrumento legal no haya modificado el artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria (esto es, no se haya modificado el término "organización *delictiva*" por el de "organización *criminal*"), considero

---

aplicable al caso, pues el concepto de "organización delictiva" posee un umbral distinto al de "organización criminal", siendo más favorable al reo la primera que la segunda.

29 Esto fue certeramente puesto de manifiesto por Oré Sosa, Eduardo, "Organización criminal. A propósito de la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado", publicado en el portal *Derecho Penal*, ob. cit., p. 1 y ss.; Delgado Castro, César, "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, ob. cit., p. 9; quien señala que un condenado por la forma agravada del artículo 257-A del Código Penal no podría solicitar la sustitución de la sanción impuesta con la consiguiente disminución de la pena, sobre la base de la idea de que la agravante de actuación en banda ha sido eliminada. Oré Sosa afirma que un escenario como este escapa de la finalidad de la norma, pero al mismo tiempo entiende que el término "organización criminal" debe ser entendido en un sentido amplio "comprendiendo incluso algunas manifestaciones de la criminalidad de grupo más o menos (pero siempre) organizadas". Sin embargo, a mi modo de ver, esta interpretación se lleva mal con el hecho de que el artículo 2 de la Ley N.° 30077 haya establecido una definición auténtica de "organización criminal", con determinadas exigencias (tres o más personas, finalidad de comisión de delitos graves, división de trabajo o funciones en el marco de la organización, etc.) que necesariamente deben ser cumplidas si se quiere entender con sentido tal disposición. Si a esto se agrega (según lo señalado por "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en San Martín Castro, César; Dino Carlos Caro Coria y José Leandro Reaño Peschiera, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, ob. cit., p. 298) que el concepto de "banda" fue definido en la jurisprudencia nacional como "la integración de dos o más personas que concertan con la finalidad de cometer uno o más delitos [...]", resulta a todas luces razonable entender que el concepto de "organización criminal", al plantear exigencias más estrictas, ha generado un efecto desincriminador de las fórmulas delictivas de carácter asociativo existentes antes de la entrada en vigor de la Ley N.° 30077.

que las lagunas a las que hice referencia al principio, se mantienen. En efecto, según la regulación vigente (y solamente si es que se admite los antes aludidos criterios teleológicos, por los cuales la definición auténtica de "organización criminal" sustituye a todas las referencias afines que existan en el ordenamiento jurídico), la Ley N.° 30077 solamente sería aplicable al delito de defraudación tributaria y a sus modalidades, quedando fuera de sus alcances otras figuras delictivas que poseen cada vez más relevancia en la realidad. En efecto, el delito contable-tributario (artículo 5 de la Ley Penal Tributaria), el delito de entrega de información falsa para la obtención de autorizaciones (artículo 5-A de la Ley Penal Tributaria), el delito de almacenamiento ilegal de bienes (artículo 5-B de la Ley Penal Tributaria) y el delito de elaboración o entrega de documentos de relevancia tributaria (artículo 5-C de la Ley Penal Tributaria), quedarían inexplicablemente fuera del ámbito de aplicación de la Ley N.° 30077. Esto sería así pues estas figuras delictivas, en la medida que no están recogidas en el artículo 5-D de la Ley Penal Tributaria (disposición que reserva la posibilidad de aplicar la circunstancia agravante únicamente al delito de defraudación tributaria y sus modalidades), aunque hayan sido cometidas en el marco de una organización criminal, no solo no serían objeto de una agravación de la pena, sino que tampoco quedarían sometidas al tratamiento de la Ley N.° 30077. En esa línea, tampoco resulta comprensible que el legislador haya decidido incorporar, mediante la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30077, la circunstancia agravante de la pertenencia a la organización criminal del agente en el caso de los delitos tributarios de comercio clandestino de productos (artículo 272 del Código Penal) pero haya omitido plantear lo mismo para los delitos tributarios de elaboración clandestina de mercancías gravadas (artículo 271, numeral 1 del Código Penal), de elaboración de mercaderías gravadas con maquinarias, equipos o instalaciones no comunicadas (artículo 271, numeral 2 del Código Penal) y de encubrimiento de mercancías gravadas (artículo 271, numeral 3 del Código Penal). En ningún lugar del Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, se pueden encontrar las razones por las que el legislador decidió establecer la circunstancia agravante para los delitos recogidos en el artículo 271 del Código Penal, pero no para los señalados en el artículo 272 del mismo cuerpo normativo.

Ahora bien, al modificar la Primera Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley N.° 30077 el artículo 317 del Código Penal, en el que se tipifica el delito de asociación ilícita, resulta sorprendente que, dentro del amplio catálogo de delitos que el legislador consideró como delitos-fin (y que por su mayor gra-

vedad habilitan la aplicación de una pena más rigurosa), no se haya reconocido, una vez más, a los delitos tipificados en la Ley Penal Tributaria[30]. Lo que es más sorprendente es que la más reciente modificación del artículo 317 del Código Penal, realizada por la Única Disposición Complementaria Modificatoria del Decreto Legislativo N.° 1181 (publicado en el Diario Oficial el 27 de julio del 2015), haya incluido como nuevos delitos-fin a los delitos de sicariato (108-C del Código Penal) y de conspiración y ofrecimiento para el delito de sicariato (108-D del Código Penal), dejando de lado nuevamente la posibilidad de incluir a los delitos tributarios (tanto los contemplados en la Ley Penal Tributaria como en los artículos 271 y 272 del Código Penal) dentro del amplio catálogo de delitos-fin recogidos en el artículo 317, literal a) del Código Penal. Ante este panorama uno puede preguntarse: ¿Cuál es el criterio político-criminal por el cual el legislador ha contemplado como circunstancia de agravación de la pena del delito de asociación ilícita la finalidad de cometer, por ejemplo, el delito de contrabando (artículo 1 de la Ley de Delitos Aduaneros), pero no un delito de defraudación tributaria? En ningún lugar del Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, ni mucho menos en la Ley N.° 30077, se encuentran criterios que permitan obtener una respuesta razonable y justificada[31].

30 Lo que no ha sucedido, por ejemplo, con los delitos contemplados en la Ley de Delitos Aduaneros, que sí han sido considerados como delitos-fin en el delito de asociación ilícita del artículo 317 del Código Penal.

31 Si se toma en cuenta que uno de los criterios para determinar la "gravedad" de un delito radica en la pena conminada prevista en su respectivo precepto, no podría decirse que los delitos aduaneros sean más graves que los delitos tributarios. En efecto, tanto el delito de contrabando (principal figura delictiva en el derecho penal aduanero) como el delito de defraudación tributaria (figura delictiva principal en el derecho penal tributario) prevén la imposición de una pena privativa de libertad de cinco a ocho años. Inclusive, las figuras delictivas más graves tanto en la Ley Penal Tributaria (modalidades agravadas de defraudación tributaria) como en la Ley de Delitos Aduaneros (financiamiento de delitos aduaneros) poseen el mismo marco penal: una pena privativa de libertad de ocho a doce años. Por ello, en la medida que no es posible establecer que los delitos tributarios sean más graves que los aduaneros (por lo menos no si se toma como referencia el marco penal abstracto), no parece existir un fundamento político-criminal lo suficientemente sólido ni claro como para decir que los segundos sean "más graves" que los primeros. Por lo mismo, hasta donde entiendo, no hay ningún fundamento para que el artículo 317 del Código Penal contemple como circunstancia de agravación de la pena el hecho que el delito-fin de la asociación ilícita sea un delito aduanero, pero admita solo la imposición del tipo básico cuando el delito-fin sea un delito tributario.

Como se dijo, si bien el artículo 3 de la Ley N.° 30077 propone una interpretación auténtica del concepto de "organización criminal" haciendo referencia a que en el marco de esta se deben cometer "delitos graves", y si por ejemplo, el delito contra la propiedad industrial de fabricación o uso no autorizado de patente (tipificado en el artículo 222 del Código Penal) o el delito informático de acceso ilícito (artículo 2 de la Ley N.° 30096, denominada Ley de Delitos Informáticos), son entendidos, desde la lógica de la mencionada ley, como "delitos graves", no se logra entender por qué, por ejemplo, el delito de defraudación tributaria (artículo 1 de la Ley Penal Tributaria) no ha sido contemplado en el catálogo de figuras delictivas del artículo 3 de la Ley N.° 30077; sobre todo si es que se tiene en cuenta que el legislador, al haberse inspirado presuntamente en los lineamientos de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional para interpretar auténticamente el concepto de "organización criminal", debió entender el elemento del "delito grave" desde la perspectiva de la pena abstracta prevista para la figura delictiva en concreto[32]. En efecto, si el legislador tomó como referencia lo establecido en la mencionada Convención (como parece haber sido, dadas las similitudes entre el concepto de "grupo delictivo organizado" del artículo 2, a) de la Convención y el de "organización criminal" del artículo 3 de la Ley N.° 3007), parece ser que no asumió por completo los alcances de la misma, al obviar que el concepto de "delito grave", según el artículo 2, b) de la Convención, alude a "la conducta que constituya un delito punible con una privación de libertad máxima de al menos cuatro años o con una pena más grave"[33].

De esta manera, tenemos que aunque el delito de defraudación tributaria tiene un marco penal mayor (de cinco a ocho años de pena privativa de libertad) que los delitos de fabricación o uso no autorizado de patente (pena privativa de libertad de dos a cinco años) o de acceso ilícito a sistema informático (pena privativa de libertad de uno a cuatro años), no ha sido recogido (a mi juicio, de manera absolutamente injustificada) dentro del ámbito de hechos criminales a los que se debe imponer el régimen procesal delineado por las disposiciones de la Ley N.° 30077. Aquí solo me limitaré a señalar que si bien el legislador

32 Ya en la Convención de Naciones Unidas contra la Criminalidad Transnacional Organizada se establece una definición de "delito grave", determinando un parámetro fijo: delitos castigados con una pena privativa de libertad máxima no inferior a cuatro años. Esto, por lo demás, genera problemas pues no todos los Estados miembros de las Naciones Unidas prevén el mismo nivel de consecuencias jurídicas del delito.

33 Hace referencia a las críticas doctrinales al criterio de la "gravedad" del delito en el marco de las organizaciones criminales. FARALDO CABANA, Patricia, *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, ob. cit., p. 59.

nacional puede tener un criterio distinto para calificar a un delito como "grave" (no vinculándose necesariamente al mínimo de cuatro años de pena privativa de libertad que establece la Convención), este debería ser necesariamente razonable y uniforme, esto es, aplicable a todas las figuras delictivas. Sin embargo, el legislador no ofrece en ningún lugar del instrumento legal, materia de análisis, (ni en el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que propone la Ley sobre Criminalidad Organizada[34]) suficientes elementos como para permitir al intérprete una cabal comprensión de lo que entiende por un "delito grave". En ese sentido, a juzgar por las penas conminadas de los delitos acogidos en el artículo 3 de la Ley N.° 30077, el criterio para considerar un hecho como grave no pasa definitivamente por el *quantum* legalmente previsto para las penas[35].

En atención a lo expuesto, es posible concluir afirmando que los delitos tributarios no podrán regirse por los alcances de la Ley N.° 30077, en la medida que la comisión de aquellos no suponen el cumplimiento de ninguno de sus tres presupuestos. Primero, los delitos tributarios no se encuentran

34 En el Dictamen de la Comisión de Justicia y Derechos Humanos, recaído sobre los Proyectos de Ley N.° 1803/2012-CR, 1833/2012-PE y 1946/2012-CR por los que se propone la Ley sobre Criminalidad Organizada, p. 25; al desarrollar el contenido del elemento "comisión de delitos graves" (cuestión que diferencia a la "organización criminal" de la "asociación ilícita"), se señala: "La orientación a la comisión de delitos graves, que —por definición— afectan bienes jurídicos importantes socialmente hablando, o afecta bienes de menor rango pero en forma múltiple o masiva, pudiéndose mencionar al tráfico ilícito de drogas y estupefacientes, tráfico y explotación laboral y sexual de seres humanos, tráfico ilegal de armas, falsificaciones, robo y tráfico ilegal de vehículos, diversas modalidades de delincuencia económica (lavado de activos, estafa, *fraude fiscal* y de subvenciones, corrupción, contrabando), criminalidad informática, robos a mano armada, delitos ecológicos, robo y tráfico de obras de arte, entre otros". (Fragmento resaltado por mí). Como puede colegirse del texto citado, el legislador, para entender a un delito como "delito grave" no menciona en ningún momento el criterio del *quantum* conminado de la pena. Asimismo, al momento de desarrollar el dictamen, queda claro que se consideró como "delito grave" al delito de defraudación tributaria, que increíblemente no fue recogido en la versión final del artículo 3 de la Ley N.° 30077.

35 Al respecto, Oré Sosa, Eduardo, "Organización criminal. A propósito de la Ley N.º 30077, Ley contra el Crimen organizado", publicado en el portal *Derecho Penal*, art. cit., p. 1 y ss.; Delgado Castro, César, "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, art. cit., p. 3; señala que si bien la "organización criminal" del artículo 2 de la Ley N.° 30077 está dirigida a la comisión de "delitos graves", esta calificación podría no predicarse de todas las figuras delictivas recogidas en el artículo 3 del mencionado instrumento legal, por lo que "el legislador parece haber simplemente apostado por la gravedad o dañosidad social del hecho punible, sin atender necesariamente al método empleado o *modus operandi*".

expresamente contemplados en el catálogo de figuras delictivas recogidas en el artículo 3 de la Ley N.° 30077, cuya comisión habilita el tratamiento investigativo y procesal de los mismos de conformidad a los alcances del propio cuerpo normativo. Segundo, la legislación penal tributaria prevé como circunstancia agravante la pertenencia de un autor a una "organización *delictiva*", lo que, a partir de lo dicho, al no ser necesariamente lo mismo que una "organización *criminal*", no permitiría el sometimiento de la investigación y procesamiento del respectivo delito tributario a los lineamientos de la Ley N.° 30077 (solo podrían ser abarcados los delitos tributarios para los cuales se ha contemplado la agravante de la "organización criminal", a saber, los previstos en el artículo 272 del Código Penal). Esta afirmación, evidentemente, queda condicionada a las reflexiones expuestas previamente (esto es, si, atendiendo a criterios teleológicos, la definición auténtica de "organización criminal" sustituye a todas las referencias afines —"organización delictiva", "organización"— que existan en el ordenamiento jurídico o, por otro lado, si tal definición es aplicable solo a las que modificó expresamente). Finalmente, los delitos tributarios tendrían que entrar en concurso (real o ideal) con alguno de los delitos planteados en el artículo 3 de la Ley N.° 30077, si es que se quisiera admitir la posibilidad de aplicar los alcances de esta en el específico caso que se haya cometido un delito tributario. Desde mi punto de vista, la realidad criminológica permite afirmar que dentro del catálogo de figuras delictivas contempladas en el artículo 3 de la Ley N.° 30077, las que poseen una mayor vinculación con los delitos tributarios son los delitos de falsificación de documentos (artículo 3, numeral 20 de la Ley N.° 30077) y el delito de lavado de activos (artículo 3, numeral 21 de la Ley N.° 30077). Con respecto al concurso con los delitos de falsificación de documentos, en una investigación anterior, a la que me remito, propuse que este solo se podría configurar con el delito de defraudación tributaria (artículo 1 de la Ley Penal Tributaria) y, por ende, con sus modalidades especiales (artículo 2 de la Ley Penal Tributaria) y circunstancias agravantes (artículo 4 de la Ley Penal Tributaria)[36]. Por otro lado, con respecto al delito de lavado de activos (desarrollado en el Decreto Legislativo N.° 1106), la aplicación de la Ley N.° 30077 a los delitos tributarios dependerá, como es evidente, de que se admita que estos pueden efectivamente tener una relación concursal con el delito de lavado de activos. Sobre este asunto tienen que ver las líneas que siguen.

36 Al respecto, extensamente, Alpaca Pérez, Alfredo *Delitos tributarios y aduaneros*, Lima: Ubi Lex Asesores, 2015, p. 261 ss.

IV. DELITOS TRIBUTARIOS Y LAVADO DE ACTIVOS

En la doctrina es común reconocer que la vinculación entre el delito de defraudación tributaria y el delito de lavado de activos se manifiesta de dos maneras. Primero, se plantea la posibilidad de determinar la existencia de un delito de defraudación tributaria cuando las ganancias provenientes de un delito de lavado de activos sean ocultadas a la administración tributaria. Es decir, en este escenario se debate acerca de si el incremento patrimonial ilícito (que constituye el objeto material del delito de lavado de activos) debe ser materia de tributación. Segundo, se discute la posibilidad de si las ganancias obtenidas de una defraudación tributaria pueden ser objeto de lavado de activos, esto es, si el delito de defraudación tributaria puede ser el "delito precedente" o "delito fuente" del delito de lavado de activos[37].

Pues bien, dado que el primer asunto se refiere al tema —mucho más amplio y que no será abordado aquí— de la tributación por ganancias ilícitas[38], en estas líneas me limitaré a exponer algunas apreciaciones sobre el segundo. Este, a mi modo ver, resulta especialmente importante por expresar con mayor precisión no solo la necesidad de determinar los alcances interpretativos de las figuras delictivas que dan forma al lavado de activos en la legislación penal peruana[39], sino también la problemática del concurso de delitos entre el lavado de activos y la defraudación tributaria. Cabe señalar que el primer asunto (el de la tributación de ganancias obtenidas de manera ilícita), a diferencia del segundo (que es el que aquí interesa), se circunscribe únicamente a determinar los argumentos que conducen a una u otra alternativa (tributación o no tributación), cuestión que ni es un problema específico de la interpretación de los preceptos propios del delito de lavado de activos ni tampoco un problema de las relaciones concursales entre el lavado de activos y la defraudación tributaria.

Cabe señalar, por otro lado, que la aceptación del delito de defraudación tributaria como delito previo o delito precedente del delito de lavado de activos tiene importantes repercusiones prácticas. Así, por ejemplo, la intervención de

37 Sobre esta doble perspectiva en el análisis de las relaciones entre el delito de defraudación tributaria y el delito de lavado de activos, véase por todos, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal", en *La Ley*, n.° 7997, 2013, p. 1; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", en *Revista de Derecho Penal*, 2014, p. 190.

38 Sobre este asunto, véase ALPACA PÉREZ, Alfredo *Delitos tributarios y aduaneros*, ob. cit., p. 679 y ss.

39 Sobre los alcances del delito de lavado de activos, véase PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, 2.ª edición, ob. cit, p. 198 y ss.

terceros (operadores del tráfico jurídico con los fondos o el dinero defraudado) en un momento posterior a la consumación del delito de defraudación tributaria puede ser impune o punible a partir de que se admita o no a tal delito como un delito precedente del de lavado de activos[40]. Por otro lado, en la medida que el delito de defraudación tributaria tiene un plazo de prescripción menor que el del delito de lavado de activos —si se tiene en cuenta solo el plazo de prescripción ordinaria, se puede verificar que mientras el plazo para el primer delito es de ocho años, el que corresponde al segundo es de quince—, en la doctrina se señala que "lo que no se puede perseguir por la vía de un delito se podría perseguir por la vía del otro"[41], esto es, que ante la prescripción del delito de defraudación tributaria, sería posible castigar por lavado de activos, sobre la base de la idea de que el evasor sigue poseyendo los bienes y rentas en su momento no pagadas (este escenario, como es evidente, permitiría a las autoridades perseguir por un periodo de tiempo más largo aquel dinero no declarado pertinentemente ante la administración tributaria)[42]. Cabe señalar también, como consecuencia práctica, el incremento de la pena privativa de libertad a imponer al procesado, si es que se admite un concurso real entre el delito de defraudación tributaria y el delito de lavado de activos: si se siguen los parámetros impuestos por el artículo 50 del Código Penal, al condenado por los mencionados delitos se le podría imponer —evidentemente, en el escenario más extremo— una pena de hasta veintitrés años (que puede llegar a ser, treinta o, inclusive, treinta y cinco años si es que se cometen otros delitos autónomos)[43].

En definitiva, la doctrina penal discute desde hace tiempo la posibilidad de que el delito de defraudación tributaria pueda ser entendido como el delito antecedente del delito de lavado de activos, de tal manera que los importes de las cuotas defraudadas a la administración tributaria puedan constituirse en objeto de la acción del delito de lavado de activos. En ese sentido, si es que la defraudación tributaria supone la existencia de un tributo dejado de pagar en

40 Del Rosal Blasco, Bernardo, "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal", en *La Ley*, art. cit., p. 3; Díaz y García Conlledo, Miguel, "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", en *Revista de Derecho Penal*, art. cit, p. 192.

41 Del Rosal Blasco, Bernardo, "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal", en *La Ley*, art. cit., p. 3.

42 Mallada Fernández, Covadonga, *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Valladolid: Lex Nova, 2012, p. 175.

43 Al respecto, véase *Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N.° 4-2009*, Lima: 13 de noviembre del 2009, en el que la Corte Suprema establece algunos lineamientos referidos a la determinación de la pena y al concurso real de delitos.

todo o en parte (esto es, desde una perspectiva patrimonialista, una determinada cantidad de dinero que debía ser ingresado a las arcas del Estado), y si es que las conductas típicas del delito de lavado de activos se proyectan sobre dinero, bienes, efectos o ganancias, entonces, a mi modo de ver, resulta absolutamente justificado discutir si el dinero dejado de pagar (la cuota defraudada), puede considerarse fruto o producto del delito de defraudación tributaria y, en ese sentido, si tal cuota defraudada —en la medida que sea comprendida como obtenida de manera ilícita— podría interpretarse como objeto material del delito de lavado de activos.

V. APRECIACIONES PREVIAS SOBRE EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS (DECRETO LEGISLATIVO N.° 1106)

1. Algunos problemas sustantivos originados por la amplitud en la descripción de las modalidades del delito de lavado de activos (artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.° 1106)

Ahora bien, tal escenario, en el que se admite la urgente necesidad de combatir el lavado de activos a escala global, resulta difícilmente conciliable con el hecho de que, en el ámbito doctrinal, aún no haya consenso en lo que respecta al interés jurídico-penalmente protegido a través de tal figura delictiva, sino que, por el contrario, exista una diversidad de posiciones sobre el tema (por ejemplo, la salud pública, el orden socioeconómico, los intereses de la hacienda pública, la correcta circulación de los bienes en el mercado, la libre competencia, la administración de justicia, el bien jurídico protegido en el delito precedente, etc.). Esta situación resulta de especial importancia pues, si el lavado de activos es reconocido como un delito, aquel debe suponer necesariamente la vulneración a un bien jurídico penalmente relevante[44]. La importancia de la determinación del bien jurídico en los tipos penales es algo sobre lo que aquí no me puedo detener. Sin embargo, bastará solo con decir que la amplitud que caracteriza a la configuración de los preceptos que contienen las figuras delictivas básicas del lavado de activos (artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.° 1106) exige, con mayor razón, una necesaria delimitación del interés jurídico merecedor de protección por el derecho penal (pues solo así se desentraña el sentido de

44 Sobre la teoría de los bienes jurídicos en el derecho penal, véase ABANTO VÁSQUEZ, Manuel, "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", en *Revista Penal*, n.° 18, 2006, p. 3 y ss.

cada tipo en particular y es posible realizar una interpretación restrictiva de la correspondiente figura delictiva).

En efecto, el hecho de que las modalidades básicas del delito de lavado de activos en el Perú hayan sido configuradas de manera amplia genera una serie de inquietudes que, a mi juicio, merecen ser tenidas en cuenta si se desea realizar una aplicación de tal figura delictiva conforme a criterios de racionalidad y proporcionalidad. Así, por ejemplo, es posible afirmar que las modalidades básicas del aludido delito responden a un modelo de tipificación basado en un concepto unitario de autor —donde, como es conocido, se renuncia a una distinción entre autor y partícipe, encuadrándose todas las formas de intervención en el delito bajo una única figura de autoría[45]—. Esto tiene como consecuencia que las conductas que normalmente se entienden como de simple colaboración sean elevadas a la categoría de autoría, en detrimento de las categorías propias de la participación en sentido estricto[46]. Por ello, dada la amplia redacción de las modalidades básicas del delito de lavado de activos —lo cual supone que conductas usualmente consideradas como de participación en sentido estricto se conciban ahora como de autoría del referido delito[47]—, se produciría un

45 Al respecto, véase Díaz y García Conlledo, Miguel, *La autoría en derecho penal*, Barcelona: PPU, 1991, p. 47 y ss.

46 Con esto no quiero decir que el Código Penal asuma un modelo unitario de autor. La existencia de los artículos 23, 24 y 25 del Código Penal (en los que se regula las formas de autoría y participación) deben llevar a pensar en la necesidad de distinguir entre autores y partícipes en un concreto hecho delictivo. En ese sentido, aunque el Decreto Legislativo N.° 1106 plantee una fórmula extremadamente amplia en cuanto a las modalidades básicas del delito de lavado de activos, de aquí no se excluye que también puedan darse las mismas formas de participación que prevén los artículos 24 y 25 del Código Penal. Al respecto, véase Durrieu, Roberto, *El lavado de dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina, 2006, p.166. Evidentemente, ingresarán dentro de los alcances de la participación en sentido estricto conductas extremadamente periféricas, alejadas considerablemente del bien jurídico, pues, como se viene diciendo, las conductas que generalmente suponen participación en sentido estricto han sido elevadas a las de autoría por los propios tipos penales. Por otro lado, comentando los alcances de la autoría y la participación en el delito materia de análisis, aunque en la legislación española, véase Díaz y García Conlledo, Miguel, "El castigo del autoblanqueo en la reforma penal del 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel y Nielson Sánchez Stewart (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 298.

47 Díaz y García Conlledo, Miguel, "El castigo del autoblanqueo en la reforma penal del 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel y Nielson Sánchez Stewart (coord.), *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, ob. cit., p. 203.

sacrificio de la complicidad a favor de la autoría, lo que, como puede preverse, podría resultar problemático si es que se analiza la mencionada amplitud desde el prisma del principio de proporcionalidad.

Por otro lado, el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, al consagrar la autonomía del delito de lavado de activos, señala que podrá considerarse como autor del delito a quien haya "ejecutado" o "participado" en las actividades delictivas generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias, esto es, en el delito fuente o delito precedente. Como es evidente, esta disposición soluciona un supuesto que no se contemplaba en la versión original de la derogada Ley N.° 27765: la discusión acerca de si el autor del delito previo puede serlo también del delito de lavado de activos. Aquí bastará con señalar que, adicionalmente a la amplia configuración de las modalidades básicas del delito, el referido artículo de la nueva regulación hace posible la inclusión, dentro del ya amplio círculo de autores del lavado de activos, al autor y al partícipe del delito previo.

Otro asunto que cabe destacar aquí consiste en que la configuración actual de las modalidades básicas del delito de lavado de activos conduce a entenderlo como un delito de tendencia interna trascendente (pues se señala que las conductas típicas sobre los objetos de la acción deben realizarse "con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso"); o, con mayor propiedad, como un delito de resultado cortado[48]. La adopción de este modelo de tipificación, evidentemente, supone la aceptación de un delito de consumación anticipada: bastará que al momento de realizar la conducta descrita en el tipo el sujeto cuente con la finalidad o intención de producción de un resultado ulterior, sin necesidad de que este, independiente de la acción típica, logre concretarse. Asimismo, el delito de lavado de activos es entendido —a partir de su actual configuración— como un delito de peligro abstracto, esto es, que criminaliza conductas que suponen generalmente la producción de un peligro para el bien jurídico protegido[49]. Con ello, como puede preverse, se produce también una anticipación de la línea de intervención penal a un momento anterior a la efectiva lesión del interés que busca ser protegido.

48 Entre otros (refiriéndose a la legislación española, aunque completamente aplicable a la regulación peruana) VIDALES RODRÍGUEZ, Caty, *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1997, p. 137; DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid: Dykinson, 1999, p. 20.

49 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, Lima: Grijley, 2007, p. 511.

En definitiva, dado que el delito de lavado de activos supone fenomenológicamente un proceso[50], la nueva tipificación ha contemplado dentro de sus contornos una serie de conductas coincidentes con aquellas desplegadas desde el propio inicio del referido proceso hasta las instancias últimas del mismo. El resultado, como no podría ser de otra manera, ha sido la creación de una figura delictiva de extremada amplitud con respecto al ámbito de intervinientes; amplitud que, desde mi punto de vista, resultaría desproporcionada con respecto a lo anticipado del momento consumativo del delito. Así, como antes se dijo, las modalidades básicas del lavado de activos no solo elevan a la categoría de autoría a todas aquellas conductas secundarias o periféricas concurrentes en el aludido proceso (por lo que, consecuentemente, las formas de participación en sentido estricto, en caso de haberlas, serían de escasa entidad y sumamente aisladas del concreto hecho delictivo), sino que también incluyen dentro del universo de autores del delito al autor del delito previo (inclusión que, si bien diferencia al lavado de activos de otras figuras concomitantes como la receptación o el encubrimiento real[51], aún no ha sido lo suficientemente discutida por la doctrina penal peruana[52]). En síntesis, no considero exagerado decir, como hace Muñoz Conde —refiriéndose a la situación española, aunque completamente aplicable a la regulación peruana—, que se ha creado "un "monstruo jurídico" sin límites ni contornos claros y precisos, con el que cabe cometer cualquier arbitrariedad"[53].

50 Entre otros, Díaz-Maroto y Villarejo, Julio, *El blanqueo de capitales en el derecho español*, ob. cit., p. 5; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi, 2002, p. 91.

51 Muñoz Conde, Francisco, "Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel y Nielson Sánchez Stewart (coords.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 159.

52 Sobre todo si se tiene en cuenta que del ámbito internacional no se colige necesariamente la inclusión del autor del delito previo en el círculo de autores del delito de lavado de activos. Así, por ejemplo, tanto en el Convenio de Estrasburgo de 1990 (donde se señala, en el artículo 6.2.b), que "puede establecerse que los delitos previstos no sean de aplicación para las personas que cometieron el delito principal"), como en la Convención de Palermo del 2000 (donde se establece, en el artículo 6.2.e), que "si así lo requieren los principios fundamentales del derecho interno de un Estado parte, podrá disponerse que los delitos tipificados en el párrafo 1 del presente artículo no se aplicarán a las personas que hayan cometido el delito determinante") parece no exigirse tal inclusión.

53 Muñoz Conde, Francisco, "Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel y Nielson Sánchez Stewart (coords.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, art. cit., p. 173.

Por las razones expuestas, es posible afirmar que, tomando en cuenta la innegable amplitud de la formulación típica del delito de lavado de activos en el Perú, la determinación del bien jurídico protegido resulta materialmente un imperativo por su especial urgencia. Aunque parezca simple, este punto de partida ostenta por sí mismo una enorme complejidad: como antes se dijo, existe en la doctrina penal una gran cantidad de posiciones con respecto a qué es lo que se protege en el delito de lavado de activos. En este sentido, estimo que la doctrina nacional debe orientar sus esfuerzos a desarrollar argumentos orientados a sostener una determinada concepción del bien jurídico que sea coherente con la aludida amplitud que caracteriza a las figuras básicas del delito, pues solo así la función interpretativa del bien jurídico coadyuvará esencialmente al esclarecimiento de sus contornos típicos, tanto de cara a considerar con precisión qué conductas merecen ingresar dentro de sus alcances como para diferenciar a la presente figura delictiva de otras limítrofes como la receptación (artículo 194 del Código Penal) y el encubrimiento real (artículo 405 del Código Penal). Una delimitación completa y con sentido entre las aludidas figuras delictivas y el lavado de activos tiene mucho que ver con una concepción sólida del bien jurídico protegido en cada una de ellas.

2. Breve excurso: el bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos según el Acuerdo Plenario N.° 03-2010 y el AP N.° 07-2011

Dada la necesidad de unificar criterios en torno a diversos temas sustantivos y procesales referidos al delito de lavado de activos, la Corte Suprema del Perú desarrolló y emitió dos Acuerdos Plenarios: el Acuerdo Plenario N.° 03-2010, del 16 de noviembre del 2010 y el Acuerdo Plenario N.° 07-2011, del 6 de diciembre del 2011. En el primero de ellos, la máxima instancia de la judicatura nacional estableció los lineamientos interpretativos necesarios para determinar los intereses protegidos por la figura delictiva en cuestión. Así, el punto de partida consistió en el elemental reconocimiento de que al no encontrarse el delito de lavado de activos en el Código Penal (pues se ubicaba —al igual que ahora— en una ley penal especial), no sería posible realizar una deducción directa del interés jurídico penalmente protegido por el delito materia de análisis[54]. Por ello, como con razón se afirmó en el Acuerdo Plenario N.° 03-2010, "precisar la calidad y alcances del bien jurídico tutelado en el delito de lavado de activos constituye un primer problema dogmático que se debe abordar"[55]. Seguida-

54 Corte Suprema de Justicia, *Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.° 7.

55 Loc. cit.

mente, se describieron las diversas posiciones, que con respecto al bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, se han desarrollado en doctrina nacional e internacional: primero, la posición mayoritaria que postula que el bien jurídico tutelado consiste en las "funciones o la estabilidad o el régimen jurídico que regula la actividad económica de un país", descripción expresiva del orden socioeconómico (o de esferas concretas que se subsumen en aquel concepto de amplio alcance) como interés jurídico penalmente relevante[56], segundo, el sector minoritario de la doctrina que considera que el delito de lavado de activos atenta contra el bien jurídico "Administración de Justicia"[57] y, finalmente, la propuesta doctrinal consistente en que el delito de lavado de activos es uno de carácter pluriofensivo, es decir, que el fundamento de su punibilidad radica en la afectación de varios bienes jurídicos[58].

Ahora bien, debe señalarse que en el Acuerdo Plenario N.° 03-2010 no solo se reconocieron y explicaron los alcances de las mencionadas perspectivas doctrinales, sino que también se manifestaron opiniones críticas sobre cada una de ellas. Así, con respecto a la primera posición (el orden socioeconómico o esferas concretas propias de este ámbito como bien jurídico protegido), se afirmó que tal opción es asumida en muchas legislaciones a partir de la ubicación sistemática del precepto en los respectivos códigos penales[59]. Sin embargo, la Corte Suprema decidió no asumir esta posición doctrinal sobre la base de dos argumentos: (i) El derecho penal peruano no coloca al delito de lavado de activos como uno típicamente económico; y (ii) no sería del todo acertado aceptar que el delito de lavado de activos solo colisiona con bienes jurídicos macrosociales de carácter funcional (como el orden económico o el sistema financiero de un país), ya que "si bien es cierto que los principales efectos de este delito pueden distorsionar los indicadores y la estabilidad de la economía de una sociedad, también lo es que no siempre los procedimientos de blanqueado de capitales contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados"[60].

---

56 Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116, Lima: 16 de noviembre del 2010, f. j. n.° 7 y N.° 8.

57 *Ibid.*, f. j. n.° 10.

58 *Ibid.*, f. j. n.° 11 y N.° 12

59 En el derecho penal español, por ejemplo, se contempla al delito de lavado de activos (blanqueo de capitales) como una conducta afín a la receptación (artículos 301 a 304) en el Título XIII del Código Penal de 1995 sobre "Delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico". Por su parte, en el derecho penal colombiano se incluye al delito de lavado de activos entre los "Delitos contra el Orden Económico Social" (artículos 323 a 325).

60 Corte Suprema de Justicia, Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116, Lima: 16 de noviembre del 2010. f. j. n.° 9.

Sobre estos dos asuntos aquí solo cabe decir, muy someramente, que se echa en falta una explicación de por qué según la Corte Suprema "el derecho nacional no coloca al delito de lavado de activos como uno típicamente económico", sobre todo si se tiene en cuenta que mayoritariamente la doctrina reconoce la importante vinculación entre el delito de lavado de activos y la actividad socioeconómica[61]. En todo caso, lo recomendable, a mi modo de ver, hubiera sido que la Corte Suprema desarrolle medianamente los alcances de lo que entiende por "delito económico", ya que, como es conocido a partir de una gran cantidad de investigaciones al respecto, este concepto posee diversas comprensiones sobre la base de distintos criterios (bien jurídico protegido, modo de comisión del delito, efectos producidos por el delito o el sujeto activo que realice la conducta)[62], por lo que la adopción de alguno de ellos debería repercutir necesariamente en la inclusión o no de una determinada figura delictiva (en este caso, el lavado de activos).

Por otro lado, con su segundo argumento la Corte Suprema, desde mi punto de vista, parece hacer referencia al hecho de que existen algunos Estados (los llamados "paraísos fiscales") que establecen una política financiera consistente en la captación de la mayor cantidad posible de dinero procedente del exterior, sea cual fuere su origen, a fin de mejorar las variables de su economía, crear empleo y obtener divisas[63]. A partir de la verificación de estos paraísos fiscales, la Corte Suprema concluyó señalando que no necesariamente las operaciones de lavado de activos contradicen las formas o límites de la regulación económica, financiera y tributaria fijada por los Estados. Pues bien, dado que la Corte Suprema debe circunscribirse al caso peruano —donde sí se acepta que el lavado de activos repercute negativamente en el orden económico—, considero que es inadecuado hacer referencia a la apertura financiera o bancaria de algunos Estados como para justificar que el delito de lavado de activos no pueda manifestar cierta nocividad para el orden económico (obviamente sin aceptar aún que este sea el

61 Entre otros, Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex, 1998, p. 209; Palma Herrera, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa-Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, 2000, p. 237; García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, ob. cit., p. 488; Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., ob. cit., p. 216; Molina Fernández, Fernando, "¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?", en *Derecho Penal Contemporáneo*, n.° 26, 2009, p. 29.

62 Al respecto, Vidales Rodríguez, Caty, "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales", en *Estudios Penales y Criminológicos*, n.° 21, 1998, p. 313.

63 Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 209.

bien jurídico protegido). Desde mi punto de vista, un correcto análisis hubiera consistido en señalar que a pesar de la existencia de paraísos fiscales (en los que existen tratamientos tributarios favorables, procedimientos para lograr un completo anonimato, estricto secreto comercial y profesional, negativas a participar de la cooperación judicial internacional, medios personales y materiales para la realización de cualquier clase de operaciones financieras, etc.), el lavado de activos repercute negativamente en la economía, pues el lavador "instrumentaliza" aquellos territorios para mantener "congelados" sus rendimientos de origen delictivo, y así poder introducirlos —sin levantar sospechas— en el circuito económico legal de otro país cuando considere pertinente[64]. En definitiva, el hecho de que en algunos Estados se verifique una precaria supervisión financiera o bancaria, no debería conducir necesariamente a aceptar la idea de que el orden económico no se afecta con el lavado de activos; sobre todo en el Perú donde, como es obvio, se parte de que la figura materia de análisis es socialmente nociva.

Sobre la segunda perspectiva (la "Administración de justicia" como bien jurídico protegido), en el Acuerdo Plenario N.° 03-2010 la Corte Suprema expuso que por su similitud con las formas convencionales del encubrimiento real, desde un punto de vista puramente operativo, la "Administración de justicia" resultaría ser el bien jurídico más próximo al ámbito de influencia del delito de lavado de activos. Esto sería así, pues los activos obtenidos ilegalmente por el crimen organizado o los bienes que fueron adquiridos con "dinero sucio" tienen la calidad material de efectos del delito[65]. Así las cosas, sería posible reconocer una asimilación entre los actos propios del delito de lavado de activos con la estructura típica del delito de encubrimiento real: tales conductas se expresan "como un modo de ocultar los efectos de un hecho punible perjudicando así la recta y oportuna acción de la justicia"[66]. Sin embargo, en el Acuerdo Plenario N.° 03-2010 se desestimó la posibilidad de asumir a la "Administración de justicia" como único bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos, básicamente a partir de dos afirmaciones: **(i)** porque tal posición (sustancialmente político-criminal) no resulta compatible ni adaptable a los fines y a la dinámica contemporánea de las distintas operaciones que se califican como actos propios del lavado de activos; y, **(ii)** porque legislativamente no se ha optado por incluirlo en el Código Penal, ya que si el bien jurídico protegido fuese la "Administración de justicia", hubiese bastado con modificar la estructura y los alcances del delito de encubrimiento real. Pues bien, con respecto a lo primero, en efecto, las razo-

64 *Ibid.*, p. 107.

65 Corte Suprema de Justicia, *Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010. f. j. n.° 10.

66 *Loc. cit.*

nes político-criminales (desalentar la comisión de delitos que generan ingentes ganancias y evitar que el lavado sirva para encubrir delitos fuente, evitando así su investigación y persecución) resultan insuficientes para explicar cuál es el bien jurídico que pretende ser protegido por el delito de lavado de activos[67]. En ese sentido, la Corte Suprema alude a la necesidad de tener en cuenta los "fines" y la "dinámica contemporánea" de las operaciones calificadas como de lavado de activos. Esto resulta obvio, ya que lo que caracteriza al lavado de activos es, en cuanto a sus "fines", el dotar a los bienes ilícitamente obtenidos de una *apariencia de legalidad*, y en cuanto a su "dinámica", la *introducción de tales bienes en la economía legal*[68]. Como puede observarse, tanto los "fines" como la "dinámica" expresan la fundamental vinculación del delito con su perniciosa incidencia en el circuito económico legal, algo que, sorprendentemente, la Corte Suprema, al parecer, consciente o inconscientemente, no reconoció cuando abordó la posición doctrinal consistente en que el bien jurídico era el orden socioeconómico[69].

En lo que respecta al segundo argumento, hasta donde alcanzo a ver, la Corte Suprema parece reconocer que el delito de lavado de activos —como es correcto— supone "algo más" que el mero ocultamiento de un hecho delictivo previo del que se generan ganancias ilícitas, precisamente porque el desvalor del hecho no se concentra en el encubrir, sino, como antes se dijo, en el incorporar los capitales ilícitamente obtenidos en el circuito económico legal. Es por esto que el delito de encubrimiento real resulta materialmente insuficiente para hacer frente a las conductas propias del delito de lavado de activos. Esto explica no solo que una mera reforma del delito de encubrimiento real no signifique la opción más adecuada para reprimir penalmente el lavado de activos, sino que además permite entender la mayor desvaloración socio-normativa inherente a este último delito: mientras la pena contemplada para el encubrimiento real es no menor de dos ni mayor de cuatro años, la del lavado de activos (la de sus

67 Muñoz Conde, Francisco, "Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales", en Abel Souto, Miguel y Nielson Sánchez Stewart (coords.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, art. cit., p. 160.

68 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., ob. cit., p. 93.

69 En efecto, la Corte Suprema señaló que en el derecho penal peruano no se reconocía el delito de lavado de activos como uno típicamente económico; sin embargo, si se concibe que el delito de lavado de activos es "algo más" que el encubrimiento —esto es, es mucho más que una mera ocultación de la ilegalidad del origen de la ganancia—, el núcleo del desvalor deberá recaer en otro aspecto del lavado de activos —es decir, en un aspecto distinto a la mera ocultación o encubrimiento del bien—: su vinculación con la economía legal, la que es utilizada para otorgar apariencia de legalidad al dinero, bienes, efectos o ganancias obtenidos de manera ilícita.

modalidades básicas, para ser más específico) es no menor de ocho ni mayor de quince años, es decir, cuantitativamente mayor.

Finalmente, en el Acuerdo Plenario N.° 03-2010 se optó por comprender al delito de lavado de activos como uno de carácter pluriofensivo a partir de "su conexión plural con la afectación sucesiva o simultánea de varios bienes jurídicos"[70], esto es, admitiendo que es más compatible con la dinámica y finalidad del referido delito entender que lo que se afecta o se pone en peligro de manera sucesiva o simultánea es una pluralidad de bienes durante las etapas y operaciones criminales que supone una conducta típica de lavado de activos. En ese sentido, la Corte Suprema sostuvo que las modalidades delictivas reconocidas en los artículos 1 y 2 de la derogada Ley N.° 27765 vulneran diversos bienes jurídicos: mientras el bien jurídico "estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero" se vulnera a través de los actos de conversión y transferencia (artículo 1 de la derogada Ley N.° 27765), el bien jurídico "eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado" se afecta a través de los actos de ocultamiento y tenencia (artículo 2 de la derogada Ley N.° 27765)[71].

Desde mi punto de vista, la opción asumida por la Corte Suprema (lavado de activos como delito pluriofensivo) resulta problemática, esencialmente porque no logra entenderse cómo es posible concluir afirmando que a través del aludido delito se protege el orden socioeconómico y la "Administración de justicia" cuando antes se esbozaron argumentos para desestimar tales intereses como (únicos) objetos de protección[72]. Con todo, lo que más llama la atención son los alcances de aquellos intereses que la Corte Suprema alega que se vulneran en las diferentes etapas o estadios del complejo proceso delictivo que es el lavado de activos. Así, cuando hace referencia a la "estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero" (vulnerado, desde su punto de vista, a través de los actos de conversión y transferencia), hasta donde alcanzo a ver, la Corte Suprema está reconociendo que es la circulación lícita de los bienes en el mercado —como

70 Corte Suprema de Justicia, *Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116*, Lima: 16 de noviembre del 2010. f. j. n.° 11.

71 *Ibid.*, f. j. n.° 13; se afirmó que "simultáneamente, en todas estas etapas el régimen internacional y nacional de prevención del lavado de activos, resulta vulnerado en todas sus políticas y estrategias fundamentales".

72 De la misma opinión, Caro Coria, Dino Carlos, "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre del 2010 y N.° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre del 2011 en la Delimitación y Persecución del Delito de Lavado de Activos", en Abanto Vásquez, Manuel; José Antonio Caro John y Luis Miguel Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal. Libro Homenaje al Profesor Doctor César Augusto Paredes Vargas*, Lima: Ara Editores, 2012, p. 302.

expresión del orden socioeconómico— el interés protegido a través del delito en cuestión. Sobre el particular, cabe señalar que, definitivamente, la protección de la licitud de los bienes que circulan en el tráfico jurídico-económico es un asunto de gran relevancia (precisamente porque mantienen la estabilidad, transparencia y legitimidad del mismo), sin embargo, si aquello es lo que se protege, tal circulación lícita debería abarcar no solo a las ganancias provenientes de un delito, sino a todo tipo de "dinero negro" (esto es, dinero proveniente de todo tipo de actividad ilícita y no solamente de sucesos delictivos). Por lo demás, el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106 señala reiterada y expresamente que el dinero, bienes, efectos o ganancias deben provenir de "actividades criminales", por lo que, consecuentemente, debe reconocerse como una limitación típica el que el hecho precedente sea un delito y no cualquier tipo de actividad ilícita[73]. Esta decisión político-criminal, como es evidente, no se condice con la alternativa referida a entender a la circulación lícita de los bienes en el mercado como bien jurídico, pues la especificación de que el hecho previo sea una actividad criminal no resultaría coherente con ella. Por otro lado, con respecto a la "eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado", desde mi punto de vista, la Corte Suprema estaría haciendo referencia al bien jurídico "Administración de justicia" desde su función *preventiva*, a través de la cual se hace hincapié en el impedimento de futuros hechos delictivos, especialmente, en las actividades delincuenciales que gracias al lavado de activos podrán seguir siendo cometidas por las organizaciones criminales. Esta perspectiva ya fue ampliamente criticada por García Cavero, quien en su momento señaló que esta comprensión corre el peligro de ampliar de manera excesiva el ámbito de punibilidad, pues, siendo consecuentes con su punto de partida, no debería diferenciarse si el dinero al que acceden las organizaciones criminales tiene o no una procedencia ilícita, sino que bastaría simplemente con el peligro de que los bienes sean utilizados por tales organizaciones para el desarrollo de sus actividades delictivas, eliminando el requisito previo de la demostración de la procedencia delictiva de los bienes[74]. En líneas generales, la opción propuesta por la Corte Suprema del Perú en lo que se refiere a la comprensión del bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos no está exenta de inquietudes, y sinceramente se echan de menos mayores argumentos clarificadores al respecto.

73 Posiblemente, la alusión a la "estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero" hecha por la Corte Suprema pueda entenderse mejor con lo señalado en el artículo 6 de la derogada Ley N.° 27765, en donde se hacía referencia a que el dinero, bienes, efectos o ganancias debían provenir de actividades "ilícitas", es decir, no solo de delitos, sino de cualquier actividad contraria a la ley.

74 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, ob. cit., p. 486.

Ahora bien, en aras de complementar el Acuerdo Plenario N.° 03-2010, la Corte Suprema desarrolló el Acuerdo Plenario N.° 07-2011, en el que analizó lo referido al agotamiento del delito previo al delito de lavado de activos. Este tema resulta relevante pues, como puede preverse, analizar el agotamiento de un delito supone determinar con claridad el momento de su consumación y, a su vez, la relación entre este momento y la lesión del bien jurídico (bien jurídico que, a mi juicio, la Corte Suprema aún no ha logrado determinar con suficiencia). En este sentido, debe quedar claro que cuando se produce la lesión del bien jurídico y cuando se consuma un delito son asuntos subordinados a la estructura del tipo penal en concreto: si hay lesión del bien jurídico hay consumación, pero puede haber consumación sin lesión, como en los delitos de peligro[75].

Pues bien, con respecto al agotamiento del delito previo, la Corte Suprema señaló que con la criminalización del lavado de activos, el agotamiento del delito (entendido en el Acuerdo Plenario N.° 7-2011 como "alcanzar materialmente la finalidad que perseguía e impulsó al agente a cometer un delito"[76]) deja de ser irrelevante, lo que se debe al "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"[77]. Por ello, según la Corte Suprema, "todo agotamiento del delito previo 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"[78]. Finalmente, en el Acuerdo Plenario N.° 7-2011 se concluye diciendo que "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"[79].

---

75 Al respecto, Molina Fernández, Fernando, "¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?", en *Derecho penal contemporáneo*, ob. cit., p. 17.

76 Corte Suprema de Justicia, *Acuerdo Plenario N.° 7-2011/CJ-116*, Lima: 06 de diciembre del 2011, f. j. n.° 13.

77 *Ibid.*, f. j. n.° 14.

78 *Ibid.*, f. j. n.° 14.

79 *Ibid.*, f. j. n.° 15.

Lo expuesto por la Corte Suprema en el Acuerdo Plenario N.° 7-2011 merece, indudablemente, algunos comentarios. Así, no considero correcto decir, como hace la Corte Suprema, que "todo agotamiento del delito previo deviene en la comisión de un ulterior delito de lavado de activos", pues con esto se estaría desconociendo la existencia de actos posteriores a la consumación del delito que deberían entenderse, en realidad, como actos copenados, esto es, como actos cuya sanción se encuentra comprendida en la pena del delito que describe la conducta más amplia[80]. Piénsese, por ejemplo, en el caso de una persona que roba una joyería y guarda en su domicilio las joyas robadas, o en el caso de un sujeto que después de robar un automóvil, lo utiliza para darse a la fuga y evitar su captura (en ambos casos, como puede observarse, concurren dos conductas típicas de lavado de activos: "guardar" y "utilizar"). Debe quedar claro que el objeto de la acción del delito previo solo podrá serlo del delito de lavado de activos cuando, entre otras condiciones, la ejecución de los actos de lavado sobre dicho objeto no constituya el delito previamente cometido, o siempre que la acción sobre tal objeto no pueda ser consumida por el delito previo. Así, por mencionar un ejemplo, no constituiría lavado de activos la disponibilidad de los bienes obtenidos a través de la comisión de un delito patrimonial (por ejemplo, en el que haya apoderamiento, como en el robo) por parte del autor del mismo, ya que ello supondría una indudable vulneración del principio *non bis in idem* (pues claramente hay una doble desvaloración del mismo hecho). Resulta evidente que en los dos ejemplos antes expuestos la fase de agotamiento no podría ser entendida automáticamente como subsumible dentro de las figuras propias del lavado de activos: en realidad, el castigo del delito previo (robo) incluye el desvalor de aquellas supuestas conductas de lavado (como también sucede con la posesión de lo hurtado, el desplazamiento de lo estafado, la adquisición de las ganancias procedentes de la explotación sexual, etc.). En este sentido, ante este concurso aparente de leyes, se deberá aplicar el principio de consunción y entender que la comisión del primer hecho (robo) abarca la antijuridicidad total del suceso. Si según el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, el robo es uno de los delitos fuente del lavado de activos, resulta equivocado señalar, como lo hace la Corte Suprema, que *todo* agotamiento del delito previo deviene en la comisión del delito de lavado de activos, ya que, como se ha visto, en el robo (y en los delitos patrimoniales en general, me atrevería a decir) aquella afirmación es de difícil aceptación.

80 Campaner Muñoz, Jaime, "La necesaria consideración del autoblanqueo como acto copenado o autoencubrimiento impune", en *Derecho Penal Contemporáneo*, N.° 35, 2011, p. 126.

Sin embargo, las siguientes afirmaciones de la Corte Suprema son, a mi juicio, aún más problemáticas. Así, cuando se señala que la "transformación de las ganancias ilegales provenientes del crimen organizado" constituye lavado de activos, se realiza una afirmación solo parcialmente correcta, ya que, en realidad, no toda transformación de ganancias obtenidas delictivamente constituye lavado de activos, sino solamente aquella que supone la introducción de tales ganancias en el circuito económico legal; con lo cual, por ejemplo, la reinversión de los fondos ilegalmente obtenidos en nuevas actividades delictivas no constituye, desde mi punto de vista, lavado de activos[81]. Tampoco considero que el "simple ocultamiento o el traslado físico encubierto" puedan considerarse actos de lavado de activos. ¿Acaso sería posible admitir, por ejemplo, que el enterrar en un jardín un determinado bien obtenido a partir de la comisión de un delito o el trasladarlo clandestinamente de un determinado lugar a otro para garantizar su ocultamiento de las autoridades constituye un delito de lavado de activos? Si bien en ambos casos se tratan de conductas post-consumativas realizadas sobre el mismo objeto de la acción, no considero factible comprender que aquellas deban entenderse como conductas propias de lavado de activos pues no se cumple el elemento esencial que caracteriza a este delito: no se produce la introducción del bien en el circuito económico legal, sino que, a lo sumo, se produce un ocultamiento cuya antijuridicidad, a mi juicio, puede ser suficientemente contenida en los contornos del delito de encubrimiento real.

Por otro lado, puede colegirse de lo expuesto en párrafos anteriores que la Corte Suprema considera que el "disfrutar" las ganancias ilícitas o el "procurar asegurar" las mismas, deben entenderse como conductas propias del delito de lavado de activos. Lo que inmediatamente llama la atención es que, al desarrollar este argumento, se aluden a dos comportamientos ("disfrutar", "procurar asegurar") que, desde mi punto de vista, no guardan ninguna relación con las conductas típicas del delito de lavado de activos. Si "disfrutar" (que puede entenderse como el percibir o gozar los productos y utilidades de algo) y "procurar asegurar" (que puede entenderse como el preservar o resguardar de algún daño) son comportamientos que la Corte Suprema interpreta forzosamente como afines a las conductas típicas de "utilizar" o "custodiar"[82], respectivamente, ¿por qué

81 De la misma opinión, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons, 2000, p. 36.

82 Aquí debe mencionarse que el Acuerdo Plenario N.° 7-2011 fue emitido cuando se encontraba en vigencia la derogada Ley N.° 27765. Esto, sin embargo, no significa ningún problema para lo que aquí se dice, pues en el artículo 2 de la ley derogada (que contemplaba los actos de "ocultamiento y tenencia") se contemplaban como conductas típicas el "utilizar" y el "custodiar" (al igual que en el vigente Decreto Legislativo N.° 1106).

la máxima instancia de la judicatura nacional no hizo referencia directamente a estas últimas en lugar de complejizar el asunto aludiendo a dos formas de comportamiento no reconocidos en los propios tipos penales?

En realidad, solo la última idea esbozada por la Corte Suprema es correcta: en el lavado de activos puede intervenir tanto el propio delincuente generador del ingreso ilegal (es decir, el autor del delito previo) como otros, contratados por aquel, para "lavar tales recursos y disimular su origen delictivo". Como se explicará con profundidad más adelante, el Decreto Legislativo N.° 1106 reconoce expresamente la posibilidad de que el autor del delito previo pueda serlo también del delito de lavado de activos. La aceptación político-criminal de esta concreta circunstancia brinda un importante punto de partida que, al ser traducido en términos dogmáticos, genera un indicio en lo que respecta a la comprensión del bien jurídico protegido en el presente delito: si el autor del delito previo puede cometer, a través de una conducta posterior, el delito de lavado de activos, es porque vulnera dos bienes jurídicos distintos en diferentes momentos (pues si no fuera así, a mi juicio, se estaría contraviniendo el principio de proporcionalidad). Esta afirmación, aunque simple, es importante y puede servir de punto de partida para el esclarecimiento del interés que debe protegerse a través de la figura delictiva materia de análisis. Por otro lado, la Corte Suprema alude a que es posible que terceros "laven" los recursos ilícitamente obtenidos y "disimulen su origen delictivo". Al respecto, me parece que es importante que en el Acuerdo Plenario N.° 7-2011 se haya hecho alusión a la palabra "disimular" pues, definitivamente, al analizar su significado, es posible observar que no es necesariamente igual a "ocultar", sino que aquel término alude más bien al hecho de disfrazar algo para que parezca distinto de lo que en realidad es. Siendo esto así, pienso que el "disimular algo" solo tiene sentido si es que se busca hacer pasar ese "algo" ante otros como una cosa que no es. Precisamente, en esto radica, desde mi punto de vista, el lavado de activos (que, como se viene diciendo, es mucho más que "ocultar"): el otorgar una apariencia legítima a "algo" (bienes, dinero, efectos o ganancias) que, como se sabe, debe haber sido obtenido de manera delictiva.

3. "Delitos tributarios" como delitos precedentes del delito de lavado de activos (artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106)

Dadas las limitaciones que impone la materia de la presente investigación, aquí no puedo dedicar más líneas a lo relacionado al bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos (algunas ideas más profundas al respecto ya han

sido expuestas en algunos trabajos previos[83]). En ese sentido, mi atención debe concentrarse ahora en el tema específico del delito previo, en el delito de lavado de activos. Al respecto, el Decreto Legislativo N.° 1106 ha establecido una previsión en la que se recogen de manera expresa una serie de figuras delictivas que pueden entenderse como actividades precedentes (esto es, a partir de las cuales se obtienen el dinero, los bienes, los efectos o las ganancias de origen ilícito, susceptibles de una posterior operación de blanqueamiento) al delito de lavado de activos. Pues bien, aquellas actividades entendidas como "previas" o "precedentes", según la doctrina, deben poseer determinadas características, a saber: **(i)** no constituyen cualquier acto ilegal, sino que deben tratarse de delitos (a pesar de que en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.° 1106 —al igual que se hacía en la derogada Ley N.° 27765— se aluda a un "origen ilícito", lo cual conduce a un sector de la doctrina nacional a aceptar que el hecho precedente puede ser también una falta administrativa[84]); **(ii)** el dinero, los bienes, efectos o ganancias deben provenir no de cualquier tipo de delito, sino de un delito grave[85]; **(iii)** deben tener la capacidad de generar ganancias ilegales; y, **(iv)** el autor del delito previo puede ser también autor del delito de lavado de activos (cabe anotar que el Decreto Legislativo N.° 1106 amplía expresamente el círculo de posibles responsables por el delito de lavado de activos, de tal manera que incluye no solo los autores del delito precedente, sino también a los partícipes, algo que, hasta donde alcanzo a ver, no se contemplaba en la derogada Ley N.° 27765).

Pues bien, ahora debe señalarse que el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106 admite de manera expresa a los "delitos tributarios" como delitos precedentes del delito de lavado de activos. Si se toma en cuenta que en el artículo 6 de la derogada Ley N.° 27765, se reconocía, dentro del catálogo de delitos precedentes de delito de lavado de activos, solo a la defraudación tributaria, entonces será posible admitir que con la entrada en vigor del mencionado Decreto Legislativo N.° 1106 parece haberse ampliado el ámbito de delitos tributarios

83 ALPACA PÉREZ, Alfredo, "Algunos argumentos a favor de la "libre y leal competencia" como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos. Comentarios al Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.° 21, 2011, p. 32 y ss.; ALPACA PÉREZ, Alfredo, "Consideraciones a favor de entender a la "libre competencia" como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos en el derecho penal peruano", en GARCÍA CAVERO, Percy y Alfredo PÉREZ BEJARANO (coords.), *Estudios sobre el delito de lavado de activos*, Trujillo: Triskel, 2014, p. 19 y ss.

84 De esta opinión, por ejemplo, MEINI MÉNDEZ, Iván, *El delito de receptación. La receptación "sustitutiva" y la receptación "en cadena" según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema*, Lima: Instituto de Defensa Legal-Facultad y Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2005, p. 16.

85 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, ob. cit., p. 501.

susceptibles de ser calificados como delitos precedentes, ya que el artículo 10 del aludido decreto no solo reconoce, dentro de las figuras delictivas que constituyen el delito previo del lavado de activos, a la defraudación tributaria, sino que, como se dijo, alude con amplitud a "los delitos tributarios". Esta amplia admisión, a mi modo de ver, debe ser delimitada de manera interpretativa: solo aquellos delitos tributarios que impliquen la generación ilícita de una determinada cantidad de dinero podrían constituirse en delitos previos del delito de lavado de activos[86]. En ese sentido, de conformidad a lo señalado en el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, parece ser —a primera vista— que solo podrían entenderse como delitos previos del delito de lavado de activos: el delito de defraudación tributaria (artículo 1 de la Ley Penal Tributaria), el delito de incumplimiento de entrega de tributos percibidos o retenidos (artículo 2, b) de la Ley Penal Tributaria) y el delito de obtención fraudulenta de ventajas tributarias (artículo 4, a) de la Ley Penal Tributaria), pues de la configuración típica de estas figuras delictivas se puede extraer la existencia de una determinada cantidad de dinero (la cuota defraudada, el dinero retenido o percibido y no entregado a la administración tributaria o la ventaja económica indebidamente obtenida, respectivamente) susceptible de ser lavada.

Por otro lado, en la medida que el mencionado artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106 admite la posibilidad de que pueda castigarse por lavado de activos a quien haya cometido el delito previo, emerge de manera intuitiva la posibilidad de admitir la imposición de una condena a una misma persona tanto por un delito de defraudación tributaria como por el delito de lavado de activos. Asimismo, el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1106 contempla como comportamiento típico (dentro de los actos de ocultamiento y tenencia) al "mantenimiento en el poder" del sujeto activo, esto es, una conducta que expresa eminentemente una situación de posesión efectiva del dinero, bienes, efectos o ganancias. Esta incriminación de la mera posesión resulta relevante pues, como se verá a continuación, la posesión de los bienes procedentes de la actividad delictiva se presenta como el criterio fundamental para alegar la posibilidad de que el delito de defraudación tributaria logre concebirse como delito fuente del

86 Por ello, contrariamente a lo sugerido por Caro Coria, pienso que el hecho de que se contemplen en el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106 de manera expresa a los "delitos tributarios" (en sentido amplio) como delitos precedentes del delito de lavado de activos, no debe conducir necesariamente a pensar que *todos* los delitos tributarios deben ser, precisamente, delitos precedentes del delito de lavado de activos. *Vid.* Caro Coria, Dino Carlos, "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en: Ambos, Kai; Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, Lima: Jurista Editores, 2015, p. 153.

delito de lavado de activos (y, por lo tanto, de que se argumente a favor de un eventual concurso real entre las mencionadas figuras delictivas).

VI. DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA COMO DELITO FUENTE DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Teniendo claro lo ya expuesto, es necesario decir que el asunto problemático radica en la admisión o no del delito de defraudación tributaria (artículo 1 de la Ley Penal Tributaria) como delito precedente del delito de lavado de activos. Y es que si lavado de activos exige típicamente (como objeto de la acción) la existencia de dinero, bienes, efectos o ganancias obtenidos de manera ilícita que sean susceptibles de ser blanqueados, resultaría difícil admitir que una determinada cantidad de dinero que siempre estuvo dentro de la esfera patrimonial del deudor tributario (y que no necesariamente posee un origen ilícito) pueda ser entendida como objeto de lavado: una determinada cantidad de dinero obtenida de manera lícita no puede convertirse en ilícita por el solo hecho de que no sea objeto de tributación. Esta primera y aún superficial aproximación —que me encargaré de desarrollar en las líneas que siguen— sobre las relaciones entre la defraudación tributaria y el lavado de activos ha favorecido a que por mucho tiempo la doctrina penal no considere posible que el primer delito mencionado sea el delito fuente que el segundo exige típicamente. Sin embargo, es necesario decir que esta perspectiva se ha ido alterando y es posible encontrar en la doctrina importantes voces a favor de tal vinculación[87] (que se expresaría, en términos prácticos, como ya se adelantó, en un concurso real de delitos), cuestión que se ha visto potenciada por una serie de pronunciamientos sobre la materia en el ámbito internacional[88].

87 En doctrina española, *véase*, por todos, ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 374 y ss.; PALMA HERRERA, José Manuel, *Los delitos de blanqueo de capitales*, ob. cit., p. 715 y ss.; LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel, *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Barcelona: Bosch, 2009, p. 162 y ss.; BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01, 2011, p. 2 y ss.; MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga, *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, ob. cit., p. 175.

88 Sobre el particular, *véase* BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, ob. cit., p. 7 y ss.

1. Argumentos a favor de entender a la defraudación tributaria como delito previo al delito de lavado de activos

Propongo analizar, entonces, los lineamientos de la posición a favor de admitir al delito de defraudación tributaria como delito fuente del delito de lavado de activos. BLANCO CORDERO reconoce claramente la crítica principal expuesta por el sector contrario a admitir aquella posición: "[...] se dice, el defraudador no obtiene nada del delito, sino que los bienes que integran la cuota ya se encuentran en su patrimonio; el delito fiscal no origina nada que no existiera antes en el haber del defraudador"[89]. A mayor abundamiento, el mencionado autor afirma: "La elusión del pago de tributos (mediante una defraudación) constituye la conducta típica que genera la *obligación tributaria*, que tiene por objeto el pago de los tributos, o lo que en España se denomina cuota tributaria. Lo que surge es la denominada deuda tributaria, que está constituida *por la cuota o cantidad a ingresar que resulte de la obligación tributaria principal*, es decir, el bien que procede del delito tributario es la cuantía económica correspondiente al tributo o cuota tributaria. Como sabemos, la cuota tributaria es una *cantidad de dinero* que constituye normalmente una proporción que se aplica sobre la base imponible (gravamen). Y el dinero, evidentemente, constituye un bien en el sentido del delito de lavado de activos. Se trata, con todo, de una cantidad de dinero que no ingresa en el patrimonio del autor del delito tributario, sino que ya se encuentra en él porque constituye una parte del mismo. Este argumento, sin embargo, no impide considerar que el tributo defraudado tiene su origen en el delito tributario"[90].

Como es posible observar, a pesar de admitir que la cantidad de dinero dejada de pagar estuvo en todo momento dentro de la esfera patrimonial del evasor, BLANCO CORDERO no niega la posibilidad de considerar que sobre tal elemento (el dinero) se puedan proyectar las conductas típicas del delito de lavado de activos. En ese sentido, el mencionado autor afirma que "El delito tributario genera efectivamente un ahorro de gastos (la deuda tributaria), pero *traduce* dicho ahorro en una cantidad de dinero, esto es, *otorga relevancia penal* a los gastos ahorrados, en este caso, al importe del tributo defraudado [...] Esta cuantía es el bien derivado del delito y, por lo tanto, es idónea para ser objeto material del delito de lavado. Que se encuentre ya en poder del defraudador

89 BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales", art. cit., p. 16.

90 *Idem*, "Los tributos defraudados como objeto material del delito de lavado de activos. El delito tributario como delito previo del delito de lavado de activos", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.° 19, 2011, p. 175.

no tiene ninguna importancia a efectos del lavado de activos"[91]. En esa misma línea —aunque de manera más sucinta—, MALLADA FERNÁNDEZ señala: "Creemos que la cuota defraudada del delito fiscal sí que forma parte de un delito o actividad delictiva y en estos casos sí podría ser el objeto material del delito de blanqueo de capitales"[92].

De conformidad a los argumentos expuestos, es posible señalar que la presente posición entiende que quien, estando obligado, no ingresa la respectiva cuota por concepto de tributo, obtiene una ganancia que, por ser consecuencia del incumplimiento del deber, es ilícita (sin que sea relevante que tal cuota se haya encontrado en todo momento dentro de la esfera patrimonial del evasor). En ese sentido, en la medida que se trata de una cantidad de dinero retenida en el patrimonio del contribuyente incumplidor, este puede proceder a transformarla, ya sea vía consumo, vía ahorro o vía inversión. Por lo tanto, la retención de la mencionada cantidad de dinero (la cuota defraudada) es el provecho de un delito, que puede ser blanqueado a través de su ocultamiento, transmisión o inversión, para situarlo en lugares a los cuales la administración de justicia no podría llegar[93].

BLANCO CORDERO afirma la necesidad de que entre el bien y la actividad delictiva haya una conexión causal (lo cual es lógico en la medida que los bienes susceptibles de ser lavados han de tener su origen en un delito previo). Siendo esto así, aplicando la teoría de las condiciones, el mencionado autor afirma que "un bien procede de una actividad delictiva previa cuando, suprimiendo mentalmente tal actividad previa, el bien desaparecería en su concreta configuración. Y esta concreta configuración incluye claramente todo lo relacionado con la existencia, composición material, valor o titularidad económica del bien. En sentido negativo, no existirá nexo causal si la actividad previa no constituye una condición de la situación patrimonial actual o la existencia del bien. Una actividad delictiva previa es causa de un bien cuando repercute directa o indirectamente en su existencia, composición material, valor, en su titularidad, posesión o custodia"[94]. Continúa el mencionado autor señalando que "Existe

91 BLANCO CORDERO, Isidoro, "Los tributos defraudados como objeto material del delito de lavado de activos. El delito tributario como delito previo del delito de lavado de activos", art. cit., p. 177.

92 MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga, *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, ob. cit., p. 175.

93 En ese sentido, DEL ROSAL BLASCO, Bernardo, "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal", art. cit., p. 3.

94 BLANCO CORDERO, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales", art. cit., p. 22.

también conexión causal y, por lo tanto, *contaminación*, cuando suprimiendo mentalmente la actividad delictiva el bien no se encuentra en el patrimonio de un sujeto. Los detractores señalan que la relación causal con la actividad delictiva precisa que el autor obtenga algo que no tenía antes del delito y que este produzca un incremento del patrimonio material de sus autores o partícipes. Es evidente que aplicando las teorías causales válidas en la ciencia jurídico-penal (sin recurrir a causalidades hipotéticas), el delito fiscal supone un incremento del patrimonio del defraudador, como hemos indicado ya, con bienes que de otro modo no estarían en el mismo"[95].

Con estas razones, BLANCO CORDERO fundamenta la posibilidad de que el delito de defraudación tributaria pueda ser delito previo del delito de lavado de activos: si el evasor hubiera pagado el tributo respectivo, la cuota defraudada no estaría en su patrimonio, o, dicho de otro modo, de suprimirse mentalmente el hecho de no pagar fraudulentamente el tributo, la cuota defraudada no se encontraría en la esfera patrimonial del evasor. Esta argumentación conduce a BLANCO CORDERO a alegar que el mantenimiento en el patrimonio del evasor de una determinada cantidad de dinero que no debería poseer supone un incremento patrimonial y, en ese sentido, tal incremento (representado en la cuota defraudada) puede ser susceptible de los actos de lavado de activos[96].

Ahora bien, si se admite la posibilidad de que el delito de defraudación tributaria se constituya como delito previo del delito de lavado de activos, será preciso reconocer que los defensores de esta perspectiva deben enfrentarse a un asunto de especial relevancia práctica: el referido a la individualización de la cantidad del tributo defraudado en el patrimonio del evasor[97]. Así, este asunto puede plantearse de manera interrogativa ¿cómo se podría diferenciar, de entre todo el patrimonio del evasor, los bienes que representan la cuota defraudada y los bienes que poseen origen lícito? Esta pregunta es absolutamente justificada, pues los bienes procedentes del delito tributario (esto es, la cuota defraudada) y

95 *Loc. cit.*

96 "El tributo defraudado constituye un bien en el sentido del lavado de activos, que constituye simultáneamente un perjuicio para las arcas del Estado y un beneficio para el defraudador. Y además supone el beneficio o provecho económico derivado del delito susceptible de ser considerado ganancia o bien idóneo del delito de lavado de activos. Por lo tanto, las conductas típicas [...] pueden recaer sobre el valor dinerario del tributo defraudado". *Vid.*BLANCO CORDERO, Isidoro, "Los tributos defraudados como objeto material del delito de lavado de activos. El delito tributario como delito previo del delito de lavado de activos", art. cit., p. 178.

97 MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga, *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, ob. cit., p. 175; CARO CORIA, Dino Carlos, "Lavado de activos provenientes del delito tributario", art. cit., p. 156.

los bienes obtenidos lícitamente formarían parte de una sola unidad patrimonial. BLANCO CORDERO parece admitir esto cuando afirma que la complejidad del tema materia de análisis no radica tanto en la determinación de la procedencia delictiva de los bienes, sino en la concretización o individualización de la cantidad constitutiva del tributo defraudado en el patrimonio del evasor: "El contribuyente responde de la deuda tributaria con todos los bienes de su patrimonio, pero es prácticamente imposible determinar qué bienes son los que resultan contaminados"[98]. En ese sentido, BLANCO CORDERO hace referencia a una serie de propuestas orientadas al establecimiento de soluciones al complejo problema de la concreción de la cuota tributaria (la que postula la imposibilidad de que la defraudación tributaria pueda ser un delito previo del lavado de activos, la que propone que el evasor debe responder con todo su patrimonio, en la medida que la totalidad de este ha sido contaminado por la deuda tributaria, y la que establece que la contaminación se limita exclusivamente a la unidad patrimonial en la que se integra la cuota defraudada), las cuales, sin embargo, no parecen, en su opinión, ser suficientes[99].

Por ello, y dado que, desde la perspectiva del mencionado autor, la posibilidad de que la defraudación tributaria constituya delito previo del delito de lavado de activos requiere que durante la investigación se pueda identificar razonablemente la parte de los bienes del patrimonio del evasor que constituyan

98 *Vid.* BLANCO CORDERO, Isidoro, "Los tributos defraudados como objeto material del delito de lavado de activos. El delito tributario como delito previo del delito de lavado de activos", art. cit., p. 178. BLANCO CORDERO en el mismo lugar, afirma lo siguiente: "Recordemos que el tributo cuantifica la obligación tributaria económicamente valorable de la que responde el defraudador, pero es imposible diferencia en su patrimonio los bienes que la integran, problema no exclusivo de este delito, pero sí en el que se acentúa notablemente. Si no se puede *individualizar la cantidad constitutiva del tributo defraudado* en el patrimonio del defraudador, difícilmente se puede realizar la conducta típica del delito de lavado de activos, al no existir objeto material".

99 *Loc. cit.* Con respecto a la primera solución, BLANCO CORDERO expresa su falta de conveniencia, pues desconoce que el delito tributario ha generado un incremento patrimonial en el patrimonio del defraudador, que en otro caso no existiría. En lo que se refiere a la segunda solución, el mencionado autor considera que tampoco es de recibo, ya que entender que la deuda contamina todo el patrimonio del autor evidencia una interpretación *contra legem*, pues se considerarían bienes idóneos para el delito de lavado de activos algunos que no proceden de un delito previo. De conformidad a ello, entender que todo delito previo de fraude tributario produce siempre una contaminación de la totalidad del patrimonio se erige como una comprensión arbitraria y desproporcionada. Finalmente, con respecto a la tercera solución, tampoco la admite, pues aquella propone que se entiendan como contaminados a bienes que no proceden de un delito previo (concretamente, los que integran la base imponible que son los bienes y rentas no declarados, algo que también es contrario a lo dispuesto legalmente).

el importe del tributo, BLANCO CORDERO plantea dos posibilidades, aplicables a los casos en los que sí pueda acreditarse de manera segura que la conducta de lavado recae sobre bienes que forman parte del tributo. La primera posibilidad consiste en que la acción típica del delito de lavado de activos recaiga sobre una parte del patrimonio del defraudador que obligatoriamente incluya todo o parte del tributo[100]. Esto sucedería, a partir de lo explicado por BLANCO CORDERO, cuando la acción de lavado se produce sobre la totalidad del patrimonio del autor del delito previo (o, como mínimo, sobre una proporción elevada de su patrimonio), en el cual se encuentra la cuota dejada de pagar. BLANCO CORDERO plantea un ejemplo: "El defraudador H dispone de un patrimonio total por valor de 100. Defrauda tributos 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 tributario, 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 tributario"[101].

La segunda posibilidad, propuesta por el autor citado, es la referida a conseguir la identificación de la cuantía constitutiva de la base liquidable (los bienes y rentas respecto de los que no se han pagado impuestos)[102]. Como es sabido, la cuantía a pagar por concepto de tributo se obtiene a partir de una deducción que se realiza sobre la base liquidable, esto es, aplicando el tipo de gravamen correspondiente a las rentas obtenidas. Del resultado de esta operación se obtendrá la cantidad que, por concepto de tributo, el obligado tributario tiene el deber de pagar. Siendo esto así, según BLANCO CORDERO, si el tributo es un porcentaje de la base liquidable, se podrá entender que la masa patrimonial integrada por la base liquidable contiene una parte contaminada: no está contaminada toda la base liquidable (los bienes y rentas obtenidos), sino solamente la parte constitutiva del tributo (una específica parte deducida de la base liquidable). Por ello, solo podrá ser objeto material idóneo del delito de lavado de activos una determinada suma de dinero (todo el patrimonio del evasor o, como mínimo, gran parte de aquel) que supere la cuantía constitutiva del tributo. Cito a continuación el ejemplo propuesto por BLANCO CORDERO: "Un defraudador tiene un capital no declarado por valor de 1.000 en una cuenta bancaria en el extranjero. Imaginemos que el tributo que le correspondería pagar fuese de 300. Solo se cometerá delito de blanqueo de capitales si se transfieren los 1.000, o si

100 *Ibid.*, p. 179.
101 *Ibid.*, p. 180.
102 *Loc. cit.*

se transfieren más de 700, porque entonces una parte del tributo contaminado ha sido objeto material del delito de lavado"[103].

Pues bien, a pesar de estas posibilidades planteadas por Blanco Cordero, lo cierto es que habría que concluir —como correctamente hace el mencionado autor— que el ámbito de aplicación del delito de lavado de activos en el escenario aquí analizado tiene realmente márgenes bastante limitados: solo podría afirmarse la posibilidad de lavado de activos cuando el evasor realice actos de blanqueamiento sobre todo su patrimonio o de gran parte de él (en ambos casos, la cuota defraudada debe estar incluida en la cantidad de dinero que se blanquea), lo cual difícilmente sucede en la práctica[104]. Por lo demás, considero que el problema de la determinación del dinero proveniente de la actividad delictiva previa (dinero gris) cuando se produce una mezcla entre ganancias de origen delictivo y capital de origen lícito, constituye, más que un asunto referido a la posibilidad concursal entre el delito de defraudación tributaria y el delito de lavado de activos, un problema específicamente de índole probatorio que atañe a esta última categoría delictiva (pues la posibilidad de mezcla de bienes obtenidos ilícitamente con el patrimonio de origen lícito —o, tal vez con mayor claridad, la "disolución" de los primeros en el ámbito del segundo—, es un asunto que no solo atañe al delito de defraudación tributaria: se pueden obtener bienes a partir de otras actividades delictivas como delitos contra la administración pública o contra el patrimonio individual, tal como lo reconoce correctamente y de manera expresa el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106). De este modo, el aspecto fundamental que debe ser abordado consistiría en determinar con precisión si es que la cuota defraudada —esto es, el monto pecuniario dejado de pagar y que debería haber sido ingresado por concepto de tributo— puede ser considerado como objeto material idóneo sobre el cual se pueden realizar las conductas de lavado de activos. Blanco Cordero, para construir sus argumentos, tiene que admitir ello, arribando consecuentemente a una complejísima y aún irresoluble discusión sobre la distinción entre bienes de origen lícito e ilícito[105]. En ese

103 *Loc. cit.*

104 *Loc. cit.*

105 *Ibid.*, p. 182. Asimismo, reconociendo en todo momento la complejidad del asunto, admite que la posibilidad de separar entre el patrimonio de origen delictivo de aquel legalmente obtenido depende del hecho de que el contribuyente tenga todo su patrimonio en una cuenta (y todos los ingresos y rentas no declaradas en ella), pues, de no ser así "es muy difícil concretar los bienes contaminados". Reconoce además que "estos casos *no serán muy frecuentes*", lo cual es absolutamente correcto, ya que, como es bien sabido, una de las técnicas utilizadas en el proceso de lavado de activos consiste en diversificar el dinero de origen ilícito en múltiples lugares (en diversas cuentas, por ejemplo), lo cual responde a la lógica de la fase de colocación del proceso de lavado de activos.

sentido, creo que la discusión se debe concentrar en un aspecto previo y aquí puedo formular a manera de pregunta: ¿puede el monto dejado de pagar —la cuota defraudada— ser susceptible de lavado de activos?

2. Argumentos en contra de entender a la defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos

Pues bien, tal y como se desprende de la serie de argumentos antes expuestos, la principal dificultad que puede encontrarse en el ámbito de la relación entre el delito de defraudación tributaria y el delito de lavado de activos consiste en lo problemático de considerar a la cuota tributaria defraudada como objeto material del delito de lavado de activos o, en otras palabras, que lo defraudado en el mencionado delito tributario pueda considerarse un elemento (objeto de la acción) sobre el que pueden recaer las conductas típicas del lavado de activos. Y es que, como puede resultar evidente, el defraudador no genera nada con el delito de defraudación tributaria que no estuviera ya en su patrimonio (que puede tener un origen absolutamente lícito), por lo que, al parecer, no podría considerarse que el monto dejado de pagar tenga su origen en una actividad delictiva[106].

A diferencia de lo sostenido por BLANCO CORDERO o MALLADA FERNÁNDEZ, parece ser que, en realidad, no resulta posible hablar de una verdadera relación causal entre el dinero que ya estaba en el patrimonio del evasor y el no pago de la cuota respectiva. El origen de los bienes puede hallarse en una actividad laboral, empresarial, profesional, etc., que será precedente a la entrada de tales bienes al patrimonio del individuo. En ningún caso podría decirse que la defraudación tributaria es la que origine los bienes: aunque sea posible afirmar que si la defraudación tributaria no se hubiere producido los bienes ya no estarían en el patrimonio del evasor, de esto solo se puede concluir que tales bienes se mantienen en el mismo y no que se incorporan a él; y, eventualmente, puede ser que ni siquiera esto último ocurra, pues el individuo puede haber gastado en otras cosas lo que debería haber guardado para pagar a la administración tributaria[107]. Así, por ejemplo, DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, desde una perspectiva adversa a la admisión de la defraudación tributaria como delito previo al delito de lavado de activos, señala que: "[...] del mismo modo que, si un sujeto vende a otro un coche y el comprador incumple total o parcialmente la obligación de pagar, no se puede afirmar que la cantidad de dinero debida (que puede estar

106 DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel, "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", art. cit, p. 208.

107 *Ibid.*, p. 210.

ya o no en el patrimonio del comprador) tenga su origen en el impago del precio de la compraventa (lo tendrá en el trabajo, en un negocio o hasta en otra actividad ilícita previa); cosa distinta es que la aparente compraventa responda a la configuración de la estafa, pues en tal caso sí habría una actividad delictiva *previa* que incrementa el patrimonio del aparente comprador (con un coche): la estafa. La propia expresión "ahorro" que se utiliza en la argumentación que no comparto, en cuanto evitación de gasto, indica que los bienes (el dinero) tenían que estar ya en el patrimonio del evasor y, por lo tanto, no pueden tener origen en el delito fiscal, impidiendo esta circunstancia que sean objeto del delito de blanqueo (salvo que procedan de otro delito)"[108].

Argumentaciones como las de Blanco Cordero o Mallada Fernández no niegan que en el caso del delito de defraudación tributaria el monto dejado de pagar se encuentra en el patrimonio del evasor, aunque este no debería tener aquel, pero es que, precisamente, si esa cantidad de dinero no debería estar en su patrimonio es porque está o estaba (pues puede haber dejado de estar por otras razones) antes de la defraudación y, por ello, no puede tener su origen en ella. Con la defraudación tributaria, precisamente, el individuo no obtiene nada que antes no tuviera (como exigen los autores citados cuando aluden al aspecto causal), sino que, a lo sumo, mantiene lo que tenía; si no lo hubiera tenido nunca, no habría defraudación fiscal porque no habría una cuota tributaria que pagar[109].

De esta manera, aquí se rechaza la idea de que la cuota defraudada pueda entenderse como un bien con origen en el delito de defraudación tributaria y, por ende, como objeto de la acción del delito de lavado de activos. Siendo esto así, es posible evitar la discusión (que desemboca naturalmente de la admisión de la defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos) sobre las alternativas planteadas por los partidarios de la vinculación del delito de defraudación tributaria al delito de lavado de activos como delito fuente, en el sentido de referirse al momento en que empieza a generarse el bien (se habla del momento de contaminación de los bienes) y a cómo individualizar los bienes constitutivos de la cuota tributaria.

Otro aspecto relevante que cabe tomar en cuenta para oponerse a la consideración del delito de defraudación tributaria como delito fuente del lavado de activos consiste en la afirmación de que mediante la vinculación entre ambas figuras delictivas se vulneran las normas sobre prescripción establecidas en el Código Penal, ya que *de facto* se estaría ampliando el plazo de prescripción de la defraudación tributaria al poderse perseguir como lavado de activos durante

108 *Loc. cit.*

109 *Loc. cit.*

un plazo superior. Esta afirmación, si bien debe supeditarse al hecho de que la imposición de una pena sea por el delito de lavado de activos y no por el delito de defraudación tributaria, permite visualizar la circunstancia, denunciada por la doctrina, por la cual se concibe al lavado de activos como un "tipo de recogida" ante las dificultades de persecución de otros delitos[110].

Un asunto vinculado con lo acabado de mencionar es el referido a la posibilidad de entender que el delito de lavado de activos "nunca prescribiría" si es que se entiende que el delito de defraudación tributaria puede constituirse como su delito precedente. Así, piénsese en el escenario en el cual el evasor, habiendo dejado de pagar la cantidad pecuniaria correspondiente al tributo, mantiene esa cuota defraudada en su esfera patrimonial (por ejemplo, en una cuenta bancaria con la que no hace transacciones y utiliza únicamente para ahorrar). De conformidad a la configuración típica de las conductas de lavado de activos (y a la admisión expresa, por el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, de la figura del autoblanqueo), debería entenderse que el evasor, en la medida que "mantiene en su poder" dinero, bienes, efectos o ganancias, podría ser considerado autor del mencionado delito. Pues bien, siendo que la conducta referida al "mantenimiento del poder" está contemplada en el artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1106 (en el que se contemplan los actos de ocultamiento y tenencia) y tomando en cuenta que en la doctrina penal peruana se concibe a tal conducta como una expresión de un delito permanente[111], habrá que afirmar que con su realización se está produciendo el mantenimiento de una situación antijurídica, esto es, que el delito se va consumando a lo largo del tiempo hasta que (por voluntad del autor, por ejemplo), tal situación cese. De esta manera, recién cuando finalice la situación antijurídica (esto es, cuando cesa la permanencia que caracteriza a esta clase de delito) habrá que empezar a computar el plazo de prescripción (tomando en cuenta las reglas contempladas en los artículos 80 y 83 del Código Penal, sobre las que aquí no puedo pronunciarme). Una consecuencia como esta, evidentemente, es ajena a la racionalidad de los alcances del delito de lavado de activos y de la institución de la prescripción.

110 *Ibid.*, p. 211. Díaz y García Conlledo, al respecto, afirma: "[...] sobre la importancia del pago de tributos y lo dañino de su elusión, de la que no dudo en absoluto (todo lo contrario, sobre todo si es grave y delictiva), no se puede construir un delito de blanqueo como una especie de tipo de recogida o comodín para poder castigar otros injustos (en este caso fiscales) que ofrecen dificultades de descubrimiento y persecución, ampliando plazos de prescripción (como sucede en nuestro caso, dado que el delito fiscal prescribe a los cinco años y el blanqueo a los diez [art. 131.1, CP])".

111 Así, por todos, Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, 2.ª edición, ob. cit., p. 253.

3. Valoración final: admisibilidad limitada de los delitos tributarios como delitos previos del delito de lavado de activos

En definitiva, pienso que el delito de defraudación tributaria (artículo 1 de la Ley Penal Tributaria) no puede constituirse como un delito previo del delito de lavado de activos. La cantidad dineraria que ha sido dejada de pagar de manera fraudulenta (la cuota defraudada) no tiene un origen en el delito de defraudación tributaria: su origen puede ser uno absolutamente lícito (producto de su actividad laboral regular, por ejemplo). En ese sentido, como antes se dijo, no hay posibilidad de afirmar que el delito de defraudación tributaria sea la actividad que da origen a los bienes, ni siquiera si se hace una hipotética supresión mental de la actividad delictiva (la afirmación "si la defraudación tributaria no se hubiere cometido, el monto a pagar por concepto de tributo no estaría en el patrimonio del evasor" no es certera, primero, porque de ello no se extrae necesariamente que la cuantía a pagar por concepto de tributo deba haber sido pagada, sino, como máximo, que tal cuantía se mantendría dentro de todo el patrimonio del contribuyente; y, segundo, porque la mencionada afirmación tampoco niega la posibilidad de que el monto a pagar haya sido gastado en cualquier otra cosa y no en honrar la obligación tributaria, escenario en el que también se podría afirmar que "el monto a pagar por concepto de tributo no está en el patrimonio de evasor"). Los argumentos edificados sobre la idea de la causalidad, esbozados por los defensores de la posibilidad de entender al delito de defraudación tributaria como delito previo del de lavado de activos, quedan entonces rebatidos.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que de conformidad a la amplia referencia del artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1106, por la cual los "delitos tributarios" pueden ser hechos precedentes al lavado de activos, es posible afirmar que esto sucederá únicamente en aquellas figuras que supongan fácticamente un enriquecimiento indebido por parte del sujeto. Esto sucederá, como se adelantó previamente, en el delito de omisión de entrega de tributos percibidos o retenidos (artículo 2, b) de la Ley Penal Tributaria) y en el delito de obtención fraudulenta de ventajas tributarias (artículo 4, a) de la Ley Penal Tributaria), los cuales, a mi modo de ver, son los únicos delitos tributarios que pueden entenderse como delitos fuente del delito de lavado de activos[112]. Tanto el que retiene cantidades a cuenta de un impuesto que posteriormente deja de ingresar como el que obtiene

112 Considera también que el delito de obtención fraudulenta de ventajas tributarias puede ser un delito fuente del delito de lavado de activos. *Vid.* Caro Coria, Dino Carlos, en Ambos, Kai; Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, ob. cit., p. 151.

devoluciones indebidas o el que obtiene una subvención de manera fraudulenta, consiguen una ganancia perfectamente cuantificable, identificable y susceptible de ser convenientemente lavada con alguno de los actos contemplados en el delito de lavado de activos[113]. Esto es así, pues no cabe ninguna duda que cuando lo obtenido son devoluciones, estas constituyen bienes (con origen en el delito fiscal) que ingresan fácticamente al patrimonio del defraudador, por lo que son susceptibles de ser lavados. Este escenario en el que se produce un traslado de dinero de las arcas públicas al patrimonio personal del defraudador, es admitido tanto por quienes aceptan a la defraudación tributaria como delito previo del delito de lavado de activos[114] como por quienes niegan tal posibilidad[115].

VII. REGULARIZACIÓN TRIBUTARIA Y DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Para finalizar la presente contribución, debo hacer mención a un asunto importante en lo referido a la relación entre el delito de defraudación tributaria (y de los delitos tributarios en general) y el delito de lavado de activos. Este asunto tiene que ver con la institución de la regularización tributaria. En efecto, en la legislación peruana la regularización tributaria (institución recogida en el artículo 189 del Código Tributario) constituye una medida por la cual se le concede al contribuyente que pueda haber cometido un delito tributario la posibilidad de regularizar su situación. Esta regularización, sin embargo, debe ser ejercida de conformidad a dos requisitos concurrentes y de necesaria verificación: primero, debe ser espontánea, esto es, que el contribuyente debe realizarla por iniciativa propia (lo que no debe ser interpretado, sin embargo, como un arrepentimiento —pues no importan los motivos internos que llevan al evasor a pagar la deuda tributaria—, sino que debe ser entendido desde parámetros objetivos, esto es, como la satisfacción de la deuda tributaria hasta antes del instante en que realizar aquello sea imposible para beneficiarse de los efectos de la regularización)[116] y, segundo, que el contribuyente realice la regularización

113 Al respecto, se señala que existe acuerdo en doctrina española con respecto a considerar a la obtención indebida de devoluciones (modalidad de defraudación tributaria) y al delito de fraude de subvenciones como delitos previos al delito de lavado de activos, Del Rosal Blasco, Bernardo, "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal", art. cit., p. 2.

114 Blanco Cordero, Isidoro, "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales", art. cit., p. 15.

115 Díaz y García Conlledo, Miguel, "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", art. cit, p. 192.

116 García Cavero, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, ob. cit., p. 696.

en la oportunidad debida, esto es, en el estadio temporal que la ley reconoce para el ejercicio de la regularización, a saber, antes de que el Ministerio Público inicie la correspondiente investigación del delito o, de manera subsidiaria, antes de que el órgano administrador del tributo inicie cualquier procedimiento de fiscalización relacionado al tributo y periodo en el que se realizaron las conductas de naturaleza defraudatoria. Por lo expuesto, la regularización tributaria es una causa objetiva de exclusión de la punibilidad[117] que impide la persecución penal de un delito tributario, a pesar de que este ya haya sido configurado (esto es, sea un hecho típico, antijurídico y culpable).

Pues bien, el mencionado artículo 189 del Código Tributario admite de manera expresa que la regularización impide la sanción penal por el delito tributario cometido y de falsedades contables y documentales que hayan sido instrumentales para el delito tributario cometido, pero no dice nada sobre el delito de lavado de activos. Al respecto, entonces, podrían surgir dos apreciaciones: primero, que si el artículo 189 del Código Tributario, en aras de hacer efectiva la recaudación, busca fomentar que los evasores regularicen su situación tributaria y paguen sus obligaciones tributarias aun cuando ya hayan consumado el delito tributario, entonces no solo haría posible la exclusión de la pena por el delito de defraudación tributaria y por las falsedades instrumentales cometidas, sino también por cualquier otro delito que pueda imputarse a partir de la comisión del mencionado delito tributario (por lo tanto, aunque no lo señale expresamente, el artículo 189 del Código Tributario debería poder incluir la posibilidad de extender la impunidad al delito de lavado de activos); segundo, que, en la medida que el artículo 189 del Código Tributario solo extiende la impunidad a las falsedades contables y documentales de carácter instrumental (esto es, útiles para la comisión del delito tributario), tal extensión no debería abarcar el delito de lavado de activos, pues este no resulta ser instrumental al delito tributario, sino que, por el contario, se trata de una actividad delictiva posterior al mencionado delito tributario, asimismo, al no contemplar expresamente como susceptible de impunidad al delito de lavado de activos (a diferencia de las falsedades documentales y contables instrumentales), se podría afirmar, *a sensu contrario*, que la legislación no admite la posibilidad de que los efectos de la regularización tributaria alcancen a la conducta delictiva de lavado de activos.

Pues bien, antes de optar por alguna de las alternativas propuestas, considero interesante hacer referencia al caso español: antes de la modificación del artículo 305 del Código Penal español (disposición en la que está regulada no solo la defraudación tributaria, sino también la regularización tributaria) por la Ley Or-

117 *Ibid.*, p. 698.

gánica 7/2012, de 27 de diciembre, la doctrina consideraba que la regularización tributaria era una causa de exclusión de la punibilidad[118] (algunos, inclusive, la consideraban como una excusa absolutoria[119]). Para completar la idea, es necesario decir que en esta época —antes de la Ley Orgánica 7/2012— se admitía que, aunque se haya regularizado el delito de defraudación tributaria, se podía aún perseguir por el delito de lavado de activos pues, aunque se había pagado la deuda tributaria, el delito precedente "seguía existiendo"[120]. Pues bien, después de la modificación del artículo 305 del Código Penal, la regularización tributaria fue entendida como una causa de justificación[121], por lo cual, en el ámbito concursal entre los delitos que aquí se vienen analizando, es factible entender que si el evasor regularizaba su situación, el delito de defraudación tributaria no podría haberse cometido y, por lo tanto, no podría haber un delito previo para el lavado de activos. A *sensu contrario*, según Díaz y García Conlledo, en la actualidad, la legislación penal española permite que el delito de defraudación tributaria sea el delito precedente del lavado de activos (siempre que no haya regularización del primer hecho delictivo, como es evidente)[122].

Es importante mencionar que la solución al problema concursal entre el delito de defraudación tributaria y el delito de lavado de activos depende, como es evidente, de aceptar que pueda existir una relación concursal entre ambos delitos. De lo expuesto hasta el momento, queda claro que, en mi opinión, aquella relación concursal no puede darse, pues del delito de defraudación tributaria no es posible verificar un bien idóneo susceptible de lavado de activos. Siendo esto así, el sector doctrinal que acepte la posibilidad de concurso entre delito de defraudación tributaria y delito de lavado de activos tendrá que admitir necesariamente que la cuota defraudada, al mantenerse en la esfera patrimonial después de consumado el mencionado delito tributario, configura prácticamente de manera automática el delito de lavado de activos, al consolidarse la conducta consistente en "mantener en el poder" el dinero que el evasor debía pagar y fraudulentamente no pagó. Por el contrario, si —como aquí defiendo— se piensa que la cuota defraudada no constituye objeto idóneo sobre el cual se

118 Así, por todos, Morales Prats, Fermín, "De los delitos contra la Hacienda Pública", en Quintero Olivares, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, 9.ª ed., Cizur Menor: Aranzadi, 2011, p. 1079.

119 Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, 16.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 1029.

120 Díaz y García Conlledo, Miguel, "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", art. cit, p. 204.

121 Al respecto, *véase* el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2012, del 27 de diciembre.

122 Díaz y García Conlledo, Miguel, "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", art. cit., p. 205.

pueden proyectar las conductas del delito de lavado de activos, entonces, a mi modo de ver, no podrá alegarse la posibilidad de concurso real entre los delitos aquí mencionados.

Pues bien, si los defensores de la posibilidad de admitir un concurso real entre los delitos de defraudación tributaria y lavado de activos entienden que este último no puede ser materia de imputación si es que el evasor se acoge a la regularización tributaria, ¿Podrían proponer, de *lege ferenda*, una modificación del artículo 189 del Código Tributario como la producida en España? Desde mi punto de vista, aquello resultaría bastante complejo, pues la modificación del artículo 305 del Código Penal español, en lo que se refiere a la regularización, no ha estado exenta de críticas, las que se concentraron esencialmente en las inconsistencias materiales que se desprenden de la nueva regulación[123] (algunas inquietudes —sin ánimo de exhaustividad y formuladas a manera de preguntas— al respecto son: ¿Es razonable pensar que mientras exista posibilidad de regularización no se pueda afirmar la existencia de delito tributario? ¿Es adecuado condicionar el inicio del plazo de prescripción del delito hasta que desaparezca la posibilidad de regularización tributaria?). Si bien la comprensión de la regularización tributaria como causa de justificación permitiría la exclusión del injusto y, por lo tanto, la imposibilidad de imputar el delito de lavado de activos (pues no hay delito previo), ¿resultaría esta una vía adecuada en la legislación peruana?

Por otro lado, quienes admitan la idea de que la regularización tributaria impide también la imputación del delito de lavado de activos, podrían señalar que, en la medida que aquella institución está destinada a promover el pago de la deuda tributaria a través de la garantía de impunidad por los delitos cometidos (defraudación tributaria, falsedades documentales o contables instrumentales), el mismo argumento podría ampliarse para abarcar también al delito de lavado de activos. Pues bien, pienso que el argumento consistente en entender que la regularización tributaria obedece a una política fiscal orientada al fomento del pago de tributos adeudados y, de esa manera —en términos patrimoniales—, a la satisfacción del interés recaudatorio del Estado (que es la razón por la cual se permitiría la regularización tributaria, aunque el delito tributario ya se haya consumado), no debería ser sobredimensionado y trasladado como fundamento para alegar la imposibilidad de una persecución penal por lavado de activos en el que el objeto de la acción de este delito sea una cuota defraudada. Esto

123 Sobre las inquietudes que genera la nueva configuración del artículo 305 del Código Penal español, *véase* por todos, Díaz y García Conlledo, Miguel, "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", art. cit., p. 204 y ss.

no solo porque, como lo he sostenido, el monto dejado de pagar a la administración tributaria no puede entenderse como un objeto idóneo sobre el cual realizar las conductas propias de lavado de activos, sino también —y esto es más importante— porque si es que se pretende fundamentar la regularización en una mera política fiscal de las características señaladas, no tendría sentido el establecimiento de un requisito temporal para la regularización tributaria (desde la perspectiva de un puro interés recaudatorio, la regularización de la situación tributaria no debería aceptarse hasta antes del inicio de las primeras investigaciones del Ministerio Público, por ejemplo, sino que debería ser posible de ser realizada en cualquier momento el proceso por delito tributario)[124]. Siendo esto así, quienes en doctrina nacional opten por aceptar la posibilidad de concurso real entre el delito de defraudación tributaria y delito de lavado de activos deberán esgrimir argumentos orientados a dilucidar la situación referida a la regularización tributaria en este específico escenario: mientras que, por un lado, tomando en cuenta los criterios de política fiscal, el delito de lavado de activos no debería poder ser imputado a quien regularice su situación tributaria (si se busca fomentar el pago de tributos a través del "bloqueo" de imputaciones, ello no solo debería abarcar a la defraudación tributaria y a las falsedades contables y documentales instrumentales cometidas, sino también al lavado de activos); por otro lado, se debe admitir que en la actualidad no existe en la legislación penal peruana disposición alguna que impida la persecución por lavado de activos a aquel que haya regularizado su situación tributaria (situación afín a la española hasta antes de las modificaciones hechas por la Ley Orgánica 7/2012), lo cual, además, se agrava al verificar la amplia composición de las conductas típicas en los preceptos correspondientes a este último delito, dentro de las cuales, como manifestación concreta de las figuras de ocultamiento y tenencia (artículo 2 del Decreto Legislativo N.° 1106), se reconoce a la amplia conducta consistente en "mantener en el poder".

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ABANTO VÁSQUEZ, Manuel

2006 "Acerca de la teoría de los bienes jurídicos", en *Revista Penal*, N.° 18

ALPACA PÉREZ, Alfredo

2011 "Algunos argumentos a favor de la 'libre y leal competencia' como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos. Comentarios al Acuerdo Plenario N.° 3-2010/CJ-116", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.° 21.

124 GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico. Parte especial*, ob. cit., 694.

2014 "Consideraciones a favor de entender a la 'libre competencia' como bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos en el derecho penal peruano", en García Cavero, Percy y Alfredo Pérez Bejarano (coords.), *Estudios sobre el delito de lavado de activos*, Trujillo: Triskel.

2015 *Delitos tributarios y aduaneros*, Lima: Ubi Lex Asesores, 2015.

Aránguez Sánchez, Carlos

2000 Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Marcial Pons.

Blanco Cordero, Isidoro

2002 Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 2.ª ed., Navarra: Aranzadi.

2011 "El delito fiscal como actividad delictiva previa al blanqueo de capitales", en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 13-01.

2011 "Los tributos defraudados como objeto material del delito de lavado de activos. El delito tributario como delito previo del delito de lavado de activos", en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N.° 19.

Campaner Muñoz, Jaime

2011 "La necesaria consideración del autoblanqueo como acto copenado o autoencubrimiento impune", en *Derecho Penal Contemporáneo*, N.° 35

Caro Coria, Dino Carlos

2012 "El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N.° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre del 2010 y N.° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre del 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos", en Abanto Vásquez, Manuel; José Antonio Caro John y Luis Miguel Mayhua Quispe (coords.), *Imputación y sistema penal. Libro Homenaje al Profesor Doctor César Augusto Paredes Vargas*, Lima: Ara Editores.

2015 "Lavado de activos provenientes del delito tributario", en Ambos, Kai; Dino Carlos Caro Coria y Ezequiel Malarino, *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y comparada*, Lima: Jurista Editores.

Choclán Montalvo, José Antonio

2001 "Criminalidad organizada. Concepto. La asociación ilícita. Problemas de autoría y participación", en Granados Pérez, Carlos (dir.), *La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial

Del Rosal Blasco, Bernardo

2013 "Delito fiscal y blanqueo de capitales: perspectivas ante la nueva reforma del tipo básico del delito fiscal", en *La Ley*, N.° 7997.

DELGADO CASTRO, César

2015 "Jefes, dirigentes y cabecillas en las organizaciones criminales", en *Actualidad Penal*, vol. 9.

DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio

1999 *El blanqueo de capitales en el derecho español*, Madrid: Dykinson.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Miguel

1991 *La autoría en derecho penal*, Barcelona: PPU

2013 "El castigo del autoblanqueo en la reforma penal del 2010. La autoría y la participación en el delito de blanqueo de capitales", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coord.), en *III Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch.

2014 "El delito fiscal como hecho previo al delito de blanqueo de capitales. Apuntes críticos sobre la situación en España", en *Revista de Derecho Penal.*

DURRIEU, Roberto

2006 *El lavado de dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y Financiamiento del terrorismo*, Buenos Aires: Lexis Nexis Argentina.

FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo

1998 *El delito de blanqueo de capitales*, Madrid: Colex.

FARALDO CABANA, Patricia

2012 *Asociaciones ilícitas y organizaciones criminales en el Código Penal español*, Valencia: Tirant lo Blanch.

FERNÁNDEZ, José Ángel

2009 "Fraude fiscal y lavado de capitales", en *Política Criminal*, vol. 4, N.° 7.

GARCÍA CAVERO, Percy

2007 *Derecho penal económico. Parte especial*, Lima: Grijley.

LOMBARDERO EXPÓSITO, Luis Manuel

2009 *Blanqueo de capitales. Prevención y represión del fenómeno desde la perspectiva penal, mercantil, administrativa y tributaria*, Barcelona: Bosch.

MALLADA FERNÁNDEZ, Covadonga

2012 *Blanqueo de capitales y evasión fiscal*, Valladolid: Lex Nova.

MEINI MÉNDEZ, Iván

2005 *El delito de receptación. La receptación "sustitutiva" y la receptación "en cadena" según el criterio de la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema*, Lima:

Instituto de Defensa Legal-Facultad y Departamento de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando

2009 "¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?", en *Derecho Penal Contemporáneo*, N.° 26.

MORALES PRATS, Fermín

2011 "De los delitos contra la Hacienda Pública", en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (dir.), *Comentarios a la parte especial del Código Penal*, 9.ª ed., Cizur Menor: Aranzadi.

MUÑOZ CONDE, Francisco

2007 *Derecho penal. Parte especial*, 16.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.

2009 "Consideraciones en torno al bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales", en ABEL SOUTO, Miguel y Nielson SÁNCHEZ STEWART (coords.), *I Congreso sobre prevención y represión del blanqueo de dinero*, Valencia: Tirant lo Blanch.

ORÉ SOSA, Eduardo

2014 "Organización criminal. A propósito de la Ley 30077, Ley contra el crimen organizado", publicado en el portal *Derecho Penal* del Prof. José Hurtado Pozo. Recuperado de <http://bit.ly/1XjVmLw>.

PALMA HERRERA, José Manuel

2000 *Los delitos de blanqueo de capitales*, Madrid: Edersa-Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2013 *Criminalidad organizada y lavado de activos*, 2.ª edición, Lima: Idemsa.

REAÑO PESCHIERA, José Leandro

2002 "Autoría y participación en delitos especiales de funcionarios públicos cometidos en el marco de organizaciones criminales: un análisis dogmático a partir del delito de asociación ilícita", en SAN MARTÍN CASTRO, César; Dino Carlos CARO CORIA y José Leandro REAÑO PESCHIERA, *Los delitos de tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y asociación para delinquir*, Lima: Jurista Editores.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María

2008 CANCIO MELIÁ, Manuel y Jesús María SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, Buenos Aires-Montevideo: B de F.

VIDALES RODRÍGUEZ, Caty

1997 *Los delitos de receptación y legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch.

1998 "Los delitos socioeconómicos en el Código Penal de 1995: La necesidad de su delimitación frente a los delitos patrimoniales", en *Estudios Penales y Criminológicos*, N.° 21.

YSHII MEZA, Luis Alejandro

2013 "Política criminal y regulación penal de las organizaciones criminales vinculadas al tráfico ilícito de drogas y al lavado de activos. A propósito de la Ley N.° 30077", en *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N.° 51.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2009 *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares.

PARTE III

ASPECTOS PROCESALES

CRIMINALIDAD ORGANIZADA Y PROCESO PENAL

PABLO SÁNCHEZ VELARDE*

* Profesor principal de Derecho Procesal Penal de la Universidad Nacional de San Marcos, fiscal de la Nación y presidente de la Comisión de Alto Nivel Anticorrupción en el Perú.

SUMARIO: I. Introducción. II. Definición y características de la criminalidad organizada. III. Efectos del crimen organizado. IV. La Convención de Palermo y la delincuencia organizada transnacional. V. Delincuencia organizada y corrupción en el Perú. VI. Ley contra el Crimen Organizado N.° 30077. VII. El proceso penal como instrumento contra el crimen organizado. 1. Técnicas especiales de investigación. 1.1. La interceptación postal e intervención de las comunicaciones. 1.2. La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos. 1.3. La figura del agente encubierto y agente especial. 1.4. Las acciones de seguimiento y vigilancia. 2. Medidas limitativas de derechos. 2.1. El levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria y bursátil. 2.2. Incautación y decomiso. 2.3. Cooperación internacional y asistencia judicial. VIII. Organización de la Fiscalía de la Nación-Ministerio Público, en la lucha contra la criminalidad organizada. IX. Consideraciones finales. X. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El avance de la criminalidad organizada, la corrupción y el lavado de activos en América Latina es una realidad. Opera como una empresa de estructura piramidal con asesoría jurídica, económica, con logística, que tiene ejecutores delictivos y se esfuerza por tener protección legal y política.

Se veía venir desde hace años y la respuesta del Estado se ha hecho sentir a raíz del conocimiento de casos tan emblemáticos que comprometen a funcionarios públicos y que ha generado alarma social para que se investiguen y sancionen ejemplarmente. Por ello existe la necesidad de unificar esfuerzos entre los aparatos del sistema judicial de nuestro Estado así como de nuestros países para conocer experiencias comunes, formas de enfrentamiento político-judicial así como para generar mecanismos de cooperación judicial internacional más eficaces e inmediatos.

Nuestra experiencia en la investigación y juzgamiento de los casos de criminalidad organizada en sus distintas manifestaciones, son de mucha importancia a la luz de los hechos conocidos en los últimos años y los que se conocen en los últimos meses.

II. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

Existen múltiples definiciones propuestas sobre delincuencia organizada o criminalidad organizada, ello por la variedad de áreas en que operan (actividades delictivas y los diferentes sectores en que se desarrollan), asimismo, por el distinto tratamiento en las legislaciones ordinarias nacionales.

Sin embargo, siguiendo a la doctrina predominante, se puede identificar su existencia, en base a la realización de delitos en los que incurre y en atención a las siguientes características[1]:

1) *Ser estructura compleja, piramidal y jerárquica.* El crimen organizado se estructura como una *empresa comercial* y con criterios económicos. Se organizan bien, planifican su trabajo, buscan beneficios y lo maximizan. El *"delincuente organizado"* actúa como *"empresario"* y la *"organización"* como una *"auténtica empresa criminal"*.

   Ligado a esta característica tenemos al elemento de la *permanencia*, la cual, según el profesor PRADO SALDARRIAGA[2] "reproduce la imagen material del potencial criminógeno de la delincuencia organizada", resultando imprescindible para "lograr que su presencia e influencia se irradien y conserven sobre su entorno".

2) *Comisión de delitos graves.* Para el logro de sus objetivos, el crimen organizado utiliza medios delictivos graves como la intimidación, violencia y corrupción. La gravedad de los medios guarda relación con los bienes jurídicos. Según, la profesora ZÚÑIGA RODRIGUEZ[3], el uso sistemático de la violencia (externa o interna) se manifiesta de distintos modos: *violencia en la comisión de los delitos propios de la actividad ilícita* (homicidios, robos, extorsiones, etc.); *violencia al interior del grupo*

1 SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel, *La criminalidad organizada. Aspectos sociales, procesales, policiales.* Madrid: Dykinson, 2005.

2 PRADO SALDARRIAGA, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa, 2013, p. 61.

3 ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares, 2009, p. 138.

para mantener la cohesión del grupo o resolver sus conflictos; la violencia entre organizaciones criminales para someter a los grupos competidores; violencia frente a autoridades y demás órganos de represión para favorecer la impunidad; y la violencia para la protección de sus aliados o clientes.

3) *Busca beneficios económicos y poder.* Los fines de la criminalidad organizada son absolutamente lucrativos. El logro del poder puede ser político, pero con fines lucrativos. De hecho, en la actualidad existen algunas investigaciones que involucran a personajes políticos en casos de corrupción y hasta existe una comisión en el Congreso de la República que investiga la relación existente entre el narcotráfico y la política.

III. EFECTOS DEL CRIMEN ORGANIZADO

Los efectos que el crimen organizado genera, principalmente, son los siguientes:

a) Desestabilización del sistema económico y político de un país, sobre todo cuando la corrupción se hace sentir entre dichas autoridades.

b) Aleja la inversión internacional, debido a la inseguridad jurídica y la desconfianza de sus instituciones.

c) Generan alarma en la colectividad por la gravedad de los delitos que cometen: extorsión, tráfico ilícito de drogas, trata de personas, terrorismo, lavado de activos, corrupción, etc.

d) Se puede afirmar que la corrupción aparece como un instrumento transversal del crimen organizado.

e) Busca tener poder en la política. No son pocos los casos que se conocen al respecto. En la actualidad, se puede apreciar la existencia de diversas investigaciones vinculadas a parlamentarios, ministros, ex magistrados y hasta ex presidentes por casos de corrupción.

IV. LA CONVENCIÓN DE PALERMO Y LA DELINCUENCIA ORGANIZADA TRANSNACIONAL

El documento base de nuestra legislación es la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional (Convención de Palermo). Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de noviembre del 2000, en Palermo (Italia), ratificada por el Estado Peruano el 19

de noviembre del 2001 (Decreto Supremo N.° 88-2001-RE), vigente desde el 29 de septiembre del año 2003.

En su primer artículo, la Convención de Palermo prescribe que su finalidad es *promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional.*

Según la Convención, por "grupo delictivo organizado" se entenderá un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Los protocolos de la Convención de Palermo son los siguientes:

A) Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños.

B) Protocolo de las Naciones Unidas contra el contrabando de migrantes por tierra, mar y aire.

C) Protocolo de las Naciones Unidas contra la fabricación y el tráfico ilícito de armas de fuego.

La Convención y los protocolos están bajo la jurisdicción de la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC, por sus siglas en inglés *United Nations Office on Drugs and Crime*).

V. DELINCUENCIA ORGANIZADA Y CORRUPCIÓN EN EL PERÚ

La delincuencia organizada y la corrupción no son desconocidos en el Perú, sobre todo, aquellos casos que se descubrieron a fines del año 2000. Estaba involucrado el asesor presidencial y el Presidente de la República (ambos están privados de libertad); también se comprendió a muchos funcionarios públicos, magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público; además, se investigó a dueños de medios de comunicación escrita y televisiva, entre otras personas[4].

A partir de ello, se dictaron normas de procedimiento y se designaron jueces y fiscales especializados para investigar y juzgar casos de corrupción y violación de derechos humanos.

4 *Vid.* AA. VV., La *lucha contra la corrupción en el Perú*, Lima: Ministerio de Justicia 2012. En mi caso, me correspondió asumir la coordinación de las fiscalías y participar de los juicios penales en casos de corrupción y otros.

Después de más de diez años, se puede afirmar que ni el Estado, ni las instituciones tutelares adoptaron las previsiones necesarias y se ejercieron los controles administrativos requeridos a fin de evitar que se repitan los casos de corrupción, por el contrario, se han logrado nuevas organizaciones más complejas y con mayor presencia en instituciones públicas. No se aprendió la lección[5].

En la actualidad, se han elaborado un conjunto de leyes para hacer frente a la delincuencia organizada, corrupción y lavado de activos y pérdida de dominio. Se cuenta con los siguientes instrumentos legales:

- Ley N.° 30077 (publicado el 20-08-2013). Llamada Ley Contra el Crimen Organizado, vigente en todo el país.
- Código Procesal Penal 2004. Decreto Legislativo N.° 957. Vigente en todo el país, excepto en Lima.
- Ley N.° 27697, que faculta al fiscal para la intervención y control de las comunicaciones y documentos privados en caso excepcional.
- Ley N.° 27379, de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en el curso de investigaciones preliminares, de carácter jurisdiccional.
- Decreto Legislativo N.° 1104, sobre pérdida de dominio.
- Decreto Legislativo N.° 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.

Es del caso destacar que, de acuerdo con la Constitución peruana, el fiscal de la Nación investiga a altas autoridades del Estado: congresistas, ministros de Estado, magistrados de la Corte Suprema o del Tribunal Constitucional, fiscales supremos y otros, por la comisión de delitos. Como se entenderá, tales investigaciones encuentran cierta resistencia y hasta pueden significar la presencia de una presión política y mediática, que debe de superarse con un trabajo de investigación objetiva, imparcial y prudente. En la actualidad, un área especializada de mi despacho se encuentra investigando 17 casos de singular trascendencia[6].

---

5 Solo por citar, se puede mencionar el llamado "Caso Orellana", en Lima, que ha involucrado un número importante de abogados, autoridades judiciales, fiscales, policías, entre otros, muchos de ellos actualmente privados de libertad; o "Los Limpios de la Corrupción", en la ciudad de Chiclayo, que tiene como cabecilla al exalcalde, otros funcionarios y muchas otras personas, muchos de ellos se encuentran, igualmente, con prisión preventiva.

6 También es del caso señalar que tratándose de investigaciones seguidas contra congresistas por delito de enriquecimiento ilícito, la Fiscalía de la Nación, —por disposición expresa de ley especial— no puede ordenar el levantamiento del secreto bancario.

VI. LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO N.° 30077

La Ley N.° 30077, publicada en agosto del 2013, da configuración legal a los delitos de criminalidad organizada, sobre todo en materia penal y procesal. Según esta ley, en su segundo artículo, considera una organización criminal a "[...] 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 presente ley. 2. La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma puede ser temporal, ocasional o aislada, debiendo orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal".

En el artículo 3 de la Ley N.° 30077 se establece que es aplicable a más de 50 tipos penales, entre los cuales destacan el delito de trata de personas, secuestro, extorsión, homocidio calificado, tráfico ilícito de drogas (en sus diferentes modalidades), contra la administración pública y lavado de activos. Asimismo, en ese artículo se precisa que los alcances de 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 artículo en referencia.

VII. EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

El proceso penal es el medio o instrumento que tiene el fiscal para realizar la investigación y el juez para dictar sentencia en un caso determinado. En el Código Procesal Penal, vigente en el mayor territorio del país, ya se hacía mención a modernas técnicas de investigación, las mismas que, con algunas especificaciones, han sido recogidas en la ley en comento y que se destacan en las lineas siguientes:

1. Técnicas especiales de investigación

1.1. La interceptación postal e intervención de las comunicaciones

De acuerdo con el artículo 8 de la ley en comento en concordancia con el art. 226 del CPP, se puede interceptar, incautar y abrir documentación pública o privada que se dirija al imputado de manera directa e indirecta, siempre que sea *indispensable* para la investigación. Se especifica que el trámite y realización

de las medidas tienen carácter reservado e inmediato. En el art. 9 se establece que solo se intercepta e incauta la correspondencia vinculada al delito vinculado a la organización criminal, procurando no afectar la correspondencia de terceros no involucrados. En tal sentido, el fiscal, delegando en su adjunto o en la policía, realizará la interceptación e incautación; se procederá a la retención de la correspondencia y envíos vinculados con el delito, efectuándose la apertura, examen o análisis en sede de la fiscalía o donde el fiscal lo estime más conveniente para la investigación.

1.2. La circulación y entrega vigilada de bienes delictivos

Conforme a la ley, se faculta al fiscal para disponer la circulación o entrega vigilada de cualquier bien relacionado a la presunta comisión de uno o más delitos vinculados a una organización criminal. Se dispone que se encuentren exentas de responsabilidad aquellas personas que colaboren, con autorización o por encargo de la autoridad competente. Asimismo, tampoco se podrá imponer alguna medida o consecuencia accesoria ni medida preventiva a la persona jurídica que obra dentro de los márgenes permitidos.

1.3. La figura del agente encubierto y agente especial

El agente encubierto es aquel miembro de la policía especialmente capacitada y seleccionada que se introduce en la organización criminal, con identidad supuesta, a fin de desbaratar dicha red criminal, proporcionando informe de sus actividades, de sus cabecillas y todo aquello relacionada con la criminalidad organizada. Son designados por disposición fiscal y están facultados para participar en el tráfico jurídico y social, para adquirir, poseer o transportar bienes de carácter delictivo.

1.4. Las acciones de seguimiento y vigilancia

La ley prescribe que el fiscal, de oficio o a instancia policial, y sin conocimiento del investigado, puede disponer que este (el investigado) o terceras personas con las que guarda conexión, sean sometidos a seguimiento y vigilancia por parte de la Policía Nacional del Perú, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 207 del Código Procesal Penal, relacionado con la videovigilancia. La videovigilancia en lugares públicos la decide el fiscal y las que se realizan en lugares cerrados la ordena el juez a pedido del fiscal.

2. Medidas limitativas de derechos

2.1. El levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria y bursátil

Se rige conforme a lo establecido en el Código Procesal Penal. La Constitución Política del Perú, en su art. 2, inc. 5 prescribe que "El secreto bancario y la reserva tributaria pueden levantarse a pedido del juez, del fiscal de la nación, o de una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado".

De conformidad con el Código Procesal Penal el juez, a pedido del fiscal, ordenará reservadamente, y sin trámite alguno, el levantamiento del secreto bancario cuando exista necesidad y pertinencia para el esclarecimiento del caso investigado. Asimismo, una vez recibido el informe, el juez, también a pedido del fiscal, podrá proceder a la incautación de documentos, títulos, valores, sumas de dinero depositados u otro bien, incluyendo el bloqueo o inmovilización de las cuentas, siempre que sean necesario y pertinente para fines del proceso. Por otro lado, el juez puede autorizar, siempre a pedido fiscal, el registro y búsqueda de información, de las entidades del sistema bancario o financiero, debiendo justificar tal medida por la afectación plural a los derechos y precisando los límites de la intervención. El Código también precisa que no se requerirá orden judicial cuando las operaciones bancarias no se encuentren dentro del marco del secreto (conforme a lo estipulado en los artículos 142 y 143 de la Ley N.° 26706), siendo suficiente el pedido directo del fiscal investigador. Los mismos procedimientos rigen en caso del levantamiento de la reserva tributaria.

2.2. Incautación y decomiso

La incautación, conforme al Código, tiene distintos momentos de realización y objetivos. En el Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116, de 16 de noviembre del 2010, se afirma que la incautación, como medida procesal, tiene configuración dual, tanto como medida de búsqueda de pruebas y restricción de derechos (propiamente instrumental) y como medida de coerción; en ambos casos es un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible.

La ley prevé que en todas las investigaciones y procesos penales por delitos cometidos a través de una organización criminal, la PNP no necesita autorización del fiscal ni orden judicial para la incautación de objetos, instrumentos, efectos o ganancias o cualquier otro bien proveniente del delito o al servicio de la

organización criminal, cuando se trate de una intervención en flagrante delito o peligro inminente de su perpetración, debiendo darle cuenta inmediata al fiscal.

Para los bienes u objetos precisados en la ley, son de aplicación las reglas y el procedimiento de la Ley de Pérdida de Dominio, siempre que se presente uno o más de los supuestos previstos en el art. 4 del D. Leg. N.° 1104: a) Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal; b) Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito; c) Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción; d) Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad.

Cuando los bienes provienen de delitos en agravio del patrimonio del Estado, la recepción, registro, calificación, administración y disposición es de competencia de la Comisión Nacional de Bienes Incautados (Conabi).

2.3. Cooperación internacional y asistencia judicial

Constituye el instrumento legal de suma utilidad y cuya oficina se encuentra en el Ministerio Público y bajo la dependencia directa del fiscal de la nación.

La Cooperación Judicial Internacional es uno de los instrumentos centrales que los Estados utilizan para enfrentar la delincuencia organizada transnacional y para ello se cuenta con marco normativo, no solo nacional (constitucional y de desarrollo legal ordinario —entre ellos las normas del Código Procesal Penal y la Ley de Lucha Contra el Crimen Organizado—), sino también internacional, como los tratados y convenciones suscritas y ratificadas.

VIII. ORGANIZACIÓN DE LA FISCALÍA DE LA NACIÓN–MINISTERIO PÚBLICO, EN LA LUCHA CONTRA LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA

En los últimos años, la Fiscalía de la Nación ha creado tres subsistemas para la lucha contra la criminalidad organizada, dichos subsistemas son: a) Fiscalías Especializadas Anticorrupción, b) Fiscalías Especializadas en Lavado de Activos y Pérdida de Dominio; y c) Fiscalías Especializadas en Crimen Organizado.[7] Todas

7 A la fecha, suman aproximadamente 570 fiscales a nivel nacional.

estas fiscalías especializadas, dan cuenta directamente al Fiscal de la Nación, a través de los fiscales coordinadores.

Entre los aspectos relevantes en torno a estas fiscalías especializadas tenemos:

- El proceso especial de colaboración eficaz.
- El Programa de Asistencia y de protección a víctimas, testigos y colaboradores, a cargo del Ministerio Público.
- Los testigos protegidos a cargo de la Fiscalía de la Nación.

IX. CONSIDERACIONES FINALES

1) La lucha contra el crimen organizado, la corrupción y el lavado de activos, requiere de la decisión política del Estado. Es imprescindible dotar del presupuesto necesario a las instituciones encargadas de su persecución y juzgamiento. El Estado debe invertir en justicia.
2) Se requiere de una actuación independiente del Ministerio Público.
3) Se requiere, además, de leyes especiales y capacitación en la interpretación de tales leyes.
4) El proceso penal constituye en el instrumento legal útil para la investigación y juzgamiento de los casos de criminalidad organizada, corrupción y lavado de activos. Ciertamente, se requiere del empleo de medios técnicos modernos de investigación.
5) Deben lograrse sanciones rápidas, a fin de evitar la sensación de impunidad.
6) Es necesario fortalecer la cooperación judicial internacional, sobre todo en el ámbito de la recuperación de activos.
7) Debe considerarse al Ministerio Público como institución encargada de liderar la lucha contra la corrupción, el crimen organizado y el lavado de activos.

X. BIBLIOGRAFÍA

PRADO SALDARRIAGA, Víctor

2013 *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa

SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Isabel

2005 *La criminalidad organizada. Aspectos sociales, procesales, policiales.* Madrid: Dykinson.

SIMON, Jan-Michael y William RAMÍREZ (coords.), *La lucha contra la corrupción en el Perú. El modelo peruano: La experiencia de las procuradurías anticorrupción*, Lima, Ministerio de Justicia, GIZ, 2012.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, Laura

2009 *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal. Contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*, Granada: Comares.

EL PROCESO PENAL CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO

SUMARIO: I. Aspectos generales. 1. Introducción. 2. Concepto. 3. Principales características sustantivas. 4. Delitos comprendidos. II. Aspectos procesales. 1. Ámbito de aplicación. 2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado. III. Actos especiales de investigación. 1. Fundamento. 2. Agente encubierto y especial. A. Definición. B. Regulación legal. C. Valoración. D. Exención de responsabilidad. 3. Circulación y entrega vigilada. A. Definición. B. Objeto. C. Procedimiento. 4. Envíos postales. IV. Problemas probatorios. 1. Del agente encubierto. A. Efectos probatorios. B. La ilicitud probatoria derivada de la infiltración. B.1. Violación a la intimidad. B.2. Violación del domicilio. B.3. Testimonial del agente encubierto. 2. De las operaciones encubiertas. A. Definición. B. Procedimiento. C. Valoración. 3. De la circulación y entrega vigilada. A. Efectos probatorios. B. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial. C. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación. D. Identificación y recogida del cuerpo del delito. E. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida. 4. De la prueba provocada y prueba trasladada. A. La prueba provocada. A.1. Agente provocador. A.2. El delito provocado. B. La prueba trasladada. V. Técnicas especiales de investigación. 1. Aspectos Generales. 2. Aspectos diferenciales. VI. Bibliografía.

I. ASPECTOS GENERALES

1. Introducción

La criminalidad organizada constituye, en nuestros días, un fenómeno de evidente hostilidad al sistema, aunque no es un problema de reciente aparición. Sin embargo, el crimen organizado presenta en el actual contexto de la globalización unos rasgos característicos muy particulares que lo configuran como una amenaza sin precedentes para el Estado y la sociedad.

La criminalidad organizada, hoy por hoy, ha superado las tradicionales nota de jerarquía y corrupción para mediante el aprovechamiento de la integración supranacional y la revolución tecnológica, explotar las limitaciones mismas de los sistemas jurídicos con grave lesión no solo a bienes de titulares individuales, sino también al sistema político y social, y a entidades jurídicas diversas, tales como la vida, la salud pública, el funcionamiento de la Administración pública y la marcha de la economía social de mercado. Por lo tanto, resulta evidente que el control punitivo del crimen organizado en nuestros días exija un máximo esfuerzo.

Es así que el 19 de agosto del 2013, se publicó la Ley N.° 30076, Ley que modifica el Código Penal, Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes, así como crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. De igual manera, con mayor especificidad, el 20 de ese mismo año se publicó la Ley N.° 30077, Ley contra el Crimen Organizado.

2. Concepto

En el Perú, la jurisprudencia ha avanzado un concepto, a partir de la caracterización del delito de asociación ilícita como tipo penal autónomo. En efecto, el Acuerdo Plenario N.° 04-2006/CJ-116, del 13 de octubre del 2006, al identificar los elementos del art. 317 del CP, considera la asociación ilícita como una agrupación relativamente organizada, permanente o estable, con un mínimo de personas, y destinadas a cometer delitos. Por su parte, en la convención de las Naciones Unidas contra la Criminalidad Organizada Transnacional asume que esta forma de criminalidad está caracterizada por la existencia de un grupo estructurado de 3 ó más personas, que existe durante cierto tiempo, para cometer uno o más delitos graves, a fin de obtener un beneficio económico o material [FIGUEROA].

La Ley N.° 30077 considera organización criminal a 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 art. 3 de la acotada Ley (art. 2, inc. 1). La intervención de los integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, puede ser temporal, ocasional o aislada, y debe orientarse a la consecución de los objetivos de la organización criminal (art. 2, inc. 2).

Se entiende por criminalidad organizada toda actividad delictiva que ejecuta una organización de estructura jerárquica o flexible, dedicada de manera continua o permanente a la provisión y comercio de bienes, medios o servicios legalmente restringidos, de expendio fiscalizado o de circulación prohibida, los cuales cuentan con una demanda social interna o internacional, potencial o activa, pero siempre en crecimiento. Estas actividades criminales se reproducen y extienden aplicando una eficiente dinámica funcional de abuso, inserción, o gestión de posiciones, expectantes o consolidadas, de poder político, económico o tecnológico [PRADO].

3. Principales características sustantivas

Nueve son las notas características del crimen organizado:

1) La permanencia. Indica que la fundación y la vigencia operativa de los grupos criminales es por su propia naturaleza indefinida.
2) La estructura. Permite ordenar las actividades y mantiene la cohesión de los grupos criminales.
3) Los negocios ilícitos. La criminalidad organizada moderna es sobre todo una criminalidad de mercado, esto es, la organización de la oferta de servicios ilícitos en el mercado [ZAFFARONI]. Esta característica la diferencia con nitidez de la criminalidad violenta tradicional que no produce ni vende, pues ella solo quita o despoja.
4) La planificación. Requiere de un planeamiento estratégico y táctico para la ejecución eficiente de sus actividades.
5) Las redes de protección. Requiere construir o solventar mecanismos de impunidad.
6) La movilidad internacional. El *modus operandi* de los delitos que son realizados por los grupos criminales se base en circuitos de producción, provisión, distribución o expendio que se localizan en diferentes países y regiones.
7) Las fuentes de apoyo. Requiere un eficiente sistema de soporte técnico o profesional, logístico y social.
8) El fin lucrativo. Las organizaciones criminales se conforman y operan como unidades de negocios.
9) La alianza estratégica o táctica. La globalización de mercados ilegales, el crecimiento de la demanda y la necesidad de diversificar los *stocks* de los bienes y servicios prohibidos ha colocado a las organizaciones criminales modernas en la alternativa de fusionarse o compartir proyectos

y riesgos comunes, generándose entre ellas alianzas de cooperación de la táctica y la estrategia.

De otro lado, cinco son los factores comunes que permiten identificar las unidades de crimen organizado:

A) Actividades criminales de una naturaleza grave cometidas en una forma planeada con la perspectiva de obtener un beneficio.

B) Una división jerárquica del trabajo tipo empresarial y continua que incluye sanciones internas y disciplinarias.

C) El uso de violencia e intimidación real o implícita.

D) El ejercicio de influencia sobre funcionarios electos y nombrados u otros pilares de control social y líderes de opinión dentro de la sociedad, o su corrupción [CHABAT].

E) Posibilidad de afectar la gobernanza al interior de los Estados, pues el crimen organizado tiene la posibilidad de infiltrar la estructura estatal o representar una amenaza tan grande que impide el normal desarrollo de las funciones estatales [CONTRERAS y TENORIO].

4. Delitos comprendidos

El art. 3 de la Ley N.° 30077, establece para la criminalidad organizada, los siguientes delitos:

1. Homicidio calificado-asesinato (art. 108 del CP)
2. Secuestro (art. 152 del CP)
3. Trata de personas (art. 153 del CP)
4. Violación del secreto de las comunicaciones (art. 162 del CP)
5. Delitos contra el patrimonio (arts. 186, hurto agravado; 189, robo agravado; 195, receptación agravada, 196-A, estafa agravada y 197 del CP, supuestos típicos de estafa)
6. Pornografía infantil (art. 183-A del CP)
7. Extorsión (art. 200 del CP)
8. Usurpación (arts. 202 y 204 del CP).
9. Delitos informáticos (arts. 207-B y 207-C del CP)
10. Delitos contra la propiedad intelectual (art. 222 del CP)
11. Delitos monetarios (arts. 252, 253 y 254 del CP)
12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos y demás delitos (arts. 279, 279-A, 279-B, 279-C y 279-D del CP)

13. Delitos contra la salud pública (arts. 294-A y 294-B del CP)
14. TID en sus diversas modalidades (arts. 296 a 302 del CP).
15. Delitos de tráfico ilícito de migrantes (arts. 303-A y 303-B del CP)
16. Delitos ambientales (arts. 310-A, 310-B y 310-C del CP)
17. Delitos de marcaje o reglaje (art. 317-A del CP)
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura (arts. 319, 320 y 321 del CP)
19. Delitos contra la Administración pública (arts. 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del CP)
20. Delitos de falsificación de documentos (art. 427 del CP)
21. Lavado de activos (D. Leg N.° 1106, del 19/Abr/2012).

A partir de lo expuesto es de destacar que la asociación ilícita para delinquir, a diferencia de la criminalidad organizada, es un tipo penal contemplado en el Código Penal —art. 317 del CP—, con sus propias características. No cabe duda que la organización criminal, como se expresó, no es un tipo penal, sino es un concepto funcional con mayores características que la asociación ilícita para delinquir —aunque, no se debe realizar una asimilación normativa [PRADO]—, en el que comprende determinados delitos "graves", de conformidad con el art. 2 y 3 de la Ley N.° 30077; además tiene un "proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado", a diferencia de la asociación ilícita para delinquir.

II. ASPECTOS PROCESALES

1. Ámbito de aplicación

La investigación, juzgamiento y sanción para los integrantes de la organización criminal, señalados en el art. 3 de la ley, se rige por el NCPP (art. 4 de la Ley N.° 30077).

Empero, más allá de incorporar, objetivamente, dentro de las disposiciones del NCPP: fuero competencial material, en cuanto presupuesto del órgano jurisdiccional referido a la competencia penal, la ley en referencia debe analizarse en bloque con los cambios producidos por la Ley N.° 30076. Así, no solo se configura un procedimiento con especialidades procedimentales, sino que el propio proceso común se ve modificado con una clara vocación general de "mejorar" o rodear de mayor claridad y eficacia a numerosas instituciones del proceso penal, especialmente en el ámbito de las medidas coercitivas —proceso de coerción—, de las medidas instrumentales restrictivas de derechos, de los actos de investigación especiales y derecho probatorio penal.

Se busca poner al día el proceso penal para este nuevo fenómeno delictivo grave, desde una perspectiva de eficiencia y solidez de la persecución penal del mismo.

2. Cambios globales en el proceso penal referido al crimen organizado

§ 1. La Ley N.° 30076, en lo pertinente y en lo que, por extensión, es propio para el "proceso con especialidades procedimentales contra el crimen organizado", incorporó dieciséis cambios, sin perjuicio de las modificaciones que inciden en el Derecho procesal de ejecución —con clara vocación restrictiva— y en el proceso auxiliar de cooperación judicial internacional.

Son los siguientes:

1. La titularidad de la acción penal, a cargo del Ministerio Público, encuentra una precisión, respecto a las relaciones con la policía. El incorporado apartado 4) del art. II del TP NCPP obliga al fiscal a tener en cuenta la organización administrativa y funcional de la PNP, fijada en el ordenamiento. De tal suerte, que no es posible disponer una comisión investigativa a un órgano policial no habilitado legalmente para una determinada clase de delitos.
2. La investigación del delito bajo la conducción del MP impone la colaboración con la PNP, en forma conjunta y coordinada. A estos efectos la Fiscalía debe diseñar protocolos de actuación. Con esta finalidad, el fiscal de la Nación ha de dictar las correspondientes "Instrucciones Generales" y coordinará con el órgano policial encargado de la coordinación con el MP. El problema, que pretende superar la ley, empero, siempre estará sujeto a tensiones y, a final de cuentas, al modo de entender la dirección jurídica y la conducción de las investigaciones como base del señorío del fiscal respecto de esa etapa procesal. Por lo demás, es distinto mencionar un reglamento de ordenación de diligencias y, de otro lado, un protocolo de actuaciones.
3. Sobre la base de que es el fiscal quien decide la estrategia de investigación del caso concreto, sin embargo deberá escuchar las recomendaciones que, al efecto, le brinde la PNP. En esta perspectiva, el informe policial debe indicar, cuando estas se hayan emitido, su contenido y resultado. El principio de legalidad guía la actividad de investigación, al que someten el MP y la PNP. Ello impone capacitaciones conjuntas en lo que al ámbito de coordinación corresponde.

4. El art. 67 del NCPP fija el marco de la función policial de investigación del delito. La nueva ley solo cambió la frase "en su función de investigación", por la frase "en cumplimiento de sus funciones". Esta última aclaración no es razonable, primero, porque la policía tiene su marco de relación de subordinación funcional con el MP exclusivamente en el ámbito investigativo; y, segundo, porque en las demás funciones policiales, no existe vínculo alguno.
5. El abogado defensor, en el ejercicio de su misión de defensa o patrocinio, está prohibido de recurrir a mecanismos dilatorios que entorpezcan el correcto funcionamiento de la impartición de justicia. Esta adición al art. 84 del NCPP si bien ratifica el principio de moralidad procesal, es reiterativo de la prohibición genérica establecida por la Ley Procesal Común, el art. 112, inc. 6 del CPC, sobre la actuación de mala fe procesal o temeridad.
6. El art. 85 del NCPP ha sido ampliamente reordenado. Primero, se precisó en el caso de diligencia no inaplazable que el abogado de oficio designado exige la reprogramación de la diligencia por una sola vez. *Mutatis mutandis*, tal reprogramación también será en el caso de la designación de un nuevo abogado de confianza. Eso porque se construyó mal la frase del último extremo del 2.° apartado; en vez de una coma, debió consignarse un punto seguido y, de este modo, evitar el gerundio. Segundo, la inasistencia del defensor que no asiste injustificadamente a una diligencia o que abandona la diligencia que se está realizando (amonestación, multa y suspensión). Tercero, la renuncia del defensor no lo libera de participar en diligencias urgentes a las que ha sido citado, y la renuncia debe ser puesta en conocimiento del juez en el término de 24 horas antes de realización de la diligencia. Cuarto, la aplicación de la sanción es de conocimiento y registro por la Presidencia de la Corte Superior —lógica de lo que se denomina "*dación en cuenta*"—, y la ejecución efectiva es atribución del Colegio de Abogados. Un símil se procederá, como es obvio, aunque no se diga, respecto de la Corte Suprema.
7. En materia de confesión se incorpora a los presupuestos formales o intrínsecos de la confesión las notas de sinceridad y espontaneidad, que importan, primero, la aceptación de cargos sin ocultar nada conocido por el imputado respecto del hecho, de sus circunstancias o de la intervención de otras personas; y, segundo, que sea voluntaria o de propio impulso, es decir, sin precisiones y, obviamente, en la primera oportunidad, sin reticencias ni demoras. De otro lado, el efecto pre-

mial de la confesión —la cual siempre será sincera y espontánea—, no funcionará en un tercer supuesto: la reincidencia o habitualidad del imputado. Tal disposición, a nuestro juicio, es irrazonable y discriminatoria, puesto que la lógica premial de la institución no está en función a la condición personal del imputado —a su culpabilidad como categoría del delito—, sino a los beneficios para la persecución penal. No se está, propiamente ante una circunstancia atenuante privilegiada —el nuevo art. 49° CP incluso la considera, pese a tratarse de un supuesto más exigente, como una circunstancia de atenuación simple—, sino ante un beneficio premial de carácter procesal por su incidencia en el proceso. Estas normas ya son de vigencia generalizada.

8. El desarrollo del interrogatorio del testigo (art. 170 del NCPP) permite, en el momento del contrainterrogatorio —por parte del defensor a cuya parte afecta la exposición del primero—, preguntas sugestivas. Se entiende por tales, aquellas preguntas que importan introducir en el ánimo del testigo alguna idea, insinuándosela o haciéndole caer en ella. Creo que esta introducción es, sencillamente, nefasta, pues intenta hacer caer y torcer la lógica declarativa de un testigo, dominando su voluntad. Ganará, con ello, la habilidad del interrogador y no el esclarecimiento de los hechos.
9. La pertenencia del imputado a una organización criminal —o su reintegración a ella– ya no es un presupuesto material flexibilizado para dictar prisión preventiva, siguiendo el modelo germano, sino solo un supuesto de peligro de fuga. Se entenderá, empero, a estos efectos, que debe acreditarse, a nivel semipleno o de mera probabilidad, que existe el riesgo de que el imputado podrá utilizar los medios que le brinde la organización criminal para facilitar su fuga. Es preocupante que no incluya el peligro de obstaculización, toda vez que el art. 270, inc. 3 del NCPP solo reconoce el supuesto de inducción, no de actuación autónoma de la organización, que por lo demás no requiere de una inducción de uno de sus miembros para actuar.
10. En cuanto a la prolongación de la prisión preventiva, la Ley N.° 30076 estipuló que la especial dificultad o prolongación incide tanto en la etapa de investigación preparatoria cuanto en las etapas intermedia, de enjuiciamiento e impugnativa del proceso penal declaratorio de condena. Empero, la reforma perdió la brillante oportunidad para precisar que el plazo de la prisión preventiva se paraliza o interrumpe cuando el Tribunal de Apelación o de Casación anula la sentencia, el juicio y/o remite la causa para una ampliación de la investigación preparatoria;

o, en todo caso, para fijar un nuevo plazo especial. Cabe aclarar que "término" identifica el concreto momento en que debe realizarse una determinada actuación procesal mediante la indicación de la fecha e, incluso, hora en la que debe practicarse, mientras que el "plazo" abre la posibilidad de su práctica o realización dentro de un espacio o lapso temporal fijado para su posible desarrollo, a partir de la indicación de su fecha de inicio —*dies ad quo* y, por tanto, fecha en la que ha de iniciarse el cómputo— y de finalización —*dies ad quem*— o día a partir del cual el plazo ha de entenderse agotado [López Yagües]. Todas las normas sobre prisión preventiva son de vigencia generalizada.

11. La comparecencia simple se dictará cuando, primero, el fiscal no solicita la prisión preventiva; y, segundo, de mediar solicitud de prisión preventiva, no concurran sus presupuestos materiales. El fiscal y el juez deben motivar su decisión. Es obvio que la segunda decisión será la única que merezca tal motivación reforzada. Por otro lado, en concordancia con el art. 287 del NCPP, la comparecencia restrictiva se aplicará solo si el peligro de fuga o de obstaculización puede razonablemente evitarse: solo podrá optarse por ella en el supuesto segundo. Otra restricción que puede imponerse es la de prohibición de comunicación o de aproximación a la víctima o de otras personas —no solo delitos de violencia doméstica si no otros ilícitos penales que puedan importar afectar el entorno jurídico de aquella—, siempre que en este último caso no peligre irrazonablemente el derecho de defensa.
12. El desalojo preventivo, en cuanto medida de coerción real de carácter anticipada, una vez impuesto y la resolución esté firme, se ejecuta dentro del término de 72 horas de concedida. Lo "inmediato" del desalojo a que se refiere el apartado cinco del art. 311 del NCPP cuando la Sala Superior así lo dispone, debe tomar en cuenta ese plazo —por error se dice "término"—. Esta norma es de vigencia generalizada.
13. El plazo ordinario de las diligencias preliminares ya no es del 20 días sino de sesenta días. Éste puede ser superior, por decisión del fiscal, cuando las características, complejidad y circunstancias de los hechos de investigación así lo aconsejen. El reclamo del afectado se efectuará ante el JIP.
14. El art. 386 del NCPP solo trae una corrección obvia. La conclusión es del debate probatorio, no del examen del acusado, que por lo demás es el primer acto del debate probatorio, no el último, que se circunscribe a la inspección judicial, reconstrucción y/o prueba de oficio.

15. La confesión que determina la concurrencia premial con el premio por terminación anticipada es solo aquella útil y anterior a la celebración del juicio. En pureza, lo expuesto es obvio, pero también limitado. La lógica de la confesión como beneficio premial ya está regulada en el nuevo texto del art. 161 del NCPP y con mayor propiedad, no hacía falta una regulación pretendidamente *ad hoc*. De otro lado, en la misma línea de esa norma, se excluye a los reincidentes y habituales —lo que merece nuestra censura—; y, en lo atinente a la terminación anticipada, se excluye a los integrantes, vinculados o a quienes actúen por encargo de una organización criminal —que también es reprochable porque se confunde un premio procesal con una atenuación privilegiada–.
16. El nuevo art. 119-A del NCPP dispone, en lo nuevo, que por excepción es posible realizar el juicio, en lo que respecta a la presencia del acusado, mediante el sistema de videoconferencia, siempre que el traslado del reo en cárcel presente dificultades por la distancia entre la sede la audiencia y la ubicación del establecimiento penal o porque exista peligro de fuga. Ello significa, de un lado, la existencia de dos locales de audiencia; real y virtual, y que el reo podrá observar, e intervenir si correspondiere, pero desde el establecimiento penal u otra sede factible en todas las incidencias de la audiencia. Ello presupone la imposibilidad de realizar el juicio en una sede judicial contigua al establecimiento penal. Cabe acotar que el art. 381 del NCPP, no modificado, se pone el caso de testigos y peritos que se encuentren en lugar distinto al del juicio, en que será posible tomarles declaración o examinarlos mediante video-conferencia. En caso de órganos de prueba protegidos también es viable la recepción de su declaración o examen este método (art. 248, inc. 2, lit. e NCPP).

§ 2. La Ley N.° del 30077 incorporó seis cambios específicos —que dan lugar a un 'proceso con especialidades procedimentales'— en: (*i*) el plazo de las Diligencias preliminares e investigación preparatoria formal; (*ii*) en las medidas instrumentales restrictivas de derechos —el NCPP, bajo inspiración italiana, las denomina "búsqueda de pruebas y restricción de derechos"— de interceptación postal, intervención de comunicaciones, levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil e incautación; (*iii*) en los actos especiales de investigación, a los que incorporó los actos de seguimiento y vigilancia, la información por las personas públicas y privadas —morales y naturales—; (*iv*) en el derecho probatorio: incorporación de la prueba trasladada y en las pruebas del extranjero. De otro lado, (*v*) estableció que rige el NCPP —la aplicación del NCPP para este procedimiento se generalizó— y que la competencia corresponde a la Sala

Penal Nacional —es un 'fuero ordinario especial'—; además, (*vi*) adelantó la vigencia las medidas de protección y el proceso por colaboración eficaz.

§ 3. La misma Ley N.° 30077 incorpora doce cambios en el NCPP, que rige para todo el ordenamiento procesal penal. Son los siguientes:

La interceptación e incautación postal, producido el mandato judicial, la apertura, examen y análisis de la correspondencia y envíos se efectuará en el lugar donde el fiscal considere más conveniente para los fines de la investigación —ya no será en la oficina fiscal, como era antes—.

El control de comunicaciones: intervención, grabación o registro de comunicaciones telefónicas, radiales o de otras formas de comunicación, incluye ahora la geolocalización de teléfonos móviles. El cambio importa, además, que el ejecutante del control es la Fiscalía o la dependencia policial que se indique —ya no se trata de personas—; que la comunicación a los concesionarios de servicios públicos de telecomunicaciones será mediante oficio en la que se transcribirá la parte pertinente de la resolución autoritativa; que los concesionarios deben facilitar en forma inmediata lo ordenado en tiempo real y en forma ininterrumpida, todos los días del año, y sus servidores deben guardar secreto, salvo que se les cite como testigos; que los concesionarios deben otorgar el acceso, la compatibilidad y conexión de su tecnología con el "Sistema de Intervención y Control de las comunicaciones de la PNP", incluso al renovar sus equipos; que el plazo de la interceptación es no superior a 60 días —antes era de treinta días—, que puede renovarse por plazos sucesivos a instancia del fiscal por el juez de investigación preparatoria.

El registro de la intervención de comunicaciones se asegura mediante grabación. Lo recolectado –se utiliza indebidamente el término anglosajón de 'evidencias' en vez de decir 'prueba material'— se entrega al fiscal, quien debe conservarlas; durante la ejecución de los denominados "actos de recolección y control de las comunicaciones" se dejan constancia en el acta; que el fiscal —indebidamente se consigna la intervención en esta fase del juez, pues no interviene en la misma— ordenará la transcripción de los datos relevantes en acta propia, sin perjuicio de conservar la grabación completa, siendo el juez quien dispondrá la eliminación de las comunicaciones irrelevantes, si la investigación no se formaliza el fiscal hará lo propio; que el fiscal, con celeridad e inmediatez, comunicará al Juez las grabaciones que se refieran a otros delitos; que las actas de recolección y control de las comunicaciones se incorporarán a la investigación, al igual que la grabación de las comunicaciones relevantes.

En orden a las medidas de protección adicionales, y cuando se trata de organizaciones criminales, el fiscal una vez finalizado el proceso decidirá la

continuación de las mismas, salvo que se trate de "reserva de identidad", que tendrán carácter permanente.

En lo concerniente a la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos, se comprende los bienes y ganancias materia del D. Leg N.° 1106 —antes era la Ley N.° 27705—.

En lo relativo al agente encubierto, la identidad supuesto se entrega por el fiscal —no por la Dirección General de la PNP— y por el plazo de seis meses, prorrogables por el mismo por periodos de igual duración mientras perduren las condiciones para su empleo.

El plazo ordinario especial de la investigación preparatoria para procesos complejos es de ocho meses, mientras que para organizaciones criminales es de 36 meses. La prórroga por un plazo igual la decide el juez de investigación preparatoria. Además, un supuesto de complejidad se refiere a cuando se comprendan los delitos materia de esta Ley N.° 30077, a los integrantes, los que actúan por encargo y los vinculados a organizaciones criminales.

Los delitos objeto del proceso por colaboración eficaz son, además, los casos de criminalidad organizada previstos en la Ley de la Materia.

En lo atinente al registro de la intervención de comunicaciones, si durante su ejecución se tome conocimiento de delitos contra la vida e integridad personal, y cuando se trata de delitos de terrorismo, tráfico ilícito de drogas y secuestro, a cometerse en las próximas horas, el fiscal excepcionalmente, dando cuenta al Juez para su convalidación, incorporará dicho número al procedimiento de intervención ya existente, siempre y cuando el juez de investigación preparatoria en el mandato judicial prevenga esta eventualidad.

En cuanto a las medidas de protección, podrá adoptarse la salida del país con una calidad migratoria que permita al extranjero y/o sus familiares residir temporalmente o realizar actividades en el extranjero.

Un acto de investigación especial nuevo es la denominada "operación encubierta" focalizada en la criminalidad organizada para identificar bienes y personas. Estas serán la protección legal de personas jurídicas, de bienes en general —incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible— entre otros procedimientos, incluso la creación ficticia de personas jurídicas o la modificación de las existentes. Se abrirá un registro especial y las actuaciones sobre este acto de investigación especial no formarán parte del expediente, sino un cuaderno secreto, al que tendrán acceso los fiscales y jueces competentes.

Del proceso por delito de lavado de activos y otras formas de crimen organizado, lamentablemente, se eliminó la institución de la "búsqueda selectiva en

bases de datos", que incorporaban que la policía, por si o a instancia del fiscal, realizará comparaciones de datos registrados en bases mecánicas, magnéticas u otras similares, siempre y cuando se trate del simple cotejo de informaciones de acceso público; y, si se trata de acceso a información confidencial o del análisis cruzado de las bases de datos, deberá mediar autorización judicial. Es absurda esta derogatoria del art. 15 de la Ley de Lavados de Activos, D. Leg. N.° 1106.

§ 4. Con respecto a la investigación preparatoria se tiene dos cuestiones:

Plazo de las diligencias preliminares. El plazo es de 60 días para todo delito vinculado a organización criminal. El fiscal puede fijar un plazo distinto en atención a las características, grado de complejidad y circunstancias de los hechos objeto de investigación (art. 5, inc. 1, de la Ley N.° 30077). Para determinar la razonabilidad del plazo, el juez ha de considerar la complejidad de la investigación, su grado de avance, la realización de actos de investigación idóneos, la conducta procesal del imputado, los elementos probatorios o indiciarios, la magnitud y grado de desarrollo de la presunta organización criminal, así como la peligrosidad y gravedad de los hechos vinculados a la organización criminal (art. 5, inc. 2 de la Ley N.° 30077).

El carácter del proceso. Todo proceso seguido contra integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma, se considera, en sí mismo, complejo, de conformidad con el apartado 3) del art. 342 del NCPP.

III. ACTOS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

1. Fundamento

La lucha contra la delincuencia organizada, es decir, el descubrimiento y sanción de delitos de una enorme gravedad y de gran impacto social, cometidos por organizaciones criminales, que cuentan con material altamente sofisticado y con sujetos de comprobada eficacia delictiva, resulta cada más difícil para los aparatos estatales de represión criminal.

Se han introducido tres mecanismos que dan respuesta a ese fenómeno social, de tal manera que pueda compatibilizarse el respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos, incluidos los imputados en un proceso penal, con una mayor eficacia en la lucha contra la criminalidad, esencialmente contra la criminalidad organizada, intereses que en todo caso han de armonizarse desde los principios transversales de intervención indiciaria y de proporcionalidad, incardinados en todos los derechos fundamentales materiales.

Los actos especiales o técnicas especiales de investigación se iniciaron, a nivel mundial, en la lucha contra las drogas y el terrorismo, y luego se fueron extendiendo, con plena previsión legal, a otros delitos especialmente graves: corrupción y criminalidad organizada transnacional. Se trata del agente encubierto (art. 13 de la Ley N.° 30077) y de la circulación y entrega vigilada de bienes delictivos (art. 12 de la Ley N.° 30077), así como, recientemente, de las operaciones encubiertas.

2. Agente encubierto y especial

A. Definición

Es una medida —o medio de investigación especial—, regulada en el art. 341 del NCPP, que consiste en la entrada de uno o varios policías o ciudadanos integrados, debidamente autorizados a tal fin, como miembros de una organización criminal y su participación en el entramado de la misma, con objeto de descubrir las acciones delictivas pasadas, prevenir las futuras y lograr la desaparición y castigo de la organización, con todos los elementos que la integran. Asimismo, los civiles pueden ser agentes especiales de conformidad con el art. 341, inciso 1, parte *in fine*, del NCPP.

El objeto es obtener un mejor resultado en las investigaciones [Fernando y Mansour]. En efecto, la finalidad del acto de infiltración a través del agente encubierto y/o especial es obtener la información necesaria apta para enervar la presunción de inocencia de los investigados. El último destinatario y máximo interesado en la información averiguada es el Estado [Gómez de Liaño]. Su adopción es excepcional y debe estar sometido a un test de proporcionalidad: (*i*) examen de idoneidad, el agente encubierto debe ser un medio apto para captar información de cargo con efectos penales; (*ii*) examen de necesidad, al tratarse de una injerencia intensa en los derechos y libertad se debe verificar que exista una organización criminal y que por sus características represente una verdadera amenaza, igualmente debe comprobarse que no exista otra medida idónea de búsqueda y obtención de información; y, (*iii*) examen de proporcionalidad que debe considerar circunstancias como la duración de la infiltración, las facultades que se otorgan al agente encubierto, etc. [Bernal Cuellar].

El agente encubierto es un miembro de la Policía Nacional, que investiga bajo una 'identidad alterada' por un tiempo prolongado —también se reconoce la figura del "agente especial"—, el cual es un delator, integrante de la organización criminal, designado al efecto. La intervención de un policía en prácticas aisladas como, por ejemplo, aparente comprador de drogas o bienes delictivos no

lo convierte en agente encubierto y, por tanto, esta intervención no está sujeta a las reglas del art. 341 del NCPP [ROXIN].

La intervención del agente encubierto-especial solo está permitida para el esclarecimiento de "hechos punibles de importancia considerable". Es imprescindible, para acudir a esta técnica de investigación, que el esclarecimiento no sea posible, o en todo caso que la averiguación presente una dificultad considerable, y por tanto que otras medidas de investigación fueran inútiles.

El agente encubierto y el agente especial vienen amparados en su cometido por una identidad supuesta. Participa en el tráfico jurídico bajo una 'identidad alterada', para cuya creación y conservación son admitidas la expedición y modificación de documentos de identidad y demás registros de datos personales. Además, se le permite adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito, así como diferir su incautación. Debe poner a disposición de quien lo autorizó la investigación toda la información que vaya obteniendo, para su aportación al proceso.

El agente encubierto accede mediante el engaño, no solo al conocimiento de delitos cometidos en vías de preparación, sino también a todo un cúmulo de datos privados sobre las personas investigadas y su círculo de allegados. El derecho afectado, en estos casos, es la autodeterminación informativa, esto es, el derecho a elegir libremente al destinatario de la conversación y al testigo de la esfera privada.

La infiltración policial a través de un agente encubierto es, por tanto, un acto de investigación que limita, en determinada medida, derechos fundamentales. Su relevancia está, precisamente, en el hecho mismo de su secretismo y uso del engaño como método de investigación. Sin embargo, las investigaciones encubiertas ante delitos graves no pueden excluirse —no pueden sacrificarse por conveniencia (STEDH Texeira de Castro c. Portugal, párrafo 36, del 9 de junio de 1998)—, y están avaladas, desde el principio de proporcionalidad, por la STEDH Lüdi c. Zuiza, del 15 de junio de 1992, en cuya virtud quien sabe que comete un acto criminal debe soportar y asume la posibilidad de ser objeto de una investigación encubierta, de encontrar un funcionario policial encargado de desenmascararlo (párrafo 40).

B. Regulación legal

Como puede observarse, el art. 341 del NCPP precisa como requisito previo la existencia de una investigación relacionada a un caso de criminalidad organizada. El apartado 1) del art. 341 del NCPP limita la intervención de los agentes encubiertos a las "[...] *actividades propias de la delincuencia organizada*".

Para la lícita actuación de los agentes encubiertos-especiales se precisa de una previa autorización del fiscal encargado; se necesita una disposición, que a todos los efectos será reservada. Para hacerlo se requiere de "[...] *indicios de su comisión*", esto es, sospecha inicial simple. La autorización la proporciona el fiscal, y conocimiento y registro de la Fiscalía de la Nación. El plazo es de seis meses prorrogables por disposición motivada del fiscal de la investigación.

Si en el curso de la investigación resulta indispensable llevar a cabo medidas instrumentales limitativas de derechos fundamentales —entradas domiciliarias, intervención de las comunicaciones— se requerirá expresa autorización judicial.

El procedimiento vinculado a la designación y actuaciones del agente encubierto-especial es reservado.

C. Valoración

La información obtenida será puesta en conocimiento de la autoridad y será valorada "[...] *como corresponde*". La condición de su valoración está en la legalidad de la designación del agente encubierto y/o del agente especial, y en que no se hayan afectado de modo grave derechos fundamentales, a menos que se haya recabado la pertinente orden judicial habilitadora. La eficacia de los elementos de prueba que obtengan los agentes encubiertos quedará condicionada por el respeto a las garantías del proceso penal, esencialmente las de defensa procesal y presunción de inocencia. No tendrá eficacia si se hizo incurrir a un sospechoso en un "delito provocado". La misión de la policía es descubrir el delito no facilitar la comisión de otro delito, por lo que rige la regla *venire contra factum proprium*, en cuya virtud el Estado no puede castigar a aquel a quien él mismo, precisamente, ha inducido a llevar a cabo un hecho punible. El agente provocador es, precisamente, aquel que induce a otros, le genera la idea criminal, a cometer hechos punibles para, inmediatamente después, poder detenerlo.

La Ley no modifica las reglas generales de aportación y valoración de la declaración testifical del agente encubierto-especial en el juicio oral. Empero, existe una importante modificación en la normativa sobre protección de testigos. Se puede ocultar su identidad por resolución motivada, siempre que exista motivo razonable que haga temer que la revelación pondrá en peligro la vida, la integridad o la libertad del agente o de otra persona, o que justifique la posibilidad de continuar utilizando al agente policial o ciudadano. Por ello, cuando las partes soliciten conocer la identidad del testigo protegido, que al propio tiempo es agente encubierto-especial, ciertamente el órgano judicial tiene que revelar la identidad, pero la identidad falsa, nunca su verdadera.

El agente encubierto o el infiltrado pueden y deben declarar como testigo en el acto oral sometiéndose a las preguntas de las partes procesales —se le considera, por tanto, un medio de prueba—. Su identidad real, como se anotó, no debería ser develada, aunque sí su identidad supuesta —la que utilizó cuando se infiltró en la organización criminal— (y, agregamos, la propia condición de agente encubierto o Especial del testigo), lo que constituye una necesidad primaria para el correcto funcionamiento, o incluso para la propia existencia del Agente Encubierto. La STEDH Lüdi, del 15 de junio de 1992, no pone en cuestión que solo se conozca el nombre supuesto del agente encubierto —no su identidad real—, todo ello bajo el canon de la eficaz lucha contra el fenómeno criminal organizado [Gómez de Liaño Fonseca-Herrero]. Se exige, evidentemente, una resolución motivada del juez a fin de exprese las razones por los cuales se pone en peligro la vida o la seguridad del agente encubierto-especial, de lo contrario, la reserva de su identidad constituiría un daño a la defensa del imputado. Pese a ello, cierto sector de la doctrina considera que la no relevación de la identidad del agente merma el derecho de defensa de un imputado, pues en este tipo de testimonios no resultaría posible determinar si el agente —en calidad de testigo— guarda razones para no declarar objetivamente, si registra por ejemplo antecedentes por falso testimonio, o si simplemente estamos ante un testigo poco fiable. Debe considerarse que en la legislación peruana no se ha considerado un ámbito de protección o seguridad para el agente en caso su identidad sea develada en el juicio; un aspecto que sí ha sido considerado en la legislación colombiana (art. 31 CPP); sin embargo, podría incluirse ese aspecto en una modificación a la Ley Procesal Penal.

La apreciación —interpretación y valoración— de su testimonio no está sujeta a limitación ni especialidad alguna. La STSE del 14 de febrero de 1995 señaló que la testifical del infiltrado es otro factor importante a la hora de construir prueba de cargo, y que su credibilidad corresponde al correcto análisis lógico y de experiencia del juez, siendo del caso reconocer que la actuación del agente policial en la mecánica en cuestión se basa en el ya casi agotado espíritu de colaboración ciudadana por el que se constituyen métodos de averiguación del delito y de su autor, distintos de los habituales históricamente. El Tribunal debe tomar con cautela y prudencia su valoración, principalmente debido a que al estar declarando sobre lo que fue precisamente el desempeño de sus funciones específicas, el policía o el particular intentará narrar los hechos de tal forma que no quede duda en el desempeño de su función, pues ello lo afectaría de forma directa. Existe la probabilidad —que debe ser considerada por el Tribunal— de que la declaración del agente distorsione la real situación de los hechos o la forma en que ellos acontecieron, lo que puede significar una grave repercusión en la situación del imputado [Jauchen].

En definitiva, deben aplicarse las reglas comunes de valoración de un testigo en este casos, pues la sola declaración del agente no puede generar no tiene la entidad para fundamentar una condena, sino que debe estar rodeada de otros elementos objetivos (datos, testimonios, etc.) que le permitan al juzgador emitir una sentencia condenatoria en el caso específico.

Distinta es la figura del confidente. Su inadmisibilidad es obvia al no identificarse ni declarar en el plenario. Ello en modo alguno elimina la posibilidad de utilizar "fuentes confidenciales de información", siempre que se circunscriban exclusivamente como medios de investigación y no tengan acceso al proceso como prueba de cargo. Es, pues, solo un indicio procedimental, que no puede, por lo demás, utilizarse como dato directo y único para la adopción de medidas limitativas de derechos [RIVES SEVA].

El testimonio que también se rechaza es el del agente provocador, entendiéndose como tal a la persona —policía o civil— que hace incurrir en un delito a un tercero; él es la causa del delito. El delito provocado, por consiguiente, es aquel que llega a realizarse en virtud de la inducción engañosa de un agente que, deseando conocer la propensión al delito de una persona sospechosa y con la finalidad de constituir pruebas indubitables de un hecho delictivo, convence al presunto delincuente para que lleve a cabo la conducta que de su torcida inclinación se espera, simulando primero allanar y desembarazar el *iter criminis* y obstruyéndolo finalmente en el momento decisivo (STSE del 9 de octubre de 1987). Ello genera la impunidad de la conducta de quien realiza el delito provocado, y se erige en una condición de procedibilidad, deducible del Estado de Derecho —la provocación o inducción al delito está prohibida pues contraviene el principio de legalidad y de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos (STSE del 25 de enero del 2007)—, conforme a la cual se invalida todo el procedimiento en el que los agentes del Estado han actuado no para prevenir el delito, sino como instigadores de su comisión (STSE del 20 de octubre de 1997). Sin embargo, no debe calificarse como agente provocador cuando el agente ha actuado frente a una persona ya predispuesta a cometer el delito. En definitiva, si el delincuente ya tiene la predisposición para delinquir y el agente solo facilita los medios para la comisión del hecho, en consecuencia no se invalida la aportación del agente encubierto. Esta predisposición debe existir en el momento en que los agentes toman contacto con el imputado, no en un tiempo posterior (STSE 24/2007).

Cuestión distinta al agente provocador es la del agente descubridor del delito ya consumado. En este último caso el policía utiliza medios engañosos para descubrir la infracción cometida con anterioridad, generalmente de tracto

sucesivo —como, por ejemplo, en tráfico ilícito de drogas cuando el delincuente ya tiene la droga en su poder o tiene vínculos activos y estructurados para conseguirla—, cortando de esta forma su continuidad. No hay, en este supuesto, una situación inductora que juegue al margen de la ley procesal, o de las actuaciones de persecución que vulneran los límites legales y constitucionales. El agente no busca la comisión del delito, sino los medios, las formas o los canales por los que ese delito se desenvuelve, es decir, se pretende la obtención de pruebas en relación a una actividad criminal que ya se está produciendo pero de la que únicamente se abrigan sospechas (SSTE del 13 de mayo y del 8 de julio de 1999). Es irrelevante si el hecho que fundamenta la sospecha se encuentra en etapa de preparación o si ya ha superado el comienzo de ejecución, solo se requiere advertir que el delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente ya tenía decidido obrar en la forma en que lo hicieron. La decisión criminal del delincuente es libre y nace espontáneamente; la proposición parte del autor y sujeto activo del delito de que se trate, aunque lo haga en la creencia errónea de que otras personas estarían en disposición también de cometerlos de una u otra forma (STSE del 13 de febrero de 1996). El castigo se realiza por las actividades preexistentes a la actuación policial engañosa que sean constitutivas de delito y no, exclusivamente, por el acto provocado.

D. Exención de responsabilidad

Es posible que durante el desenvolvimiento de la operación el agente encubierto cometa hechos delictivos. En consecuencia, el apartado 6) del art. 341 del NCPP introduce una exención de responsabilidad, pero se debe tratar de delitos propios del desarrollo de la investigación, siempre y cuando sean consecuencia necesaria de la investigación, guarden la debida proporcionalidad con la finalidad de la misma no constituyan una inducción al delito.

3. Circulación y entrega vigilada

A. Definición

Es una medida concebida inicialmente para la lucha contra el tráfico ilícito de drogas (Convención de Viena del 20 de diciembre de 1988) y, luego, extendida a otros delitos graves, de carácter organizado, destinada a perseguirlos con eficacia. Por esta medida se permite, conforme al art. 340, inc. 1 del NCPP, que los bienes delictivos o remesas sigan su curso criminal sin que la autoridad intervenga, a pesar de conocer que el delito está teniendo lugar, hasta un momento ulterior con la finalidad de detener y desarticular el mayor número de

los elementos integrantes de la organización delictiva (STSE del 20 de marzo de 1996).

Lo que se pretende es que una serie de bienes delictivos, que en principio debían ser de inmediato intervenidos y detenidos quienes los tuvieran en su poder, circulen por territorio peruano o salgan o entre en él sin interferencia obstativa de la autoridad o sus agentes y bajo su vigilancia, con el fin de descubrir o identificar a las personas involucradas en la comisión de algún delito relativo a los expresamente fijados por la ley, así como también prestar auxilio a autoridades extranjeras con esos mismos fines. La intencionalidad legal es, entonces, simple: legitimar el seguimiento policial controlado de los bienes delictivos, para localizar su origen y destino y, con ello, a los responsables de las redes de producción o distribución.

En la doctrina se distingue hasta tres tipos de entrega vigilada: (*i*) entrega vigilada con sustitución o limpia, en donde las especies o bienes ilícitos originales que deben circular son sustituidos total o parcialmente por objetos o sustancias similares pero inocuos o lícitos; (*ii*) entrega vigilada interna que tiene lugar cuando la información sobre la remisión de especies ilícitas es obtenida por las autoridades del Estado de destino de las mismas; y, (*iii*) la entrega vigilada externa que se produce en los casos sobre la remisión y circulación de las especies ilícitas es recepcionada o producida por las autoridades del Estado en donde se origina el envío o por las autoridades de cualquier otro Estado por donde la remesa ilegal debe transitar hacia su lugar de destino.

Esta medida, entonces, debe ser considerada, en lo inmediato, como una exención de la obligación que incumbe a las autoridades policiales y fiscales de denunciar y perseguir los delitos presuntamente cometidos de los que tengan conocimiento. Además, tiene una finalidad indagatoria de modo inmediato y, también, de carácter probatoria en lo mediado por cuanto permite la adquisición y aseguramiento de fuentes de prueba a valorar por el juez una vez incorporadas debidamente al proceso [LÓPEZ YAGÜES].

B. Objeto

Se extiende a las remesas ilícitas o sospechosas de bienes delictivos. Según el apartado 4), los bienes delictivos son: drogas tóxicas y demás sustancias prohibidas, materias primas o insumos destinados a su elaboración, bienes y ganancias en el delito de lavado de activos, bienes relativos a los delitos aduaneros, y bienes, materiales, objetos y especies referentes a los delitos de extracción de bienes culturales, especies de la flora o fauna protegidas y de especies acuáticas, delitos monetarios, y de armas y explosivos.

C. Procedimiento

Esta medida la puede adoptar el fiscal, a cuyo efecto emitirá una disposición —la decisión debe ser específica de su objeto y finalidad—. Para su adopción rige el principio de proporcionalidad, debe tenerse en cuenta su necesidad o relevancia a los fines de la investigación en relación con las características del bien delictivo de que se trate, la importancia del delito y las posibilidades de vigilancia. Se trata de descubrir un delito cometido por una organización criminal, que se encuentra fuera del conocimiento de las autoridades.

D. Envíos postales

Cuando el bien delictivo se encuentre en envíos postales, el apartado 3) del citado art. 340 del NCPP estipula que la apertura o la sustitución de su contenido se realizarán respetándose las garantías judiciales (STCE 329/2004), excepto el requisito de la presencia del interesado —por razones obvias de eficacia de la entrega vigilada—. La intervención postal es aquella medida restrictiva del derecho al secreto de las comunicaciones postales decretada normalmente contra un investigado —emisor o receptor de la comunicación— [Guerrero Peralta].

El acto de apertura preliminar del envío postal se mantendrá en secreto hasta la culminación de las diligencias preliminares, pero puede prolongarse por quince días luego de formalizada la investigación preparatoria.

IV. PROBLEMAS PROBATORIOS

1. Del agente encubierto

A. Efectos probatorios

El objeto de la infiltración de un agente encubierto en la organización criminal, reside en el enjuiciamiento de los hechos punibles mantenidos por las acusaciones. La prueba para poder recibir la valoración del juez debe practicarse en el juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción e igualdad. Cabe excepcionar los supuestos de prueba preconstituida.

B. La ilicitud probatoria derivada de la infiltración

La idea de la prueba prohibida va íntimamente unida al momento crucial de obtención de la fuente de prueba, las vulneraciones son:

B.1. Violación a la intimidad

La sola integración y presencia del agente en el grupo criminal organizado, vulnera los derechos a la intimidad en el sentido amplio y estricto, siempre que el inicio de investigación encubierta venga marcado por las siguientes vicisitudes en la preceptiva autorización judicial, sobre la prueba resultante pesa una total prohibición de valoración. En este sentido, la infiltración practicada, en todo momento, sin contar con la obligada autorización judicial inicial; la infiltración ejecutada en un primer momento con autorización judicial, pero desarrollada en un segundo momento, tras el agotamiento del plazo de duración establecido por el órgano judicial, sin autorización de concesión de prórroga; autorización judicial inicial conferida sin respeto a las exigencias dimanantes del principio de prohibición de exceso, y ausente de una motivación suficiente; infiltración desenvuelta en su totalidad bajo la exclusiva autorización del Ministerio Público, sin haber procedido el fiscal a comunicar al juez de instrucción la adopción de la infiltración, en punto a satisfacer el principio de exclusividad jurisdiccional imperante en las medidas limitativas de derechos fundamentales [GIMENO].

Primer aspecto problemático: ¿Qué sucede si el Ministerio Público autoriza una investigación encubierta y tras el obligado control judicial —por tratarse de investigación que pueda vulnerar derechos fundamentales, que sobrevino con posterioridad— la autoridad penal decide revocar la infiltración permitida por el fiscal, qué acontece con lo investigado? En primer lugar debemos señalar que el fiscal es quien puede autorizar a miembros de la PNP mediante disposición a actuar como agente encubierto (art. 340, inc. 1 del NCPP). Sin embargo, cuando se estarían limitando derechos fundamentales se necesita la autorización del juez (art. 340, inc. 5 NCPP). En este caso, cuando las pruebas obtenidas descansen por razones de oportunidad, las pruebas conseguidas son válidas, pues durante ese periodo el fiscal estaba autorizado en virtud de la ley para adoptar la infiltración.

B.2. Violación del domicilio

Se debe considerar a la información lograda en virtud de la entrada del agente encubierto en un lugar privado o domicilio *ex constitutione*, sin contar con autorización judicial o sin concurrir flagrancia delictiva. En este caso, se puede decir que el legislador tan pronto proceda a regular expresamente el engaño de la infiltración como título legitimador del consentimiento viciado del titular para entrar en un domicilio, los resultados averiguados a raíz de las denominadas entradas por invitación constituirán una prueba perfectamente lícita.

B.3. Testimonial del agente encubierto

La normativa procesal de la infiltración no modifica, en modo alguno, las reglas generales sobre la aportación y valoración de la declaración testifical en el acto oral. La declaración del agente no ratificada, en forma alguna, en el juicio oral, tiene el valor de una denuncia y, por tanto, no constituye un medio de prueba sino, un objeto de actividad probatoria. Los hechos de desconocimiento propio del agente, han de ser aportados al juicio oral mediante la prueba testifical. En cualquier caso, la prueba para poder recibir la valoración del Tribunal ha de practicarse en juicio oral mediante lícitos medios de prueba y bajo los principios de inmediación, publicidad, contradicción e igualdad [GÓMEZ DE LIAÑO].

2. De las operaciones encubiertas

A. Definición

La Ley N.° 30077, del 20.8.2013, incorporó las denominadas "Operaciones Encubiertas" como un nuevo acto de investigación especial en el ámbito de la criminalidad organizada. El art. 341-A del NCPP identifica este acto de investigación especial como propio de la subfase de "diligencias preliminares", destinado a las tareas de identificación de personas naturales y jurídicas, de bienes y de actividades, en todos los casos, referidos o vinculados a la criminalidad organizada. Ese es su objeto.

Como se trata de un acto de investigación restrictivo de la garantía-derecho fundamental de defensa procesal, pues se realiza sin el conocimiento de los investigados, requiere que la policía nacional —que es el órgano ejecutor— sea autorizada, mediante una Disposición fundada, por el Ministerio Público.

Las actividades de averiguación policial importan, de un lado, la denominada "protección legal" —esto es, seguridad o custodia velada o subrepticia, de modo tal que no sea posible su identificación— de personas jurídicas, bienes en general, incluyendo títulos, derechos y otros de naturaleza intangible, al punto de requerir su sustitución; y, de otro lado, la creación específica de personas jurídicas ficticias y la modificación de personas jurídicas ya existentes, siempre en este último caso, como es obvio, que no afecten a terceros titulares de las mismas. Se trataría, entonces, de personas jurídicas ya creadas o sin funcionamiento u operatividad real y de personas jurídicas artificiales o simuladas, para que intervengan en el tráfico jurídico y, de ese modo, puedan permitir que se conozcan las actividades de otras personas jurídicas, las ocupaciones o funciones de individuos, los bienes comprometidos en su lógica delictiva y su *modus operandi*, al punto de que incluso realicen contratos o negocios jurídicos

con dichas personas morales o naturales para desentrañar la criminalidad de su conducta. Se trata, pues, de un acto de investigación indirecto. Por su intermedio, restringiendo el derecho de defensa y, parcial o limitadamente, el derecho de propiedad, se busca conocer la trama organizativa y funcional de concretas actividades delictivas del crimen organizado.

B. Procedimiento

Es el fiscal el órgano facultado para disponer la realización de operaciones encubiertas, mientras que la policía es el organismo calificado para su realización, sin que ello signifique la necesidad de las labores de superintendencia del Ministerio Público, que no el reemplazo o marginación de la Policía. La ley fija competencias específicas que no pueden ser alteradas por el fiscal instructor.

La Fiscalía debe emitir una disposición, con arreglo al art. 122, inc. 2 NCPP, pues al importar esta diligencia una restricción de una garantía-derecho fundamental se necesita de la respectiva motivación y su acomodación a los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad. La ley hace mención a la exigencia de indicios de criminalidad o de sospecha fundada —en el sentido de que existan algunos datos concretos que revelen la posibilidad cierta de la existencia de la comisión de delitos alrededor de la criminalidad organizada; y, como matriz imperativa de la afectación de un derecho fundamental, la medida se fundamentará –desde el principio de proporcionalidad— en la satisfacción de los subprincipios de idoneidad, necesidad y estricta proporcionalidad, en los ámbitos de una investigación correctamente iniciada y desarrollada por la Fiscalía y la Policía.

La autorización materia de la disposición fiscal debe inscribirse en un registro especial, conforme a lo estipulado y siguiendo lo consignado, en lo pertinente, en el apartado 2) del art. 341 del NCPP. Los resultados de la operación Encubierta no se agregan al expediente principal, sino en un "cuaderno secreto" —cuyas pautas deben reglamentarse por el fiscal de la Nación, pero ciertamente se agregarán los informes policiales respectivos, las actas levantadas y los hallazgos e incidencias producidas—, al que solo tendrán acceso los fiscales y los jueces competentes para el caso en concreto.

C. Valoración

La eficacia procesal del resultado de una operación encubierta está condicionada, primero, a la estricta legalidad del procedimiento jurídico de autorización —motivación de la disposición autoritativa y precisión de los actos encubiertos autorizados—; y, segundo, a que en su ejecución no se afecten derechos que

requieran de una autorización judicial expresa y no se lleven a cabo actuaciones no autorizadas. Si las fuentes de prueba son de obtención legítima —el hallazgo resultante de las diligencias encubiertas—, el elemento de prueba obtenido puede ser valorado libremente por el órgano jurisdiccional, y por ende constituir fundamento para una sentencia. Su exacto valor o peso, desde luego, estará en función a la información obtenida, a su calidad y a la pertinencia y relación con las demás pruebas de cargo.

3. De la circulación y entrega vigilada

A. Efectos probatorios

La circulación y entrega vigilada de bienes de origen delictivo constituye, una diligencia de investigación sumarial de la delincuencia limitativa de derechos fundamentales, que participa, en su caso, de la naturaleza jurídico procesal de acto de aseguramiento de la prueba apto para enervar la presunción de inocencia en el juicio oral, en tanto en su adopción y en su práctica vengan plenamente satisfechas las exigencias legales y constitucionales al respecto.

B. Prueba preconstituida originada a raíz de la investigación policial

Las diligencias policiales previas al proceso recogidas en los atestados carecen de valor probatorio alguno. Sin embargo, esta regla ha recibido matizaciones en relación con determinadas situaciones contenidas en el atestado que, respecto de las exigencias de la prueba preconstituida, constituyen una fuente de datos objetivos e irrepetibles.

C. Preconstitución de la prueba durante la fase de investigación

La intervención del juez, junto con la observancia del resto de exigencias formales, materiales y objetivas, convierte el acto de aseguramiento de la fuente de prueba, en un supuesto de prueba preconstituida, sobre la cual, el juez puede extender su absoluto conocimiento en la fundamentación de la sentencia.

D. Identificación y recogida del cuerpo del delito

La intervención del juez en la identificación y ocupación del cuerpo del delito preconstituye prueba sobre el delito de tráfico ilegal, que precisará de la lectura de documentos en el acto del juicio oral. Ergo, cuando la PNP certifica el contenido ilícito de las remesas en el atestado, preconstituye el hecho objetivo del delito pero resulta, de necesaria la ratificación y declaración testifical en el acto oral.

E. Extensión de los efectos reflejos de la prueba prohibida

La circulación y entrega vigilada configurará un acto de aseguramiento de la prueba que enerva la presunción de inocencia, no solo cuando se cumpla los requisitos de prueba preconstituida sino también en la disposición de la operación fuera observadas las exigencias legales. Los resultados de la circulación y entrega vigilada han de quedar excluidos de la apreciación en sentencia cuando la operación integre prueba ilícita. Aun cuando resulta factible que la diligencia de circulación vigilada conduzca a la adopción de otros medios de investigación, en verdad, la práctica acredita lo contrario. Normalmente, la disposición de una entrega controlada encuentra su razón de ser en la información obtenida a través de otras diligencias de investigación.

Si bien es cierto que el supuesto de hecho del cual parte la prueba prohibida en la circulación vigilada es frontalmente opuesto al caso de la prueba prohibida en materia de agentes encubiertos no lo es menos que la teoría refleja que residió los efectos de la prueba prohibida en el ámbito de los antes encubiertos, también ha de imperar en el ámbito de la circulación y entrega vigilada, como en cualquier otro análisis de la extensión de los efectos de la prueba prohibida.

4. De la prueba provocada y prueba trasladada

A. La prueba provocada

No es extraño que se alegue por los abogados defensores la provocación del delito, en los casos de tráfico de drogas. En este sentido, este item tiene como finalidad analizar el valor de la prueba provocada. La figura del agente provocador y el tratamiento del delito provocado son fuente una serie de problemas jurídico-penales y dogmáticos de difícil solución. Problemas que están relacionados con la responsabilidad de los provocadores o los provocados y, consecuentemente la eficacia o habilidad de la prueba así obtenida [Paz, Mendoza, Olle y Rodríguez]. Evidente es que por cuestiones de política criminal, así como de coherencia dogmática penal, es lícito el comportamiento provocador del delito por parte del agente provocador. En esta medida, es lógico formularse la interrogante de cuál es la utilidad que tienen, en el proceso penal, las pruebas que se desprenden de la actuación del agente provocador. Para considerar la licitud de la prueba se debe considerar: i) que la conducta provocadora tenga como fin inmediato que el autor provocado sea castigado precisamente a causa de ese hecho, ii) que el agente provocador no tenga la voluntad de consumación del delito y iii) que tal ausencia de voluntad se debe manifestar externamente mediante la toma de las medidas necesarias para neutralizar la acción del autor provocado.

En esta medida, solo será prohibida la prueba obtenida por provocación del delito solo si las consideraciones antes expuestas no concurran o no se cumplan [Pérez Arroyo].

A.1. Agente provocador

La conducta del agente está destinada al descubrimiento de delitos que se han cometido o se cometerán. En este sentido, el agente provocador no busca cometer un delito, por el contrario, busca los medios, las formas o lo canales necesarios para la obtención de pruebas en relación a una determinada actividad criminal. Por lo tanto, de ninguna forma el agente provocador es quien estimula la comisión del delito, sino que genera la prueba de la realización del hecho punible [Gómez de Liaño]. En Alemania el agente provocador es denominado *Sheinaufkäufer* (falso comprador) como muestra de su incidencia frecuente en el tráfico ilícito de drogas. En efecto, el agente provocador utiliza medios engañosos, fingiendo intenciones irreales de adquirir, como por ejemplo, una sustancia estupefaciente; empero no origina un delito, sino que descubre un ilícito cometido con anterioridad. En este caso, el policía, como agente provocador, se encuentra dentro de los límites de sus facultades en tanto en cuanto ejecuta esa labor en el ejercicio de sus facultades de averiguación del delito y descubrimiento del delincuente. De esta manera, el comportamiento del agente provocador es lícito y la prueba obtenida válida para su valoración en el juicio oral, así como capaz de enervar la presunción de inocencia. En este caso, el hecho de ocultar la condición de agente provocador es solo un recurso a la astucia como una forma de investigar, que de ninguna manera vulnera derechos fundamentales [Gómez de Liaño]. Sin embargo, determinados actos del agente provocador pueden conllevar una limitación de derechos y precisar, por ello, de autorización judicial [Gómez de Liaño].

El agente provocador es la persona que determina la consumación del ilícito, hace que otra persona incurra en un delito que probablemente no pensaba realizar con anterioridad. Para ello es necesario que mantenga contacto permanente con la persona que inducirá al delito o simple trato de manera ocasional. En síntesis, hay provocación en todos aquellos supuestos en los cuales el agente provoca la consumación de un delito que el inducido no planeó con anterioridad cometer [Casación N.° 13-2011. En: Alva y Sánchez].

A.2. El delito provocado

El delito provocado aparece, como consecuencia de la actividad de un agente o colaborador de la PNP o un ciudadano, que guiado por la intención de detener a los sospechosos incita a perpetrar la infracción a quién no tenía previamente el propósito de delinquir. La distinción entre delito provocado y

agente provocador se pone de manifiesto en la incidencia sobre la persona que no tenía intención de delinquir, pero lo hace a iniciativa de un agente, esto es, se induce a un tercero a la ejecución de un delito que de otro modo no realizaría. El resultado alcanzado a través de la provocación delictiva recibe el nombre de delito provocado. Es de precisar que la provocación delictiva constituye un estadio superior a la simple investigación policial y prueba de ello es que el delito provocado puede tener su origen en una previa actuación de un agente encubierto. La verdadera causa de la actividad criminal nace viciada, pues el sujeto instigador del delito controla todo el *iter criminis* desde la fase de ideación hasta la de ejecución. El delito no existe más que en apariencia, al no concurrir riesgo alguno para el bien jurídico, como consecuencia del control, que sobre los hechos y las consecuencias, tiene el agente o colaboradores. El delito provocado, tanto desde el derecho penal material —imposibilidad de su producción—, como desde los derechos constitucionales —en tanto no es posible aceptar que un Estado se dedique a provocar delitos——, y hasta la ilícita obtención de la prueba debe considerarse irrelevante, procesalmente inexistente, y, en todo caso, impune [Gómez de Liaño].

El delito provocado exige, pues, que la provocación surja del agente provocador, de tal manera que se instigue a cometer un delito a quien inicialmente no tenía tal propósito, de este modo surge en el agente todo el *iter criminis* —desde la fase de ideación o deliberación a la de ejecución del delito—, como consecuencia de la iniciativa y comportamiento del provocador, por ello la actividad criminal nace viciada. El agente provocador cuando instiga a otro a cometer un delito no lo hace con el fin de lesionar o poner en peligro el bien jurídico tutelado, sino con el propósito de que el provocado se haga merecedor de una sanción. En nuestro ordenamiento no es admisible realizar mecanismos para tentar a las personas a cometer hechos delictivos, y menos provocar su consumación en circunstancias en que la persona inducida no se había planteado esta posibilidad. Las personas no pueden válidamente inducir a otra persona a cometer un determinado delito [Casación N.° 13-2011. En: Alva / Sánchez].

En suma, el delito provocado es aquel que llega a realizarse en virtud en virtud de la inducción engañosa de una determinada persona que desea la detención de sospechosos y con la finalidad de construir indubitables de un hecho criminal, incita o convence a perpetrar la infracción a quien previamente no tenía tal propósito [Paz, Mendoza, Olle y Rodríguez].

B. La prueba trasladada

Es aquella que se admite y se practica en otro proceso y que es presentada en copia certificada por el auxiliar jurisdiccional respectivo. El fundamento de

la validez de una prueba de un proceso en otro radica en la unidad de la jurisdicción. En efecto, debido a la unidad de la jurisdicción, las pruebas actuadas en otras jurisdicciones pueden ser trasladadas al proceso civil. El único límite es que haya sido pública y controvertida por las partes contra quien se aduce [LEDESMA]. Las pruebas de otro juicio pueden ser válidas si en el anterior proceso, la parte ha tenido la posibilidad de hacer valer contra ellas todos los medios de verificación y de impugnación que la ley otorga en el juicio en que se produjeron [COUTURE]. Lo expuesto demuestra que en el proceso civil se pueden incorporar pruebas actuadas en procesos de otras especialidades: penal, laboral, entre otros. Sin embargo, en el proceso penal solo se pueden incorporar pruebas actuadas en otros procesos penales.

Es de precisar que el NCPP del 2004 no dice nada respecto a la prueba trasladada; sin embargo, la Ley N.° 30077, del 20 de agosto del 2013, en su art. 20 incorpora la prueba trasladada, figura que por cierto es reconocida en el art. 261 del CPP. Los supuestos legales de la incorporación de actuaciones probatorias procedentes del proceso fuente son dos: (*i*) Que provenga de otro proceso penal, y (*ii*) Que el proceso receptor o el proceso fuente se refieran a delitos perpetrados por miembros de una organización criminal —en este extremo difiere del art. 261 del CPP, pues en el acotado artículo se consignada también a la asociación ilícita—. Los requisitos legales de la prueba trasladada se configuran o califican en función del proceso fuente, esto es, del que se obtendrá la actuación probatoria para incorporarla al proceso en curso.

Por tanto, desde el proceso fuente, por imperio de la norma, debe calificarse las actuaciones que podrán ser aportadas. La norma hace mención a las pruebas admitidas y practicadas ante el juez o Sala Penal, las cuales podrán ser utilizadas o valoradas en otro proceso penal. En consecuencia, lo que puede calificarse de testimonial, pericia, documentos, etc., está en función de la causa y no de la causa receptora. Es obvio que desde el proceso receptor esas actuaciones constituirán prueba documental oficial, de ahí que la calificación realizada por la norma procesal solo tiene sentido si se toma como referencia el proceso fuente. En este sentido, la norma, antes que ampliar las posibilidades de contar con fuentes y medios de prueba procedentes de otras causas, traza límite a su utilización, que como tal debe interpretarse restrictivamente. En principio no existen límites internos al traslado probatorio en el caso de dictámenes periciales oficiales, informes y prueba documental. Así lo autoriza la Ley N.° 30077, en su art. 20, inc. 2.

En cambio existen límites para las demás actuaciones probatorias, entre ellas la prueba personal y las diligencias objetivas e irreproducibles. Se requiere que

el traslado resulte indispensable debido a que en el proceso relector la actuación de las referidas pruebas sea de imposible consecución o difícil reproducción por riesgo de pérdidas de la fuente de prueba o de amenaza para un órgano de prueba. Lo que supone acreditar la existencia de un motivo razonable que impida la actuación de la prueba en el proceso receptor. El límite tendría como fundamento que la declaración de un testigo que no compareció en el plenario impide al juez escuchar y ver, conforme al principio de inmediación, y a las partes someterlas a la pertinente contradicción. En síntesis, la declaración de un testigo en otro proceso no ofrecida en el proceso receptor como testigo ni que esté acreditada una causal de ausencia insubsanable de su parte, no pude ser utilizar (Exp. N.° 19-2001: Caso Fujimori).

Es de precisar que: *(i)* 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, respectando las reglas de la sana crítica, la lógica, las máximas de la experiencia y los conocimientos científicos. *(ii)* La prueba trasladada debe ser incorporada válidamente al proceso, de manera que deben respetarse las garantías procesales establecidas en la constitución. *(iii)* 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.

V. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN

1. Aspectos generales

La Ley N.° 30077 cambia el *nomen iuris* de la institución, pues el NCPP las rotula actos especiales de investigación. Además, confunde un acto especial de investigación con una medida instrumental restrictiva de derechos. En efecto, tienen el carácter de actos especiales de investigación: a) el agente encubierto, b) la circulación y entrega vigilada de bienes, c) las acciones de seguimiento y vigilancia, y d) la información de confidencial por las personas naturales y morales, públicas o privadas. En cambio son medidas de búsqueda y restricción de derechos: a) el control de comunicaciones, b) la interceptación postal, c) El levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, y d) la incautación.

En ambos casos se trata, genéricamente, de medidas que de uno u otro modo, limitan derechos fundamentales materiales, pero las primeras son actos directos de investigación —que buscan elementos de información válidos y útiles— con un contenido funcional específico de propender a esclarecer y descubrir hechos; y, las restantes son actos de investigación indirectos que levantan obstáculos de carácter constitucional para obtener información relevante.

2. Aspectos diferenciales

Lo destacable en materia de crimen organizado es que el control de comunicaciones, la interceptación postal, la circulación y entrega vigilada de bienes, el agente encubierto, las acciones de seguimiento y vigilancia, y la obtención de información confidencial, cuando corresponda la autorización judicial, esta se dicta sin trámite alguno en el plazo de 24 horas—se dice, equivocadamente, "término"—. En el caso de "medidas limitativas de derechos", el levantamiento del secreto y la reserva se dicta por el JIP reservadamente y trámite alguno, así como la incautación de bienes (art. 203, inc. 2 NCPP). La audiencia es optativa (art. 203, inc. 3 del NCPP), salvo las de reexamen.

De otro lado, para el caso de la incautación de bienes, la Policía no necesita orden fiscal o judicial en casos de flagrancia o peligro inminente de su perpetración; tampoco —esa es la novedad— resolución confirmatoria judicial.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alva Monge, Pedro José y Alexander Germán Sánchez Torres, *Las casaciones penales en el Perú*, t. II, Lima: Jurista editores, 2015.

Bernal Cuellar, Jaime y Eduardo Montealegre Lynett, *El proceso penal*, t. II, 6.ª edición, Universidad Externado de Colombia, Bogotá: 2013.

Fernando Vaggione, Luiz y RodrigoMansour Magalhaes da Silva, "Crime organizado no Peru", en *Crimen organizado aspectos processuais, revista dos tribunais*, Sao Paulo: 2009.

Figueroa Navarro, Aldo, "Estrategias de control de la corrupción asociada al crimen organizado", en: *Libro homenaje al profesor José Hurtado Pozo: el penalista de dos mundos*, Lima: Idemsa, 2013.

Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho procesal penal*, 2.ª ed., Madrid: Editorial Colex, 2007.

Gómez de Liaño, Fernando, *El proceso penal*, Oviedo: Fórum, 1996.

Jauchen, Eduardo, *Tratado de derecho procesal penal*, t. II, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2012.

Rives Seva, Antonio Pablo, *La prueba en el proceso penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo*, 5.ª ed., T. II, Cizur Menor: Aranzadi, 2012.

Roxin, Claus, *Derecho procesal penal*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000.

Perez Arroyo, Miguel, *Derecho penal y derecho procesal penal contemporáneo*, San José: Editorial Jurídica Continental, 2014.

Prado Saldarriaga, Víctor, *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Lima: Idemsa, 2013.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, *La cuestión criminal*, 3.ª ed., Buenos Aires: Planeta, 2012.

EL PROCESO DE PÉRDIDA DE DOMINIO EN EL MARCO DE LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

ROBERTO CÁCERES JULCA

SUMARIO: I. Consideraciones generales sobre la Ley N.° 30077, Ley contra el crimen organizado. II. El proceso de pérdida de dominio en el marco de la ley contra el crimen organizado. 1. Características del proceso de pérdida de dominio. III. Supuestos para demandar pérdida de dominio. 1. Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal. 2. Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito. 3. Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción. 4. Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad. IV. Inadmisibilidad e improcedencia de la demanda de pérdida de dominio. 1. Supuestos de inadmisibilidad de la demanda de pérdida de dominio. 2. Supuestos de improcedencia de la demanda de pérdida de dominio.

I. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA LEY N.° 30077, LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

El legislador peruano ha promulgado la Ley N.° 30077, Ley contra el Crimen Organizado, publicada el 20 de agosto del 2013 en el diario oficial *El Peruano*. Se trata de una norma que tiene un tratamiento integral que fija las reglas y los procedimientos relativos a la investigación, actividad probatoria, juzgamiento, sanción y consecuencias jurídicas aplicables a los involucrados en estos delitos y, a los terceros que ostenten bienes relacionados con el delito o con la persona procesada o condenada por alguno de los delitos cometidos por organizaciones criminales previstos en la Ley N.° 30077.

La sistematización de la Ley contra el Crimen Organizado consta de treinta artículos, tres títulos, tres disposiciones complementarias finales, cuatro

disposiciones complementarias transitorias, seis disposiciones complementarias Modificatorias y una disposición complementaria derogatoria. Sobre esta base se sostiene que la Ley N.° 30077, en realidad, es un paquete legislativo de carácter integral y especial.

El carácter integral se denota del contenido mismo de la Ley que aborda como indicamos todos los ámbitos posibles del proceso penal contenidos en la Ley contra el crimen organizado o que se remiten a normas supletorias para la búsqueda de información, sistematización y el posterior análisis y evaluación de la información que conforman los hechos antecedentes, concurrentes y consecuentes a efectos de hacer efectivo la persecución, enjuiciamiento y las consecuencias accesorias que recaigan sobre personas y bienes involucradas en estos delitos.

La norma tiene una naturaleza especial porque si bien erige como marco procesal las normas y reglas previstas en el NCPP del 2004, conforme se indica en el artículo 4 de la Ley N.° 30077, también incorpora otras normas como el Decreto Legislativo N.° 992, el Decreto Legislativo N.° 1104, Ley de Pérdida de Dominio, su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.° 010-2007-JUS y la modificatoria de su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 012-2007-JUS. El Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio y el Decreto Supremo N.° 093-2012-PCM- Reglamento del Decreto Legislativo N.° 1104.

Es a su vez especial porque incorpora como herramienta aplicativa de la Ley contra el crimen organizado, la Ley N.° 27697, Ley que otorga facultad al Fiscal para la intervención y control de comunicaciones y documentos privados en caso excepcional, norma cuya aplicabilidad es utilizada en el contexto de procesos bajo el CdPP, en vez de utilizar las normas del NCPP del 2004, en otros casos, como ocurren con el Decreto Legislativo 861, Ley del Mercado de Valores, se remite a norma de contenido extra penal para incorporar al bagaje de instrumentos que permitan identificar movimientos, operaciones bursátiles o cualquier otro tipo de información económico-financiera.

II. EL PROCESO DE PÉRDIDA DE DOMINIO EN EL MARCO DE LA LEY CONTRA EL CRIMEN ORGANIZADO

El proceso de Pérdida de Dominio o extinción de la propiedad o posesión, es un mecanismo procesal cuya consecuencia es la pérdida por parte del titular a favor del Estado del derecho a la propiedad o la posesión a través de una resolución judicial firme.

Se trata de un proceso porque prevé un conjunto de actos procesales programáticos, mediante los cuales la pretensión de pérdida de dominio procede, desde el momento en que se inicia los actos de investigación, pasando por la presentación de la demanda y la consecuente resolución final, existe un conjunto de actos procedimentales que fijan la competencia del fiscal, juez y procurador público, los plazos de los actos procesales y la forma en que la partes debe proceder, así como el modo de formalizar el procedimiento de pérdida de dominio.

Los antecedentes del proceso de pérdida de dominio se encuentran en la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas (Viena, 1988), el Convenio sobre blanqueo, detención, embargo y confiscación de los productos de un delito (Estrasburgo, 1990), la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Palermo, 2000) y la Ley N.° 793 del 27 de diciembre del 2002 promulgada por el Congreso de la Republica de Colombia que establece las reglas que gobiernan la extinción de dominio.

El Decreto Legislativo N.° 992 de fecha 21 de julio del 2007crea el proceso de pérdida de dominio, el mismo que fue modificado por el Decreto Legislativo N.° 1104 de fecha 19 de abril del 2012 y complementada por su Reglamento aprobado por el Decreto Supremo N.° 093-2012-PCM de fecha 8 de setiembre del 2012.

La Ley N.° 30077, Ley contra el crimen organizado, incorpora en el artículo 18 al Decreto Legislativo N.° 1104-Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio como una herramienta aplicativa para excluir el patrimonio adquirido ilícitamente como producto, consecuencia o por estar relacionado con algunos de los delitos previstos en la Ley de crimen organizado.

El artículo 2.1 del Decreto Legislativo N.° 1104 define la Pérdida de Dominio como: "*La pérdida de dominio es una consecuencia jurídico-patrimonial* a través de la cual se declara la titularidad de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias del delito a favor del Estado por sentencia de la autoridad jurisdiccional, mediante un debido proceso". El término "dominio" debe ser entendido como propiedad o posesión de objetos, instrumentos, efectos y ganancias de bienes materiales o inmateriales.[1] El artículo 2.2 del Decreto Legislativo N.° 1104 limitaba el proceso de pérdida de dominio: "[...] cuando se trate de objetos, instrumentos efectos o ganancias de los siguientes delitos: tráfico ilícito

1 "Llamó la atención la elección del sustantivo dominio, que no goza de legitimidad de uso en la Constitución Política y que más bien hace alusión a unas de las emanaciones inherentes al derecho de propiedad". ROJAS VARGAS, Fidel, "La nueva Ley de Pérdida de dominio", en *Revista Jus Doctrina & Practica*, N.° 4, Lima: abril 2008, p. 10.

de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado".

La Ley de pérdida de dominio crea un supuesto de extinción de la propiedad y de la posesión, toda vez que agrega a los supuestos de extinción de la propiedad regulados constitucionalmente, tales como la expropiación[2], la muerte o la enajenación, la resolución judicial firme que declare la perdida de dominio y la extinción de los derechos y/o títulos de bienes principales o accesorios.

El proceso de Pérdida de Dominio establece una regla de distinción entre aquellos bienes adquiridos lícitamente, de aquellos otros cuya ilicitud surge de su relación con personas y circunstancias relacionados con delitos de crimen organizado, esta distinción resuelve la antinomia que surge del artículo 70 de la Carta Magna que expresa: "El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejercer en armonía con el bien común y dentro de los límites de la ley".

La propiedad confiere al titular los siguientes derechos:

- La de usar el bien, es decir, destinar el bien a objetos acordes con su naturaleza.
- Le permite disponer de los frutos y productos que el bien produce.
- Le permite disponer del bien. Esto a su vez le confiere la potestad de destruir, modificar o cambiar el bien o de enajenar el mismo.
- La propiedad permite la perpetuidad de la titularidad del bien, mientras exista y no se extinga por su uso o por causales establecidas en la ley.

El derecho a la propiedad requiere ser interpretado de manera sistemática. Esto implica un análisis ponderativo externo e interno. La ponderación interna exige que se defina el contenido, alcances y finalidad de aquellos ámbitos protegidos por el derecho a la propiedad: bienes inmuebles (artículo 885 del Código Civil) y/o muebles (artículo 886 del Código Civil) sobre los cuales se ejercen derechos.

La ponderación externa supone contrastar el concepto "derecho de propiedad es inviolable", con las normas que definen que se entiende por "dentro de los límites de la ley", esto implica, confrontar las disposiciones relativas a bienes

---

La expropiación es el ejercicio de la potestad del Estado social de derecho, de quitar la propiedad individual sobre un determinado bien en beneficio del interés colectivo, siempre que se cumpla con los presupuestos constitucionales prescritos en ella. Así la expropiación supone el reconocimiento que hace el Estado de que el afectado es titular de un derecho y justamente por eso, la Carta Magna exige su resarcimiento.

o valores jurídicos cuya preservación y mantenimiento tienen prevalencia o son definitorios en cuanto delimitan con mayor especificación, situaciones concretas sobre las que se construya el sentido y aspecto material de la norma.

Una de las disposiciones a partir de las que se interpreta el artículo 70 de la Constitución es la Ley de Pérdida de Dominio, la cual establece una limitación al derecho de propiedad, por lo que no puede ser ejercitado de manera absoluta, si entra en colisión con otros derechos o se opone a las formas permitidas de adquisición previstas por la ley.

De este se desprende que la Constitución solo ampara el derecho de propiedad y por ende el de posesión como derivación extensiva del primero[3] que tenga un origen lícito, por lo que el derecho de propiedad garantizado no es arbitrario, sino que está limitado en su ejercicio a objetivos sociales por un lado y por el otro a que la adquisición del bien sea producto de los recursos adquiridos bajo formas prescritas por la ley.

En síntesis, el derecho de propiedad es un derecho fundamental[4], su protección constitucional no es absoluta, toda vez que su ejercicio tiene un límite extrínseco, ello en razón de la necesidad de proteger o preservar otros bienes, valores o derechos constitucionales, que en el presente caso se trataría del bien común y los parámetros que ley civil permite. Así lo ha expresado el Tribunal Constitucional cuando señala que "[...] como en múltiples oportunidades se ha resaltado, los derechos fundamentales y, entre ellos, el derecho de propiedad no tiene carácter absoluto [...]".[5]

Así no hay no hay espacio para el ejercicio arbitrario de los derechos, pues el ejercicio del derecho de propiedad o de posesión debe estar matizado por las razones sociales y los intereses generales, pues una sociedad cimentada en un Estado de derecho se sustenta en prácticas sociales coherentes con esos fundamentos, solo así es posible asegurar un orden justo, en el que la adquisición de patrimonios sea producto del trabajo honesto, en contrasentido el Estado, ejercita

3 "Que el derecho de posesión [...] es una derivación extensiva del derecho de propiedad [...]". Tribunal Constitucional, *Expediente N.° 198-96-AA/TC*, Lima: 15 de octubre de 1997.

4 "Los derechos constitucionales de las personas son el fundamento y límite del poder punitivo del Estado. Fundamento, porque el *ius punendi* debe estar orientado a hacer efectivos esos derechos y valores constitucionales. Y límite, porque la política criminal del Estado no puede desconocer los derechos y la dignidad de las personas". Corte Constitucional de Colombia, *Sentencia C-038/95*, Bogotá: 8 de mayo de 1995. f. j. n.° 4.

5 Tribunal Constitucional, *Expediente N.° 2727-2002-AA/TC*, Lima: 3 de mayo del 2002.

todo su poder coercitivo contra aquellos que pretenden adquirir patrimonios o los han adquirido como producto de actividades ilícitas, en las que priman intereses egoístas sobre los intereses generales de la sociedad.

Las consecuencias jurídico-patrimonial es que establece la Ley de Pérdida de Dominio surgen de la conexión que media entre la realización de uno de los delitos previstos en la Ley N.° 30077 y la pérdida de los derechos patrimoniales de las personas que detentan bienes que constituyan instrumentos, efectos, ganancias ilegales y acciones provenientes o relacionadas con delitos de crimen organizado.

El artículo 3 de la Ley N.° 30077 establece una lista de delitos que son considerados como de criminalidad organizada, estos son: homicidio calificado (art. 108 del CP), secuestro (art. 152 del CP), trata de personas (art. 153 del CP), violación al secreto a las comunicaciones (art. 162 del CP), delitos contra el patrimonio (arts. 186, 189, 195, 196- A y 197 del CP), pornografía infantil (art. 183-A del CP), extorsión (art. 200 del CP), usurpación (arts. 202 y 204 del CP), Delitos informáticos (arts. 207-B y 207-C del CP), contra la propiedad industrial (art. 222 del CP), delitos monetarios (arts. 252, 253 y 254 del CP), tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos (arts. 279, 279-A, 279-B, 279-C, y 279-D del CP), tráfico ilícito de drogas (Sección Segunda del Capítulo II del Título XI del Libro Segundo del CP), tráfico de inmigrantes (art. 303-A, 303-B del CP), delitos ambientales (art. 310-A, 310-B, 310-C del CP), marcaje o reglaje (art. 317-A del CP), genocidio, desaparición forzada y o tortura (arts. 319, 320 y 321 del CP), delitos contra la Administración pública (arts. 382, 383, 384, 387, 393, 399, 400 y 401 del CP), falsificación de documentos (art. 427 del CP) y lavado de activos (arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo N.° 1106).

La pérdida de dominio es la respuesta que el ordenamiento jurídico impone ante la comisión de un delito y consiste en la privación del derecho a la propiedad que tiene el autor, partícipe o tercero que no pueda acreditar buena fe de aquellos objetos, instrumentos, efectos, ganancias ilegales y acciones en agravio del Estado.

La pérdida de la titularidad de la propiedad es una consecuencia jurídica lógica del delito, en tanto, es producto del ejercicio de una actividad ilegal. La consecuencia jurídica de la pérdida del derecho a la propiedad requiere de un proceso, cuya naturaleza no es penal ni civil en estricto, aunque incorpora regulación procesal compatible con ambas. Es por ello que la ley se refiere a que *la pérdida de dominio constituye una regulación de orden procesal*, que busca el que se legitime el patrimonio obtenido ilícitamente.

Esta consecuencia jurídica no tiene como pasa con la pena, un fin preventivo o resocializador, sino un fin sancionatorio, que se consigue con la perdida de todo derecho patrimonial sobre los bienes muebles o inmuebles sobre los cuales se declare la pérdida de domino.

Tiene naturaleza sancionatoria, en tanto, es la retribución que el Estado impone a quien adquiera bienes, ganancias o cualquier producto sean provenientes de la infracción penal. No genera para el tercero de buena fe responsabilidad penal o consecuencia jurídica patrimonial.

1. Características del proceso de pérdida de dominio

El proceso de pérdida de dominio tiene las siguientes características:

A) **Es autónomo**. Porque se trata de una acción independiente tanto del *ius puniendi* del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público.

B) **Es público**. Es una acción pública porque el ordenamiento jurídico solo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto. Por ello, el Estado y la comunidad entera alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social.

C) **Es objetivo**. Es una acción que se sustenta en hechos y medios de prueba, excluye por tanto, la suposición, la presunción simple o la incertidumbre.

D) **Reconoce la firmeza del título del tercero de buena fe y a título oneroso**. El artículo 3 literal a) del Decreto Legislativo N.° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio, permite que los terceros de buena fe que a título oneroso adquieran bienes de terceros pueden oponerse al proceso de pérdida de dominio.

Las características que se resaltan son:

i) Debe de haber buena fe en la adquisición del bien. La buena fe requiere el ignorar la inexactitud de lo que señala el registro público, de este modo, solo podrá alegar buena fe aquel que desconocía que sobre el bien recaía una anotación de embargo, anotación de demanda, etc.

ii) Asimismo "quien dese alegar la mala fe del adquiriente, debe probar que este conocía sobre la falta de titularidad y poder de disposición del transmitente o bien, sobre la posesión de hecho a título de dueño por persona distinta del transmitente. [...]En cuanto al momento en que debe ser exigible la buena fe, no hay duda en que esta debe aparecer en el instante de la adquisición del tercero; tal es lo dispuesto por el artículo 2014 del Código Civil. [...] Por tanto, solo cabría hablar de buena fe cuando media inscripción del derecho del adquiriente. Antes no se constituye en tercero registral, por cuanto no ha inscrito su derecho".[6]

iii) El bien debe ser adquirido por un tercero. El tercero es aquel que no es parte en el proceso penal por algún delito de crimen organizado o no ha celebrado contrato para adquirir un bien con una persona procesada por alguno de los delitos en el artículo 3 de la Ley N.° 30077. La calidad de tercero también se refiere a la inexistencia de parentesco por consanguinidad, afinidad o derivados de uniones de hechos que adquieran por cualquier modalidad bienes, objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos.

- ***Parentesco por consanguineidad.*** El artículo 236 del Código Civil señala que: "El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de las generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles solo hasta el cuarto grado".

  Esto implica que no puede ser tercero de buena fe aquel que tenga una relación que llegue hasta el cuarto grado con la persona a quien le compró los bienes, objetos, instrumentos, cuyos efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos o con cualquiera de los posibles compradores de buena fe, que como

6 GUEVARA MANRIQUE, Rubén y Rubén GUEVARA BRINGAS, *La fe pública registral: ¿Cómo nos beneficia?,* Lima: Editorial Grafica Horizonte, 1999, pp. 7 y 8.

producto de tracto sucesivo aparezcan en el tiempo desde que el bien se encuentra relacionado con alguno de los delitos previstos en el artículo 3 de la Ley Contra el Crimen organizado.

- ***Parentesco por afinidad.*** El artículo 237 del Código Civil señala: "El matrimonio produce parentesco de afinidad entre cada uno de los cónyuges con los parientes consanguíneos del otro. Cada cónyuge se halla en igual línea y grado de parentesco por afinidad que el otro por consanguineidad. La afinidad en línea recta no acaba por la disolución del matrimonio que la produce. Subsiste la afinidad en el segundo grado de línea colateral en caso de divorcio y mientras viva el ex cónyuge".

  Bajo lo previsto por el artículo 237 del Código Civil no puede alegar la calidad de terceros de buena fe en un proceso de pérdida de dominio aquellos vinculados por afinidad.

- ***Uniones de hecho.*** El artículo 326 del Código Civil señala: "La unión de hecho, voluntariamente realizada y mantenida por un varón y una mujer, libres de impedimento matrimonial, para alcanzar finalidades y cumplir deberes semejantes a los del matrimonio, origina una sociedad de bienes que se sujeta al régimen de sociedad de gananciales, en cuanto fuera aplicable, siempre que dicha unión haya durado por lo menos dos años continuos".

  La unión de hecho para efectos jurídicos es análoga al parentesco por afinidad que produce el matrimonio, por lo que no puede invocar ser tercero de buena fe en un proceso de pérdida de dominio aquel que tenga los mismos grados de parentesco aplicables para el caso de los cónyuges.

- ***Los testaferros.*** La regla de experiencia nos indica que se presentan casos, en que en el curso de un proceso penal anterior o en curso se estable que existen bienes que están a nombre de testaferros de una persona involucrado en alguno de los delitos de crimen organizado. En tales casos la buena fe se pierde, de manera que el tercero debe acreditar que no tiene la condición de testaferro.

iv) La adquisición del bien debe ser a título oneroso. "La onerosidad de la prestación es otro de los requisitos necesarios para la eficacia del principio de la fe pública registral. La trasferencia del dere-

cho debe ser la derivación de un acto jurídico con prestaciones reciprocas"[7].

El tercero debe adquirir el bien a título oneroso. Para ello debe acreditar los recursos con los que adquirió el bien, ya sea con recursos propios, un crédito bancario, o cualquier otro medio legítimo; no se admite alegar que se adquirió el patrimonio a título gratuito, ya sea bajo las modalidades de herencia, anticipo de la misma, tercio de libre disposición, donación, prescripción adquisitiva o cualquier otra modalidad que no comporte el haber pagado en su integridad en valor del bien.

"En cuanto a la adquisición hecha por medio de la usucapión, es menester indicar que dicha figura no esta sujeta al calificativo de oneroso o gratuito. Por tal razón, quien adquiere por usucapión e inscribe su derecho no encuentra protección registral. El usucapiente que inscribe su derecho lo encuentra protegido por lo dispuesto en el artículo 2013 y especialmente, por el 952 del Código Civil"[8].

Incurrir en algunas de estas causales presume la mala fe del adquiriente. Igual consecuencia siguen aquellas adquisiciones que han sido realizadas por un tercero no vinculado de modo alguno con el investigado procesado por crimen organizado, pero han adquirido bienes embargados a personas investigadas o procesadas por delitos comprendidos en la Ley de Crimen Organizado.

E) **Es jurisdiccional**. Es una acción jurisdiccional porque tiene que ser declarado por un juez penal, en un procedimiento en que se establece la ilegitimidad del dominio ejercido sobre unos bienes, corresponde a un típico acto jurisdiccional del Estado y, por lo mismo, la declaración de pérdida de dominio está rodeada de garantías como la sujeción a la Constitución y a la ley y la autonomía, independencia e imparcialidad de la jurisdicción.

En la ciudad de Lima, donde se encuentra la mayoría de procesos de pérdida de dominio vinculados a los actos de corrupción de la década de 1990-2000 (gobierno de Alberto Fuijimori Fujimori), el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial a través de la Resolución Administrativa N.° 304-2013-CE-PJ, el 28 de noviembre del 2013, dispuso que el

7 GUEVARA MANRIQUE, Rubén y GUEVARA BRINGAS, Rubén. *La fe pública registral: ¿Cómo nos beneficia*, ob. cit., p. 9.

8 *Loc. cit.*

Primer Juzgado Penal Liquidador Transitorio de Lima, a partir del 15 de diciembre del 2013 adicionalmente a sus funciones de Juzgado Penal Especializado conozca procesos de pérdida de dominio con competencia supraprovincial para casos que se tramitan en las Cortes Superiores de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao.

Esta función adicional fue reiterada mediante Resolución Administrativa N.° 339-2013 CE-PJ, el 27 de diciembre del 2013, al establecer que el Juzgado Especializado en lo Penal (actualmente denominado Juzgado Penal Transitorio Especializado en Delitos Aduaneros, Tributarios y de Propiedad Intelectual Supraprovincial de Lima y Callao) es el único que puede conocer de procesos de pérdida de dominio para casos que se tramitan en las Cortes Superiores de Lima, Lima Norte, Lima Sur y Callao.

F) Es una acción pública[9]. Los sujetos legitimados quienes pueden incoar la acción de pérdida de dominio son las fiscalías especializadas en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio, fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios y la Procuraduría Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.

i) ***Primera interpretación.*** El Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, Resolución de la Fiscalía de la Nación N.° 234-MP-FN del 21 de enero del 2014 en su artículo 5 primer y tercer párrafo de la competencia señala lo siguiente: "Las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, tienen competencia en la investigación de delitos de Lavado de Activos, tipificados en el Decreto Legislativo N.° 1106, siempre que los hechos revistan gravedad, complejidad, masividad y repercusión nacional y/o internacional, que superen el ámbito de un Distrito Fiscal, o se cometan por una Organización Criminal, y cuyas ganancias o efectos delictivos se ubiquen en distintas zonas del territorio nacional o en el extranjero. Las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, tendrán competencia para intervenir en el proceso de pérdida de dominio

9 Es una acción pública porque el ordenamiento jurídico solo protege el dominio que es fruto del trabajo honesto y por ello el Estado, y la comunidad entera, alientan la expectativa de que se extinga el dominio adquirido mediante títulos ilegítimos, pues a través de tal extinción se tutelan intereses superiores del Estado como el patrimonio público, el tesoro público y la moral social.

—regulado en el Decreto Legislativo N.° 1104— a nivel nacional, independientemente del lugar en el que se encuentren los bienes, cuando el proceso de pérdida de dominio esté referido a objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos de competencia de la Sala Penal Nacional".

Conforme se aprecia, las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio tendrán competencia para intervenir en el proceso de pérdida de dominio, esto es, aquellos generados por una organización criminal dedicada a la comisión de los delitos de tráfico ilícito de drogas, lavado de activos, terrorismo, secuestro, extorsión, y trata de personas previsto en el artículo 2 literal a del Decreto Legislativo N.° 992, Ley de Perdida de Dominio primigenia (21 de julio del 2007), ampliada por Decreto Legislativo N.° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio y que amplía en el artículo 2.2 el marco de delitos a la minería ilegal, al medio ambiente, a los delitos de tráfico ilícito de drogas, de terrorismo, de secuestro, de extorsión, de trata de personas, de lavado de activos, de delitos aduaneros, de defraudación tributaria, de concusión, de peculado, de cohecho, de tráfico de influencias, de enriquecimiento ilícito y otros delitos y acciones que generen efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

Cabe preguntarnos si la competencia se extiende a todos los supuestos previstos en el artículo 3 de la Ley de Crimen Organizado son: homicidio calificado (art. 108 del CP), secuestro (art. 152 del CP), trata de personas (art. 153 del CP), violación al secreto a las comunicaciones (art. 162 del CP), delitos contra el patrimonio (arts. 186, 189, 195, 196-A y 197 del CP), pornografía infantil (art. 183-A del CP), extorsión (art. 200 del CP), usurpación (arts. 202 y 204 del CP), delitos informáticos (arts. 207-B y 207-C del CP), contra la propiedad industrial (art. 222 del CP), delitos monetarios (arts. 252, 253 y 254 del CP), tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos (arts. 279, 279-A, 279-B, 279-C, y 279-D del CP), tráfico ilícito de drogas (Sección Segunda del Capítulo II del Título XI del Libro Segundo del CP), tráfico de inmigrantes (art. 303-A, 303-B del CP), delitos ambientales (art. 310-A, 310-B, 310-C del CP), marcaje o reglaje (art. 317-A del CP), genocidio, desaparición forzada y o tortura (arts. 319, 320 y 321 del CP), delitos contra la administración

pública (arts. 382, 383, 384, 387, 393, 399, 400 y 401 del CP), falsificación de documentos (art. 427 del CP) y Lavado de activos (arts. 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del Decreto Legislativo N.° 1106).

Al respecto debemos indicar que el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio tendrá competencia para intervenir en el proceso de pérdida de dominio (regulado en el Decreto Legislativo N.° 1104, pese a que es una norma posterior a la Ley contra el Crimen Organizado, no se refiere a los supuestos que prevé la Ley N.° 30077) que incluye supuestos no previstos en el Decreto Legislativo N.° 992, Ley de Pérdida de Dominio primigenia (21 de julio del 2007), modificada por Decreto Legislativo N.° 1104.

Este aparente vacío en el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio puede solucionarse a través de dos alternativas interpretativas prevista por el propio Reglamento y una tercera no prevista.

La primera se refiere a la delegación de investigaciones prevista en el artículo 7 del Reglamento aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N.° 234-MP-FN que señala: "Las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, podrán delegar, en los lugares en los que no tengan sede, el conocimiento de la investigación o la actuación de algunas diligencias al Fiscal designado conforme al artículo 8 del presente Reglamento".

Como se aprecia, la delegación de facultades comporta que un fiscal distinto del especializado en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio investigue y actué algunas diligencias dispuestos por el fiscal competente.

Esto a su vez plantea dos supuestos:

- Fiscal de investigación preparatoria o fiscal provincial en aquellos delitos en los que no haya entrado en vigencia el CPP a través de una resolución suscrita por el fiscal encargado de la Fiscalía Superior Nacional Coordinadora de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, quien con el informe que emita el fiscal especializado en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio, dispondrá vía delegación de facultades que el fiscal del territorio donde se pretende llevar a cabo un proceso de pérdida de dominio se encargue de llevar a cabo dicho proceso.

- Fiscal de investigación preparatoria o fiscal provincial en aquellos delitos en los que no haya entrado en vigencia el CPP a través de una Resolución suscrita por el fiscal encargado de la Fiscalía Superior Nacional Coordinadora de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, quien con el informe del Fiscal Especializado en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, dispondrá la competencia para realizar algunas diligencias de investigación propias del proceso de pérdida de dominio en el ámbito de su distrito fiscal.

ii) ***Segunda interpretación***. La omisión en la que incurre el Reglamento de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, es a través de lo previsto en el artículo 8 de esta norma y que se refiere a las Fiscalías de Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio designadas en los Distritos Fiscales. Dicha norma señala: "El Fiscal Superior Nacional Coordinador de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, en coordinación con los Presidentes de Junta de Fiscales Superiores de los Distritos Fiscales de todo el país, propondrán al Despacho de la Fiscalía de la Nación, se designe a una Fiscalía Superior y a una Fiscalía Provincial —dentro de cada Distrito Fiscal y según corresponda—, para que conozcan, sin perjuicio de la carga procesal propia, de las investigaciones y/o procesos por lavado de activos y pérdida de dominio en el ámbito de la competencia territorial de su Distrito Fiscal, de conformidad con la normatividad vigente. Lo dispuesto tiene como finalidad, centralizar la información generada en las investigaciones preliminares y procesos judiciales por este tipo de delitos a nivel nacional. Los Despachos Fiscales asignados informarán directamente a la Fiscalía Superior Nacional Coordinadora de las Fiscalías Especializadas en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio, la que efectuará el seguimiento de dichas investigaciones".

Como se aprecia, el artículo 8 del Reglamento acotado se refiere a que se designe de manera permanente a una Fiscalía Superior y a una Fiscalía Provincial que sin ser de la especialidad, tenga competencia en Delitos de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio.

iii) ***Tercera interpretación.*** Una interpretación realizada por las Fiscalías Especializadas en Delitos de Corrupción de Funcionarios, que ha tomado el criterio que en aquellos casos en que las investigaciones en delitos contra la Administración pública han generado procesos de pérdida de dominio, estas fiscalías se declaran competentes para conocer de estos procesos.

Es decir, se trata de casos que involucran delitos de corrupción de funcionarios, lo cual guarda relación con los delitos previstos en la Ley contra el crimen organizado que establece en el artículo 3.19 una relación de delitos contra la Administración pública a los cuales se les aplica proceso de pérdida de dominio, esto son los artículos 382 (concusión), 383 (cobro indebido), 384 (colusión simple y agravada), 387 (peculado doloso y culposo), 393 (cohecho pasivo propio), 393-A (soborno internación pasivo), 394 (cohecho pasivo impropio), 395 (cohecho pasivo especifico), 396 (corrupción pasiva de auxiliares jurisdiccionales, 397 (cohecho activo genérico), 397-A (cohecho activo internacional), 398 (cohecho activo especifico), 399 (negociación incompatible o aprovechamiento indebido del cargo), 400 (trafico de influencias) y 401 (enriquecimiento ilícito) del Código Penal.

Esta interpretación encuentra fundamento en la Directiva N.° 001-2014-MP-FN-Directiva de las fiscalías Especializadas en delito de Lavado de Activos y Pérdida de Dominio del 5 de febrero del 2014 que señala lo siguiente en el artículo 9: "Las FISCLAAPD, tendrán competencia para intervenir en el proceso de Pérdida de Dominio (regulado en el Decreto Legislativo N.° 1104 y su reglamento-Decreto Supremo N.° 093-2012-PCM) a nivel nacional, independientemente del lugar en el que se encuentren los bienes, cuando el proceso de Pérdida de Dominio esté referido a objetos, instrumentos, efectos o ganancias de los delitos de competencia de la Sala Penal Nacional. En los demás casos, asumirán competencias las Fiscalías de cada distrito fiscal designados conforme el artículo 8 del Reglamento, debiendo tener presente en su actuación, los lineamientos establecido por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial en la Resolución administrativa N.° 039-2013-CE-PJ".

El segundo párrafo del artículo 8 de la Directiva N.° 001-2014-MP-FN indica que: "Los procesos cuya acusación ha sido observada y devuelta durante el control efectuado por el órgano jurisdiccional, seguirán siendo de competencia de las fiscalía que

previno hasta su culminación, a fin de evitar pronunciamientos contradictorios".

Como se aprecia el fundamento para que una Fiscalía como las Especializadas en Corrupción de Funcionarios, conozca de un proceso de Pérdida de Dominio que normalmente corresponde a la Fiscalía de Lavado de Activos y Perdida de Dominio (FISCLAAPD) se sustente en el principio de única de la acción y en la regla de la unidad de criterio.

En cuanto a la competencia de la Procuraduría de Pública esta corresponde a la de Lavado de Activos y Perdida de Dominio, no existiendo cuestionamiento sobre que esta es la única que puede conocer sobre estos procesos.

G) **Es limitado temporalmente**. El derecho para demandar pérdida de dominio prescribe a los 20 años conforme lo establece el artículo 3 literal b) de la Ley de Pérdida de Dominio. Debe precisarse que el plazo de prescripción se empieza a contar desde el momento en que se descubre la ilicitud de los bienes o se presuma que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos a los que se refiere la norma acotada.

Cabe realizar una precisión para indicar que el plazo se puede contar además desde la vigencia de Decreto Legislativo N.° 992 del 21 de julio del 2007 y luego modificado por la Ley N.° 29212, complementado con su Reglamento aprobado mediante Decreto Supremo N.° 010-2007-JUS y su modificatoria del Reglamento, aprobado por Decreto Supremo N.° 012-2007-JUS, el que luego fue modificado por el Decreto Legislativo N.° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

Esto implica que el plazo de prescripción se puede contar desde la vigencia de la Ley de Pérdida de Dominio primigenia, para aquellos casos en que se dan los supuestos de procedencia o bajo aquellos casos que se originaron en la vigencia del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

En el caso del descubrimiento de la ilicitud de los bienes, también se puede contar desde la Disposición de apertura de Diligencias Preliminares que establece se investigue la ilicitud de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias que provienen de la comisión de los hechos delictivos, en aquellos casos en que estaba vigente el Decreto

Legislativo N.° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

La prescripción en la acción de pérdida de dominio tiene como efecto jurídico el extinguir la acción resarcitoria del Estado sobre aquellos bienes de cuya ilicitud presume, al imposibilitar un pronunciamiento sobre el fondo del asunto materia de demanda cuya consecuencia es la impunidad a la hora de perseguir los bienes muebles o inmuebles de origen directa o indirectamente delictivo.

La prescripción de la persecución del delito no limita u obstruye la demanda de pérdida de dominio, al tener un plazo de prescripción independiente, por lo no sigue la suerte de la prescripción del delito conforme lo establece artículo 3 literal c) del Decreto Legislativo N.° 1104.

En síntesis, no resulta relevante que se haya extinguido la acción penal por el delito del cual se derivan los objetos, instrumentos, efectos o ganancias, inclusive en contra de los sucesores que estén en poder de estos.

A efectos de aplicar la Ley de Perdida de Dominio desde la perspectiva del artículo 3 de la Ley N.° 30077, Ley Contra el Crimen Organizado, solo es necesario que las actividades ilícitas que produjeron los efectos, sean dinero, bienes, ganancias o cualquier producto sean provenientes de la infracción penal.

III. SUPUESTOS PARA DEMANDAR PÉRDIDA DE DOMINIO

El artículo 4 del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio señala como primera causal:

1. Cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal

El artículo 4 literal a) del Decreto Legislativo N.° 1104 señala como primera causal para demandar pérdida de dominio "cuando por cualquier causa, no es posible iniciar o continuar el proceso penal".

Del articulado se desprenden dos supuestos distintos:

A) **No es posible iniciar el proceso penal**. Esta causal invoca la imposibilidad de iniciar una acción penal contra personas que están involucradas en alguno de los delitos de crimen organizado previstos en el artículo 3 de la Ley N.° 30077 ya que se ha extinguido la posibilidad de seguir la

acción penal prevista en los numerales primero y segundo del artículo 78 del Código Penal: "Por muerte del imputado, prescripción, amnistía y el derecho de gracia. Por autoridad de cosa juzgada".

Cabe aclarar que la prescripción, cosa juzgada, amnistía y el derecho de gracia implican la existencia de un proceso penal previo al cual se conoce o se alega la extinción de la acción penal.

B) **No es posible continuar con el proceso penal**. Esta causal se puede situar temporalmente en cualquier estado del proceso penal, como la investigación preparatoria, la fase intermedia o el juicio oral, circunstancias en las que se puede presentar alguna causal de extinción de la acción penal prevista en los numerales primero (muerte del imputado, amnistía y derecho de gracia) y segundo del artículo 78 del Código Penal (autoridad de cosa juzgada).

Así de oficio o a iniciativa de parte el fiscal y/o el juzgado toma conocimiento de que el imputado ha sido beneficiado con una amnistía o con el derecho de gracia, o es informado de la muerte del imputado, lo cual una vez que ha sido debidamente corroborado el juzgado de investigación preparatoria debe declarar la extinción de la acción penal.

Lo mismo sucede cuando en el curso de proceso penal la defensa del imputado plantea excepciones: 1) de improcedencia de acción prevista en el artículo 6.1 literal b) del CPP; 2) de cosa juzgada artículo prevista en el artículo 6.1 literal c) del CPP; 3) de amnistía prevista en el artículo 6.1 literal d) del CPP y 4) de prescripción prevista en el artículo 6.1 literal e) del CPP, de declararse fundada la excepción de cualquiera de estos supuestos la consecuencia es el sobreseimiento definitivo del proceso (artículo 6.2 del CPP), lo que impide continuar con el proceso penal.

2. Cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito

El artículo 4 literal b) del Decreto Legislativo N.° 1104 que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio señala como causal para demandar la pérdida de dominio "cuando el proceso penal ha concluido por cualquier causa, sin haberse desvirtuado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito".

Esta causal plantea tres supuestos:

A) **Mecanismos de culminación anticipada del proceso**. Se trata de supuestos donde en general el imputado acepta haber cometido el hecho delictivo, pero mantiene un cuestionamiento sobre la penal y/o la reparación civil, sin que esto signifique necesariamente el haberse determinado el origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito. Podemos a su vez dividirlo en supuestos diferentes como son: terminación anticipada, conformidad o conclusión anticipada del juicio oral y colaboración eficaz.

B) **Sobreseimiento**. Es la resolución judicial expresada a través de un auto que declara fundada la solicitud de parte legitimada (fiscal o defensa del imputado) de poner fin al proceso y consecuentemente archivar el caso. Los supuestos de sobreseimiento que pueden devenir en el inicio de un proceso de pérdida de dominio son los previstos en el artículo 344.2 literales b) (el hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad), c) la acción penal se ha extinguido) y d) (no existe razonablemente la posibilidad de incorporar nuevos datos a la investigación y no haya elementos de convicción suficientes para solicitar fundadamente el enjuiciamiento del imputado).

   El artículo 344 numeral 2 literal b) del Código Procesal Penal señala lo siguiente: "El hecho imputado no es típico o concurre una causa de justificación, de inculpabilidad o de no punibilidad".

   Se trata de un supuesto que concuerda con los presupuestos de la excepción de improcedencia de acción, es decir, cuando el hecho no constituye delito, o no es justiciable penalmente tal y como lo señala el artículo 6.1, literal b) del Código Procesal Penal.

C) **Sentencia civil que extingue acción penal**. El artículo 79 del Código Penal señala: "Se extingue la acción penal si de la sentencia ejecutoriada dictada en la jurisdicción civil, resulte que el hecho imputado como delito es lícito".

   Al revisar los supuestos previstos en la Ley de Crimen Organizado tenemos que se prevé como uno de los delitos la usurpación agravada prevista en el artículo 195 del Código Penal, lo que resulta concordante con artículo 2 numeral segundo del Decreto legislativo N.° 1104 que modifica la Ley de Pérdida de Dominio.

En este caso, si se declarara la licitud de la usurpación de bienes del Estado, el consecuente efecto al patrimonio del Estado que genera un perjuicio y/o las ganancias consecuentes que el beneficiado obtenga por hacerse con la propiedad del Estado es causal suficiente para sustentar una demanda de pérdida de dominio.

D) **Sentencia condenatoria**. Se determina la ilicitud de la conducta, más no del origen delictivo de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito, de los que queden sospechas fundadas que ameriten se inicie el proceso de pérdida de dominio.

Esto implica que, durante las fases del proceso, el Ministerio Público alegó el origen ilícito de los bienes de los procesados, que estos no dieron respuestas o las que dieron no acreditaron la licitud del patrimonio con el que se adquirió los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o su utilización en la comisión del delito.

3. Cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción

El artículo 4 literal c) del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio señala como causal para demandar pérdida de dominio "cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubriesen con posterioridad a la etapa intermedia del proceso o luego de concluida la etapa de instrucción".

Bajo esta causal en la investigación preparatoria no se descubrió los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o los bienes fueron utilizados en la comisión del delito, sino más bien que fue descubierto con posterioridad a la emisión de la acusación y luego de emitido el auto de enjuiciamiento.

La consecuencia de ello, es que el fiscal no pudo afirmar la ilicitud de los bienes, instrumentos o ganancias durante la investigación preparatoria, por lo que no prevista en la acusación, luego no puede complementar fácticamente, pues los únicos hechos al que puede referirse la acusación son las que fueran materia de investigación preparatoria conforme lo indica el artículo 349.2 del Código Procesal Penal cuando señala que "la acusación solo puede referirse a hechos y personas incluidos en la Disposición de formalización de la Investigación Preparatoria, aunque se efectuare una distinta calificación jurídica".

El Acuerdo Plenario N.° 6-2009/CJ-116 —Control de la acusación fiscal— del 13 de noviembre del 2009, fundamento jurídico octavo señala lo

siguiente: "Desde el Derecho penal, los hechos que la fundamentan deben ser los que fluyen de la etapa de investigación preparatoria o instrucción. Se exige una relación circunstanciada, temporal y espacial, de las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley, que han de constituir el objeto del juicio oral. Esta descripción ha de incluir, por su necesaria relevancia jurídico-penal, las circunstancias modificativas de la responsabilidad penal".

Esto implica que durante la secuela del juicio oral se descubrió información obtenida de testigos, documentos u otros medios de información referidos a los objetos, instrumentos, efectos o ganancias provienen de la comisión de los hechos delictivos materia de enjuiciamiento que se encuentran en alguno de los supuestos de la Ley contra de Crimen organizado.

En síntesis, ante la imposibilidad de incorporar en la acusación hechos referidos a los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito o los bienes fueron utilizados en la comisión del delito corresponde la aplicación del proceso de pérdida de dominio.

Cabe preguntarnos si procede el proceso de pérdida de dominio si la información obtenida en el juicio oral se refiere a otros hechos que no son materia de acusación, pero si se encuentran en alguno de los supuestos de la Ley contra el Crimen organizado. En estos casos lo que corresponde es remitir copias al Ministerio Público para que se investiguen estos hechos, si por alguna razón, no es posible el procesamiento de las personas involucradas, el fiscal invocara algunas de las causales de procedencia de pérdida de dominio desarrolladas según corresponda.

4. Cuando, al concluir el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad

El artículo 4 literal d) del Decreto Legislativo N.° 1104 establece como última causal para demandar pérdida de dominio: "Cuando habiendo concluido el proceso penal, los objetos, instrumentos, efectos o ganancias se descubren con posterioridad".

Esta causal admite cualquier modalidad no contemplada en los tres literal previos del artículo 4 del Decreto Legislativo N.° 1104, la cual es una cláusula abierta, que puede ser complementada jurisprudencialmente con otros supuestos que praxis puede presentar.

Este supuesto parte de la finalización del proceso penal mediante un sobreseimiento o una sentencia condenatoria, en el cual no fue objeto del proceso el origen o procedencia de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias relacionadas con el delito.

Ello supone que los objetos, instrumentos, efectos o ganancias relacionados con el delito se descubren como productos de una nueva investigación, ya sea por reincidir en la comisión de un delito que forma parte de la Ley contra el crimen organizado o porque el sujeto está involucrado en un delito distinto de los que forman parte de la Ley N.° 30077 y en ese contexto se descubren bienes que guardan relación temporal y circunstancial con un delito previo que forme parte de los establecidos en el artículo 3 de la Ley contra el crimen organizado.

Se admiten bajo estos supuestos los casos en que se descubren en poder de terceros, (testaferros) bienes pertenecientes a personas sentenciadas por alguno de los delitos que forman parte de la Ley contra el crimen organizado, lo cual puede ser producto de circunstancia en los que algunos de los integrantes de la organización criminal, sea atrapado después de que se juzgara a los otros miembros, este sujeto se acoge a la colaboración eficaz, y genera información relativa al patrimonio oculto de las otras personas cuyo proceso ha culminado o cuando el sujeto es investigado por algún delito que no forme parte de la Ley de crimen organizado y se descubre patrimonio que no puede justificar y que se vincula con algún delito de crimen organizado.

Del mismo modo, se aplica en los casos en que se detectan acciones del propio sentenciado luego de culminado el proceso penal (normalmente luego de cumplirse la pena) en la que pretende o logra registrar bienes que detentaba en calidad de poseedor cuya existencia se desconocía, los había ocultado, los había registrado a nombre de terceros y/o en posesión de terceros cuya relación con el imputado no había sido revelada.

IV. INADMISIBILIDAD E IMPROCEDENCIA DE LA DEMANDA DE PÉRDIDA DE DOMINIO

1. Supuestos de inadmisibilidad de la demanda de pérdida de dominio

El artículo 13.3 del Decreto Legislativo N.° 1104 se refiere a la inadmisibilidad e improcedencia cuando señala que "en caso de advertir la ausencia de algún requisito formal la declarará inadmisible, concediendo un plazo de tres (3) días hábiles para la subsanación. Vencido dicho plazo, si no se subsana, se archiva la demanda. Contra la resolución que declara improcedente la demanda o el archivo de la misma, solo procede el recurso de apelación dentro del plazo de cinco (5) días hábiles".

La inadmisibilidad se encuentra descrita en el artículo 128 del Código Procesal Civil cuando señala que el juez: "Declarara la inadmisibilidad de un acto procesal cuando carece de un requisito de forma o este se cumple defectuosamente".

Las causales específicas de inadmisibilidad están desarrolladas en el artículo 425 del Código Procesal Civil y son:

- No tenga los requisitos legales.
- No se acompañe los anexos exigidos por ley.
- El petitorio sea incompleto o impreciso.
- La vía procedimental no corresponda a la naturaleza del petitorio.

Aplicando las causales de inadmisibilidad al proceso de pérdida de dominio, estas se presentan cuando:

A) No tenga los requisitos legales, esto sucede cuando los hechos en que se sustenta la demanda de pérdida de dominio no se encuentran dentro de los supuestos de procedencia establecidos en el artículo 4 del Decreto Legislativo N.° 1104, Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio.

   También se presenta cuando el fiscal indica que los delitos y acciones han generado efectos o ganancias ilegales en agravio del Estado.

   Otro requisito legal es el que no se ha extinguido por prescripción el derecho de demandar pérdida de dominio, conforme lo establece el artículo 3 literal b) del Decreto Legislativo N.° 1104.

B) No se adjunten los anexos exigidos por ley. El artículo 425 numerales 5 y 6 del Código Procesal Civil referido a los anexos de la demanda, establece una relación de documentos que deben acompañar la demanda de pérdida de dominio: todos los medios probatorios destinados a sustentar el petitorio, indicando con precisión los datos y lo demás que sea necesario para su actuación y los documentos probatorios que tuviera en su poder el demandante.

   El artículo 425.5 del Código Procesal Civil se refiere a cualquier medio de prueba distinto a la prueba documental, como los medios de prueba personales (declaración del imputado y su confesión, declaración del coimputado, declaración testimonial) brindadas en el proceso penal por delito de crimen organizado, la prueba indiciaria, la pericia, etc., las que debe cumplir con los requisitos propios de cada medio de prueba.

La prueba documental prevista en el artículo 425.6 del Código Procesal Civil tiene requisitos propios, en tanto se exige que los documentos sean legibles y estén certificados judicialmente, fedateados por un fedatario competente o legalizados por notario público dependiendo del tipo de documento que se presente.

2. Supuestos de improcedencia de la demanda de pérdida de dominio

La improcedencia es una calificación negativa que se hace al momento de la calificación de la demanda de pérdida de dominio, se trata de una calificación liminar cuya consecuencia es el rechazo de la demanda al carecer de requisitos que tienen que ver con los presupuestos procesales y las condiciones de la acción.

La improcedencia no define el fondo de una pretensión. Al respecto, el artículo 128 del Código Procesal Civil señala que el juez: "Declarar su improcedencia si la omisión o defecto es de un requisito de fondo".

Así, al tratarse la declaración de improcedencia de un acto en el que se declara que la demanda no cumple con los requisitos establecidos para su procedencia, no puede tener argumentos de fondo. Asimismo, la resolución que declara la improcedencia de la demanda no puede tener fundamentos que corresponden a una resolución final.

Las causales específicas de improcedencia están desarrolladas en el artículo 427 del Código Procesal Civil y son:

- El demandante carezca de evidentemente de legitimidad para obrar.
- El demandante carezca manifiestamente de interés para obrar.
- Advierta la caducidad del derecho.
- Carezca de competencia.
- No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio.
- El petitorio fuera jurídica o físicamente imposible.
- Contenga una indebida acumulación de pretensiones.

El artículo 13.3 del Decreto Legislativo N.° 1104 se refiere a la la improcedencia de la demanda de pérdida de dominio, sin especificar las causales, por lo que para ello debemos remitirnos e interpretar el artículo 427 del Código Procesal Civil a efectos de identificar aquellos supuestos que pueden ser considerados en una resolución que declara la improcedencia de la demanda de pérdida de dominio:

A) **No exista conexión lógica entre los hechos y el petitorio**. Esto se presenta cuando los objetos, instrumentos, efectos o ganancias no

guardan relación con los delitos de tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, delitos aduaneros, defraudación tributaria, concusión, peculado, cohecho, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito, delitos ambientales, minería ilegal y otros delitos establecidos en el artículo 3 de la Ley contra el crimen organizado.

B) **El demandante carezca evidentemente de legitimidad para obrar.** Esto se presenta cuando el fiscal que interpone demanda de pérdida de dominio planteando su pretensión carezca de capacidad legal para hacerlo.

La legitimidad para obrar es la posición habilitante para poder plantear demanda de pérdida de dominio que se le otorga a las Fiscalías especializadas en delitos de Lavado de Activos y Pérdida de dominio y a las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios las cuales representan el derecho de la sociedad y como tales pueden afirmar ser parte en la relación jurídico sustantiva que da origen al conflicto de intereses.

Así, se carece de legitimidad para obrar cuando el fiscal no tiene competencia material y funcional para demandar pérdida de dominio o —en caso de conflicto positivo y/o negativo— este haya sido resuelto por la Fiscalía Superior en contra del fiscal que plantea la demanda.

Es regla general que las que tienen competencia para accionar un pérdida de dominio son las fiscalías especializadas en delitos de lavado de activos y pérdida de dominio, conforme lo establece el artículo 5 —competencia material— de la Resolución de la Fiscalía de la Nación N.° 227-2014-MP-FN. Sin embargo, también acotamos en acápites previos que las fiscalías especializadas en delitos de corrupción de funcionarios han asumido competencia para demandar pérdida de dominio, en casos derivados de investigación iniciadas en esa sede, por lo que en caso de presentarse un conflicto de competencia fiscal debemos remitirnos a la Directiva N.° 06-2012-FN-MP-Criterios para determinar la competencia fiscal por conexidad, derivación, y/o acumulación de investigaciones, del 8 de agosto del 2012.

C) **Carezca de competencia**. Este supuesto se presenta cuando se plantea la demanda de pérdida de dominio ante un juez que no tiene competencia para ello. Recordemos que en Lima y Callao el juzgado competente para conocer de procesos de pérdida de dominio es el Juzgado Especializado en lo Penal (actualmente denominado Juzgado

Penal Transitorio Especializado en Delitos Aduaneros, Tributarios y de Propiedad Intelectual supraprovincial de Lima y Callao) el cual adquirió competencia materia y funcional mediante Resolución Administrativa N.° 339-2013 CE-PJ, del 27 de diciembre del 2013, al establecer que es el único que puede conocer de procesos de pérdida de dominio para casos que se tramitan en las Cortes Superiores de Lima, Lima Norte, Lima Sur y el Callao.

Para el resto del país, el artículo 10 del Decreto Legislativo N.° 1104 indica que las reglas de competencia general y específica son:

1. "El proceso será conocido en primera instancia por el juez especializado en lo penal o mixto del lugar donde se encuentren ubicados o se descubran los objetos, instrumentos, efectos o ganancias vinculados a cualquiera de los delitos mencionados en el artículo 2 y en los supuestos de aplicación referidos en el artículo 4 del presente Decreto Legislativo.
2. Si se encuentran bienes en distintos distritos judiciales, es competente el juez del distrito en donde se inicie la primera investigación a cargo del Ministerio Público.
3. Si con posterioridad al inicio del proceso de pérdida de dominio se toma conocimiento de la existencia de otros objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito vinculados al objeto de este proceso, ubicados en distintos lugares, mantiene la competencia el juez que conoce la primera demanda.
4. La Sala Penal o Mixta del mismo Distrito Judicial en el que se tramitó la pérdida de dominio es competente para conocer, en segunda y última instancia, las apelaciones que formulen las partes contra las medidas cautelares, la sentencia y otras resoluciones susceptibles de impugnación conforme al presente Decreto Legislativo".

D) **El petitorio sea jurídica o físicamente imposible.** Esta situación se presenta en aquellos casos en los que el derecho de demanda de pérdida de dominio se encuentra vigente, pero no se ha identificado bienes en poder del demandante o de terceros, planteándose que en el proceso se identificarán los bienes sobre los cuales accionar.

Este libro se terminó de imprimir
en agosto de 2016 en los
talleres gráficos de
.Pacífico Editores S.A.C
Jr. Castrovirreyna N.° 224 - Breña
Telefax: 332-6117 / Central: 330-3642
Lima - Perú

2. La estructura típica del tipo penal de conspiración al sicariato

2.1. La diferencia entre la conspiración para delinquir y la asociación para delinquir[85]

La denominada conspiración para delinquir se presenta, en términos generales, cuando dos o más personas se ponen de acuerdo o acuerdan ejecutar a futuro un delito determinado o concreto, decidiéndose o resolviéndose ejecutarlo conforme a este acuerdo de voluntades, presentándose como requisitos neurálgicos a tener en cuenta a los siguientes: unión de voluntades, orientación de todas al mismo hecho, decisión firme de ejecutarlo conforme a un plan concreto, actuación dolosa de cada concertado.

Con base en estos requisitos, se debe hacer mención que la conspiración no es un simple intercambio de impresiones o la sola deliberación, sino que se debe haber decidido o resuelto cometer un delito específico, por lo que es necesario haberse intervenido en una concertación con la finalidad de poder realizar delitos a futuro. Por tanto, el solo hecho de haberse ideado o deliberado cometer un delito, pero sin decisión o resolución delictiva, nunca podrá ser considerado conspiración.

A nivel doctrinal, se discute si la conspiración para delinquir implica ser un acto de coautoría anticipada o adelantada, por exigirse que los conspiradores resuelvan o decidan ejecutar el delito como coautores, o en todo caso implica ser una forma de inducción recíproca o mutua, por bastar que los conspiradores adopten la decisión que uno de ellos ejecute el delito.

Con el fin de poderse diferenciar la conspiración para delinquir con el delito de asociación para delinquir[86], se debe tener presente lo siguiente:

- En la asociación para delinquir se persigue o se orienta a cometer una variedad o pluralidad delictiva, en tanto que la conspiración para delinquir tiene como finalidad cometer un delito específico o concreto.
- En la asociación para delinquir, teniéndose un carácter institucional, existe estabilidad, duración en el tiempo, organización y con proyección para cometer un pluralidad de delitos, en tanto que en la conspiración para delinquir se tiene como objetivo cometer un determinado delito como parte de un acuerdo de voluntades.

85 *Vid.* CASTILLO ALVA, José Luis, *Asociación para Delinquir,* Lima: Grijley, 2005, pp. 145 y 146.

86 *Ibid.*, pp. 146-148.

desliz reparable), ya que por obvias razones el ser humano no es perfecto, por lo que después de ello vuelven al respeto usual de la norma; y, por otro lado, un sujeto que no solo persiste en su actitud contraria a la norma sino que luego de cometer un delito, sigue representando hacia el futuro un foco de peligro para los demás, recayendo el concepto del Derecho Penal del enemigo a esta última forma de intervención delincuencial.

En el Derecho Penal actual o del mundo globalizado se hace destacar el concepto del Derecho Penal del enemigo, terminología que fue acuñado por el jurista alemán Gunther JAKOBS en 1985 en una conferencia dictada bajo el nombre de la problemática de la criminalización en el estadio previo a la lesión del bien jurídico, apreciándose para ello la legislación de la época que se encontraba vigente en el ordenamiento jurídico penal alemán, institución penal que no nace con el atentado producido contra las torres gemelas en el World Trade Center de Nueva York, además que el contenido de este derecho existe desde tiempos anteriores.

En ese sentido, es posible afirmar que el Derecho Penal del enemigo tiene una base empírica o realista incuestionable, en donde no se acuña esta terminología con el fin de que se pueda proponer la regulación de algún tipo de normatividad (*lege ferenda*), sino que el mismo busca describir algo que ya existe en la legislación penal vigente dentro de un fenómeno grave de criminalidad (*lege lata*), siendo por ese considerando normas excepcionales, tanto desde del punto de vista cuantitativo, por estar referido a pocos delitos que conforman la normatividad penal, como del punto de vista cualitativo, por estar vinculado a un tipo de criminalidad especialmente contundente y grave que pone de manifiesto el potencial lesivo de los sujetos activos, peligro que también se encuentra la sociedad.

En cuanto a las características o elementos a tener en cuenta dentro del denominado Derecho penal del enemigo podemos hacer mención de las siguientes[83]:

- El adelantamiento de la punibilidad o la anticipación de las barreras de protección estatal. Si bien el Derecho Penal del ciudadano interviene normalmente cuando se ha producido un resultado de lesión o la puesta en peligro concreto de un bien jurídico, en lo que se refiere al Derecho Penal del enemigo existe una anticipación, actuando en una

83 Conforme a la conferencia magistral denominada "Delincuencia Organizada", dictada por el profesor de la Universidad de Sevilla-España, Miguel POLAINO ORTS, en el marco del XLI Congreso Nacional y Asamblea General realizado en la ciudad de Chihuahua-2013, en donde se hace destacar las características que debe ostentar el denominado derecho penal del enemigo y una de sus expresiones como el delito de organización o de estatus (criminalidad organizada, delincuencia organizada u organización delictiva). Recuperado de <http://bit.ly/1G7Mai3>.