



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LA RESPONSABILIDAD DE LAS
PERSONAS JURÍDICAS EN EL
DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS:
ESPECIAL REFERENCIA Y ANÁLISIS
DE LA LEY N° 30424 Y SU
MODIFICATORIA D.L. 1352

José Quispe-Suárez

Piura, septiembre de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal Penal

Quispe, J. (2018). *La responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de lavado de activos: especial referencia y análisis de la Ley N° 30424 y su modificatoria D.L. 1352* (Trabajo de investigación de maestría en Derecho Público con Mención en Derecho Penal y Procesal Penal). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](https://repositorio.institucional.pirhua.edu.pe/)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO PÚBLICO



**La responsabilidad de las personas jurídicas en el delito
de lavado de activos: especial referencia y análisis de la
Ley N° 30424 y su modificatoria D.L. 1352**

**Trabajo de Investigación para optar el Grado de Máster en Derecho Público
Con Mención en Derecho Penal y Procesal Penal**

José Ronald Quispe Suárez

Asesor: Dr. Percy García Caveró

Piura, setiembre 2018

Aprobación

Del Trabajo de Investigación titulado “**La responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de lavado de activos: especial referencia y análisis de la Ley N° 30424 y su modificatoria D.L. 1352**”, presentado por el abogado José Ronald Quispe Suárez para obtener el Grado de Máster en Derecho Público con mención en Derecho Penal y Procesal Penal, fue aprobado por el Director Dr. Percy García Cavero

Director de Trabajo de Investigación

Dedicatoria

Dedico este trabajo a mis padres, por el amor, esfuerzo, sacrificio y dedicación; por su confianza que me impulsa a ser mejor cada día. A mi esposa y a mi menor hijo Ronald Mathias, por todo su amor y cariño.

Resumen Analítico

Título de Trabajo de Investigación: La responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de lavado de activos: especial referencia y análisis de la Ley N°30424 y su modificatoria D.L. 1352

Autor: José Ronald Quispe Suárez

Asesor de Trabajo de Investigación: Dr. Percy García Cavero

Tipo de Trabajo de Investigación: Trabajo de Investigación de Maestría

Grado que opta: Master en Derecho Penal y Procesal Penal

Institución: Universidad de Piura. Facultad de Derecho

Palabras claves: lavado de activos/persona jurídica/ consecuencias accesorias/ compliance

Descripción: Trabajo de investigación grado de Master en Derecho Público. El autor presenta el resultado de la investigación acerca de las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica producto de encontrarse inmersa en actividades de blanqueo de capitales sancionadas mediante el D.L. N° 1106. Asimismo, se propone la adopción de medidas de mayor eficacia con la finalidad de evitar que las personas jurídicas sirvan de marco para este tipo de ilícitos. Asimismo, se analiza la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, como un verdadero proceso penal de carácter independiente, capaz de sancionar al ente sin necesidad de imponer una condena a la persona natural; llegándose a determinar que en la actualidad existe un sistema de legislación aún incipiente en torno a establecer un verdadero modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica, teniendo como base una cultura empresarial de prevención de riesgos, así como el desarrollo de modelo de incentivos.

Contenido: El Trabajo de investigación consta de cuatro capítulos. El primero establece el marco general respecto al delito de lavado de activos, precisando principales aspectos normativos y jurisprudencia actual relevante. En el capítulo segundo, se establecen los aspectos criminológicos de este delito, basándose en sus etapas y los tipos penales regulados en el D.L. 1106. Seguidamente, en el capítulo tercero, se estudia las consecuencias accesorias aplicables al delito de lavado de activos y los presupuestos tanto materiales como procesales para su imposición. Finalmente, se estudia el fondo del asunto, al tratar la responsabilidad de la persona jurídica, modelos de imputación y los programas de cumplimientos.

Metodología: Método histórico social, enfoque interpretativo, y cualitativo

Conclusiones: Estudio de la legislación y jurisprudencia actual, determina que es necesario desarrollar verdadera cultura de prevención de riesgos y control; en el desarrollo de la persona jurídica para evitar servir de medio para el delito de lavado de activos.

Fuentes: Bibliografía de autores nacionales e internacionales sobre el delito de lavado de activos y la persona jurídica. Asimismo, revisión de legislaciones comparadas.

Índice de contenido

Introducción.....	1
Capítulo 1 El Delito de lavado de activos	5
1.1. Normativas y Convenios Internacionales respecto al delito de lavado de activos.....	10
1.2. Decreto Legislativo N° 1106. Antecedentes legislativos.....	14
1.3. El Delito precedente en el lavado de activos	17
1.4. La Casación N° 92-2017-Arequipa.....	22
Capítulo 2 Principales aspectos criminológicos en el delito de lavado de activos	31
2.1. El bien jurídico protegido.....	31
2.2. La criminalidad organizada.....	32
2.3. Carácter distorsionador de la economía	34
2.4. Etapas del delito de lavado de activos.....	37
2.4.1. Colocación.....	38
2.4.2. Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto	41
2.4.3. Fase de integración.....	42
2.5. Tipos penales regulados en el D.L. 1106	43
2.5.1. Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia.....	44
2.5.2. Artículo 2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia.....	47
2.5.3. Artículo 3.- Actos de Transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito	48
2.6. Consecuencias jurídicas del delito	51
Capítulo 3 Las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica.	
Naturaleza jurídica, presupuestos materiales, presupuestos procesales, clases.	55
3.1. Naturaleza jurídica	55
3.2. Presupuestos materiales	57
3.2.1. Que se haya cometido un hecho punible o delito.....	58
3.2.2. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito.....	59

3.2.3. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito	60
3.3. Presupuestos procesales	60
3.4. Clases de consecuencia accesorias aplicables a la persona jurídica	62

Capítulo 4 La responsabilidad de las personas jurídicas. Ley N° 30424 modificada por el D.L. N° 1352. Modelos de imputación, regulación normativa y programas de cumplimiento..... 67

4.1. Ley N° 30424- Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Internacional. Modificaciones a la Ley N° 30424-El Decreto Legislativo N° 1352.....	70
4.2. Atribución de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas	72
4.3. Fraude de etiquetas	75
4.4. Responsabilidad “Administrativa” y Norma Procesal.....	76
4.5. Criminal <i>compliance</i>	79
4.6. Responsabilidad administrativa de la persona jurídica y consecuencias accesorias	83
4.7. A modo de conclusión. Comparación con el ordenamiento jurídico chileno.....	84

Conclusiones 89

Referencias Bibliográficas 93

Introducción

El control de la economía y su legalidad son dos puntos importantes en el combate a la criminalidad. En nuestros tiempos, el desarrollo de las técnicas de los grupos delictivos tiene un punto central en la obtención de ganancias, así como de su aprovechamiento. Es en ese contexto donde surge la persecución del delito de lavado de activos. Su estructura típica se centra en el combate a la obtención de ganancias ilegales fuera de los instrumentos presentes en los sistemas económicos formales de los estados.

Al respecto, nuestro país no ha sido ajeno a esta realidad. Recientes modificaciones en la legislación sobre el delito de lavado de activos nos dice que es un problema latente, que no solo se expresa en relación a la economía, sino también forma parte del espectro político de nuestro país. Vale hacer referencia a los procesos abiertos por este delito a múltiples políticos que forman parte de los cargos y puestos públicos de la última década.

Como criterios de referencia, se presenta el cuadro 1 siguiente. El prestigioso instituto Basel¹ hace un análisis nos pone en el puesto 100 de 146 países, con un riesgo de 5.25:

1		Iran	8.60	51		China	6.53	99		South Africa	5.32
2		Afghanistan	8.38	52		Ukraine	6.52	100		Peru	5.25
3		Guinea-Bissau	8.35	53		Cote D'ivoire	6.51	101		Uruguay	5.16
4		Tajikistan	8.28	54		Algeria	6.48	102		Switzerland	5.15
5		Laos	8.28	55		Timor-Leste (East Timor)	6.43	103		Canada	5.14
6		Mozambique	8.08	56		Kazakhstan	6.42	104		Dominica	5.12
7		Mali	7.97	57		Morocco	6.38	105		Greece	5.11
8		Uganda	7.95	58		Ecuador	6.37	106		Macedonia	5.10
9		Cambodia	7.94	59		Tunisia	6.37	107		Qatar	5.10
10		Tanzania	7.89	60		Kyrgyzstan	6.33	108		Austria	5.06
11		Kenya	7.72	61		Indonesia	6.32	109		Chile	4.94
12		Liberia	7.62	62		Senegal	6.31	110		Netherlands	4.93
13		Myanmar	7.58	63		Guyana	6.24	111		Jordan	4.90
14		Nepal	7.57	64		Russia	6.22	112		Portugal	4.90
15		Burkina Faso	7.54	65		Philippines	6.20	113		Korea, South	4.90
16		Paraguay	7.53	66		Brazil	6.20	114		Spain	4.87
17		Haiti	7.50	67		Guatemala	6.17	115		Cyprus	4.87
18		Vietnam	7.44	68		Papua New Guinea	6.13	116		United States	4.85
19		Zambia	7.43	69		Mongolia	6.10	117		Singapore	4.83
20		Sao Tome And Principe	7.42	70		Malaysia	6.10	118		United Kingdom	4.81
21		Niger	7.38	71		Uzbekistan	6.09	119		Azerbaijan	4.78
22		Benin	7.37	72		United Arab Emirates	6.06	120		Slovakia	4.78
23		Bolivia	7.17	73		Grenada	6.04	121		Germany	4.78
24		Lesotho	7.15	74		Botswana	6.02	122		Montenegro	4.76
25		Sri Lanka	7.15	75		Honduras	5.97	123		Belgium	4.66
26		Sierra Leone	7.14	76		St. Vincent And The Grenadines	5.96	124		Ireland	4.62
27		Lebanon	7.07	77		Costa Rica	5.93	125		Colombia	4.57
28		Vanuatu	7.02	78		Mauritius	5.92	126		Czech Republic	4.57
29		Sudan	7.02	79		Bosnia-Herzegovina	5.91	127		Norway	4.56
30		Panama	7.01	80		Malawi	5.86	128		France	4.52
31		Cape Verde	6.99	81		Bahrain	5.80	129		Romania	4.50
32		Mauritania	6.92	82		Bangladesh	5.79	130		Poland	4.50
33		Nigeria	6.90	83		Serbia	5.76	131		Australia	4.49
34		Ghana	6.84	84		Mexico	5.75	132		Iceland	4.47
35		Trinidad And Tobago	6.80	85		Albania	5.75	133		Latvia	4.44
36		Zimbabwe	6.80	86		St. Lucia	5.72	134		Armenia	4.44
37		Yemen	6.80	87		Egypt	5.66	135		Malta	4.37
38		Marshall Islands	6.70	88		India	5.58	136		Taiwan, China	4.34
39		Gambia	6.70	89		Hong Kong Sar, China	5.54	137		Israel	4.25
40		Rwanda	6.69	90		Kuwait	5.53	138		Sweden	4.25
41		Argentina	6.69	91		El Salvador	5.48	139		Croatia	4.11
42		Dominican Republic	6.69	92		Moldova	5.43	140		Denmark	4.05
43		Turkey	6.65	93		Saudi Arabia	5.43	141		Slovenia	4.02
44		Thailand	6.65	94		Hungary	5.41	142		New Zealand	3.91
45		Nicaragua	6.64	95		Italy	5.41	143		Bulgaria	3.87
46		Pakistan	6.64	96		Luxembourg	5.40	144		Estonia	3.83
47		Jamaica	6.60	97		Georgia	5.37	145		Lithuania	3.67
48		Namibia	6.59	98		Japan	5.36	146		Finland	3.04
49		Angola	6.55								
50		Venezuela	6.53								

Este estándar se basa en cinco criterios base² que son los siguientes:

¹ Basel Institute of Governance. Report of Antimoney Laundering, International Center For Asset Recovery, p. 5 en https://index.baselgovernance.org/sites/index/documents/Basel_AML_Index_Report_2017.pdf
² Basel Institute of Governance. Report of Antimoney Laundering, International Center For Asset Recovery, p. 15 en https://index.baselgovernance.org/sites/index/documents/Basel_AML_Index_Report_2017.pdf

- Riesgo de financiamiento de terrorismo y lavado de activos, que representa un 65% de la calificación
- El riesgo de corrupción, con un 10% de la calificación.
- Los estándares de transparencia financiera, con 15 % de la calificación.
- Transparencia pública y contabilidad, con un 5%
- Estabilidad política, con un 5 % de la calificación.

Si bien podría decirse que estamos en una posición privilegiada, otro cuadro del mismo estudio nos muestra una caída en la prevención del delito de lavado de activos. Desde una calificación de 4.31, hemos aumentado en casi un punto porcentual en la evaluación desde el año 2016³.

Top 10 decliners 2017

Country	Overall Score 2017	Overall Score 2016	Change in score 2016 - 2017
Jamaica*	6.60	4.16	□ +2.44
Tunisia*	6.37	4.62	□ +1.74
Hungary*	5.41	4.15	□ +1.26
Uzbekistan	6.09	5.10	□ +0.99
Peru	5.25	4.31	□ +0.95
Senegal	6.31	5.37	□ +0.94
Egypt	5.66	4.74	□ +0.92
Ecuador	6.37	5.48	□ +0.89
Trinidad and Tobago*	6.80	5.92	□ +0.89
Laos	8.28	7.40	□ +0.88

*: Overall score based on a new FATF evaluation, which includes an effectiveness assessment.

Tomando en cuenta ello, es claro que la lucha y regulación del delito de lavado de activos no ha dejado de ser un tema pendiente para nuestro país. Tomando en cuenta ello, el origen del presente trabajo procurará analizar cómo se regula la actividad de las personas jurídicas frente a la prevención de este delito, tomando en cuenta que su comisión se encuentra estrechamente relacionada con los entes colectivos y su participación dentro del mercado económico.

A raíz de ello, el primer capítulo buscará enfocar el análisis en la estructura típica del delito de lavado de activos. Se comenzará con el análisis de la normativa internacional que inicia la regulación del delito de lavado de activos en los distintos ordenamientos. Luego, se analizará la naturaleza del delito precedente como elemento típico esencial de su estructura normativa. Dentro de ello, se analizará la Casación N° 92-2017-Arequipa y el Pleno Casatorio N° 1-2017. Luego, se analizarás aspectos criminológicos de este delito,

³ Basel Institute of Governance. Report of Antimoney Laundering, International Center For Asset Recovery, p. 10 en https://index.baselgovernance.org/sites/index/documents/Basel_AML_Index_Report_2017.pdf

para luego iniciar el análisis de las distintas etapas del delito reguladas en la ley. Por último, se desarrollarán aspectos referidos a las consecuencias jurídicas del delito según su regulación en la norma

Seguidamente, se hará un análisis de las consecuencias accesorias a la persona jurídica en el ordenamiento peruano, con especial referencia a su naturaleza, sus reglas procesales, así como los distintos tipos que existen en el ordenamiento.

Por último, analizaremos las reglas de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas. Haremos un análisis de la Ley de Responsabilidad de las Personas Jurídicas, así como de sus modificaciones. Culminaremos el capítulo con una descripción de qué son los programas de cumplimiento y su aplicación en la autorregulación y prevención del lavado de activos.

Con ello, podremos emitir un análisis sobre el actual sistema de imputación a las personas jurídicas en el delito de lavado de activos, enumerando ciertas deficiencias que necesariamente deben ser corregidas para una mejor visión y prevención de su comisión por las personas jurídicas en nuestro país.

Capítulo 1

El Delito de lavado de activos

En los últimos tiempos, desde el punto de vista criminológico⁴, nuestro país ha sido sujeto de un gran cambio. Nuevas formas de criminalidad han surgido, y con su surgimiento han aparecido nuevas modalidades de organización, un método particular, nuevos procedimientos criminales, una nueva división de funciones, etc.; su finalidad es evitar que el Estado –representado por sus principales órganos de persecución criminal– logren sancionar penalmente a los autores de ilícitos penales y eliminen los efectos o ganancias de sus delitos, creando de este modo evidentes vacíos de impunidad, y con ello, la merma en los principios del Estado de Derecho que sustentan nuestra Nación.

Es verdad cuando afirmamos que un número considerable de delitos tipificados en nuestro Código Penal tienen, o al menos se relacionan con algún tipo de móvil económico. Tenemos, por ejemplo, los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, los delitos contra la administración pública, el secuestro, la extorsión, el proxenetismo, la trata de personas, tráfico ilícito de armas, el robo, el hurto y los delitos tributarios o aduaneros, entre otros.⁵ Dicho contexto no solo se cumple en el panorama jurídico nacional, sino también en otros ordenamientos jurídicos extranjeros. Al respecto, tenemos que, en el ordenamiento español, Nuñez Paz comenta: “...es cierto que evidentemente, como ya hemos tenido ocasión de profundizar en este y en otros estudios anteriores, el blanqueo de capitales puede tener su origen en muchos delitos (tráfico de personas, de armas, redes organizadas de compraventa de vehículos, etc.). Sin embargo, la preocupación al respecto no representa una cifra significativamente alta, si se compara con las que refieren delitos

⁴ Al respecto, Mir Puig explica sobre la criminología: “En su versión inicial de la Escuela Positiva italiana, la Criminología se ocupaba de buscar las causas del delito como fenómeno empírico, individual (Antropología y Psicología Criminal) y social (Sociología Criminal). Este planteamiento que no ha desaparecido en la Criminología *oficial*, se rechaza hoy por la Criminología Crítica, que ha dirigido la atención al estudio sociológico de las instancias de control penal (normas penales, policía, Administración de Justicia, cárceles).” En Mir Puig, Santiago Derecho Penal Parte General. 10 Edición. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016, p.52. Véase también García Caveró, Percy. Derecho Penal Parte General, Segunda Edición, Lima: Juristas Editores, 2012, pp.46-51; Jescheck, Hans-Heinrich y Weigend, Thomas. Tratado de Derecho Penal Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Primera Edición (Perú), volumen I, Lima: Instituto Pacífico, 2014, pp.66-69

⁵ Al respecto, véase Nuñez Paz, Miguel Ángel. “Lavado de Activos y Delitos Urbanísticos”. En Actualidad Penal, N°25, Lima: Instituto Pacífico, Julio 2016, p.157: “Pero si estos delitos generan ganancias, es decir, un incremento del patrimonio de los responsables, entonces —como señala Blanco Cordero— tales ganancias constituirán bien idóneo para ser blanqueado. Y es absolutamente cierta la conclusión del autor cuando señala que eso ocurre con cualquier delito que genere ganancias, desde el tráfico de drogas hasta un asesinato por precio...”

de blanqueo con origen en la corrupción, el fraude y el narcotráfico⁶” Tomando en cuenta ello, pese a que las ganancias de determinados delitos no tengan una cifra significativa, consideramos que la importancia que se le da a la ganancia de los distintos ilícitos debe ser semejante.

Así, debemos iniciar presentando una definición al ilícito penal que es conocido como lavado de activos. En la doctrina nacional, tenemos que para NUÑEZ PAZ el delito de lavado de activos “...comprende el conjunto de operaciones mediante las que bienes o dinero obtenidos a través de una actividad delictiva se insertan o integran al mercado, para proporcionarles una apariencia de legalidad.”⁷ Asimismo, Herrera Guerrero profundiza este concepto y lo precisa como “... el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos en forma lícita” (D’Albora, 2006, p.14). Así, tenemos que el lavado de activos pretende que el Estado desconozca que ciertos dineros no se están reportando al fisco y con ello, pagando impuestos, pues en principio, provienen de una actividad delictiva, sancionable también penalmente, como es de suponer.⁸” Como vemos, la autora conceptualiza el lavado de activos desde una posición particular, donde el énfasis se encuentra en *el no pago del fisco* sobre la propia naturaleza de los ilícitos.

Al respecto, como concepto más idóneo, optamos por el descrito por Mendoza Llamapconcca, quien lo describe: “...puede definirse como delito de lavado de activos aquellos actos independientes –incluso disímiles y heterogéneos- realizados dentro de un proceso de reciclaje, efectuados para evitar que la fuente criminal de los bienes sea identificada-o con el fin de evitar su incautación o decomiso-, siempre que el interviniente haya conocido o debido presumir el origen delictuoso de los activos.”⁹ Consideramos que esta definición plantea, en modo sucinto, un conjunto de actos que estarían en el núcleo de la conducta regulada por el Decreto Legislativo N° 1106.

⁶ Nuñez Paz, Miguel Ángel. “Lavado de Activos y Delitos Urbanísticos”. En Actualidad Penal, N°25, Lima: Instituto Pacífico, Julio 2016, 155

⁷ Herrera Guerrero, Mercedes. “La prueba de la procedencia delictiva de los bienes en el delito de Lavado de activos”. En Actualidad Penal, N°24, Lima: Instituto Pacífico, junio 2016, p.212

⁸ Soto Arroyo, Hania. “El delito de legitimación de capitales a la luz de la legislación y la jurisprudencia penal costarricense” en Derecho Sociedad N° 2, Costa Rica: Revista Electrónica de la Facultad de Derecho Ulaicit, febrero 2012, p.60

⁹ Mendoza Llamapconcca, Fidel. El delito de Lavado de Activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p.82

Antes de continuar con la exposición, vale reseñar algunos aspectos de la doctrina extranjera, con especial referencia a la doctrina anglosajona. Al respecto, Alldridge nos explica el inicio del término lavado de activos (en inglés *money laundering*):

The earliest use of the word 'laundering' in this context in the English cases was in 1978. Concern about money laundering arose because of the failure of the 'war on drugs'. One effect of the war on drugs, from the early 1970s forward, was to inflate the profits available to dealers. In 1984, the (US) Presidential Commission on Organized Crime wrote: 'If money laundering is the keystone of organized crime, these recommendations can provide the financial community and law enforcement authorities with the tools needed to dislodge that keystone, and thereby to cause irreparable damage to the operations of organized crime.' The Money Laundering Control Act 1986 made laundering a federal crime. The Vienna Convention (1988) was the first major international instrument dealing with the proceeds of dealing. Article 5 of the Convention requires its parties to confiscate proceeds from drug offenses and to empower its courts or other competent authorities to order that bank, financial, or commercial records be made available or seized.¹⁰

Podemos identificar que el término y la legislación del lavado de activos, en el contexto de los países del *common law* también se origina en el combate contra el crimen organizado, y el subsecuente fracaso de la Guerra contra las drogas y las distintas organizaciones atrás de ellas.

Ahora bien, la definición para el common law, según Hopton, es la siguiente: "Money laundering has traditionally been considered to be a process by which criminals attempt to hide the origins and ownership of the proceeds of their criminal activities. The aim is to enable them to retain control over the proceeds and to provide, ultimately, a cover for their income and wealth."¹¹ Asimismo, el mismo autor nos presenta una ejemplificación de como la definición se encuentra plasmada en la norma:

"Section 340(11) of the Act defines money laundering as follows:

Money laundering is an act which:

- a) constitutes an offence under Sections 327, 328 or 329,
- b) constitutes an attempt, conspiracy or incitement to commit an offence specified in paragraph (a),
- c) constitutes aiding, abetting, counselling or procuring the commission of an offence specified in paragraph (a), or
- d) would constitute an offence specified in paragraph (a), (b) or (c) if done in the United Kingdom.¹²"

Asimismo, nos presenta las limitaciones a la regulación de dichos actos, donde se establecen –de forma taxativa- los supuestos de "delitos precedentes" o contextos de

¹⁰ Alldridge, Peter. What Went Wrong with Money Laundering Law? London: Queen Mary University, 2016, p.9

¹¹ Hopton, Doug. Money Laundering: A concise Guide for all Business.England: Gower Publishing Limited, 2006, p.1

¹² Hopton, Doug. Money Laundering: A concise Guide for all Business.England: Gower Publishing Limited, 2006, p 43

imputación particulares, donde se podría excluir la responsabilidad por el delito de lavado de activos:

“As already mentioned, the Serious Organised Crime and Police Act 2005 has also added an additional defence to each of the above three sections. It is the same wording for each section and is:

Nor does a person commit an offence under subsection (1) if:

- a) He knows, or believes on reasonable grounds, that the relevant criminal conduct occurred in a particular country or territory outside the United Kingdom, and*
- b) the relevant criminal conduct: (i) was not, at the time it occurred, unlawful under the criminal law then applying in that country or territory, and (ii) is not of a description prescribed by an order made by the Secretary of State.¹³”*

Vale la pena comentar, al respecto, que es interesante que –fuera de la definición realizada por los autores de la tradición jurídica reseñada, la normativa presente una definición específica fuera de los tipos legales, abarcando incluso las excepciones a su propia configuración. Conviene, entonces, identificar una normativa más uniformizada en los conceptos, lo que facilita la implementación y prevención del delito de lavado de activos.

Continuando con la exposición, en el plano jurídico nacional, a nuestro parecer es importante identificar dos planos de actuación criminal. En primer lugar, la primera fase representada por la *comisión del hecho punible*. Aquí, el sujeto activo, realiza cualquiera de los delitos previstos en nuestro Código Penal, movido por algún tipo de fin económico; sin embargo, tanto las autoridades policiales como jurisdiccionales, no logran identificarlo o simplemente, siendo responsable penalmente, el proceso es archivado por falta de pruebas o es declarado inocente. Entonces, como consecuencia de lo anterior, surge la siguiente fase, el *blanqueo de los activos ilícitamente obtenidos*. Es esta etapa, en la que se enmarcará nuestro trabajo, pues las personas naturales y jurídicas buscan la manera que poder ingresar al sistema financiero considerables cantidades de dinero dándole una apariencia de legitimidad y con ello, poder gozar de todos sus beneficios; para ello, un factor económico es propicio para lograr esta ilícita finalidad: las personas jurídicas empresariales.

A esto último, es importante resaltar que el Artículo 10º del D.L. 1106 señala que el delito de lavado de activos es un delito autónomo, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efecto o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a

¹³ Hopton, Doug. Money Laundering: A concise Guide for all Business. England: Gower Publishing Limited, 2006, p 50

investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria. Lejos de las cuestiones dogmáticas que se puedan contraponer a dicha disposición jurídica¹⁴, lo cierto es que creemos que el legislador, ha dado paso adelante en la lucha contra la criminalidad organizada, habida cuenta que, al menos en el plano fáctico, implicaría una ardua labor por parte de los operadores de justicia tener que acreditar, primero, el delito fuente para posteriormente poder realizar una imputación sobre el delito de lavado de activos.

Con el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 (16.11.2010) quedó establecido que “...el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero” (...). Agrega que “...no es necesario que las actividades referidas al delito fuente se encuentre sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria. Ello reconoce simplemente que la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas y del bien jurídico, también autónomo, afectado por el lavado”. Continúa afirmando lo siguiente: “El tipo legal de lavado de activos solo exige la determinación de la procedencia delictiva del dinero, bienes, efectos o ganancia que permita en atención a las circunstancias del caso concreto la exclusión de otros posibles orígenes. No hace falta la demostración acabada de un acto delictivo específico, con la plenitud de sus circunstancias, ni de los concretos partícipes en el mismo- lo contrario implicaría, ni más ni menos, concebir este delito como de imposible ejecución-; es suficiente la certidumbre sobre su origen, conocimiento de la existencia de una infracción grave, de manera general. Ha de constatarse algún vínculo o conexión con actividades delictivas graves- las previstas en el artículo 6° de la Ley- o con personas o grupos relacionados con aplicación de este tipo legal”.

Por otra parte, hay un punto de lo anteriormente reseñado que parecería pasar inadvertido por lo señalado por la Corte Suprema, pero que a efectos del presente trabajo

¹⁴ En contra de la autonomía material del delito de Lavado de Activos, tenemos: Lamas Suárez, Gerardo, “La falta de determinación del delito fuente en la ley penal contra el lavado de activos”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal* N° 30, Lima: Gaceta Jurídica, diciembre del 2011, p.156 yss. También Pariona Arana, Raúl “Consideraciones Críticas sobre la llamada autonomía del delito de Lavado de Activos”, en *ADP*, 2015, p.1 y ss; Caro Coria, Carlos. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa* (ADPE), N° 2, 2012, p.22 y ss; Herrera Guerrero, Mercedes “La prueba de la procedencia delictiva de los bienes en el delito de Lavado de Activos” En *Actualidad Penal* N°24, Lima: Instituto Pacífico, junio del 2016, p.215; Oré Sosa, Eduardo. “El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real.”, en *Gaceta Penal y Procesal Penal*, N° 46, Lima: Gaceta Jurídica, abril del 2013, p.175.

es importante resaltar, es cuando se afirma que “...*el delito de lavado de activos requiere que previamente se haya cometido otro delito, cuya realización haya generado una ganancia ilegal, que es precisamente lo que el agente pretende integrar a la economía y, en su caso, al sistema financiero*”¹⁵ En este supuesto, se aprecia que es la Corte Suprema, quien acepta que el delito de lavado de activos está íntimamente relacionado a aspectos del desarrollo económico, y al flujo del dinero que normalmente con apariencia de legalidad circula en dicho ámbito, pero que simplemente son producto de actividades ilícitas e irregulares que el ordenamiento jurídico no debería amparar, ni permitir que surtan efectos. Este punto será profundizado más adelante, al momento de tratar el contenido de la Casación N°92-2017-Arequipa y el Pleno Casatorio 1-2017.

En este contexto las empresas son agentes económicos comunes y normales mediante el cual se inicia la actividad delictiva de carácter organizado, y ello lleva consigo a la necesidad del uso de las entidades financieras para poder lavar dinero. A decir de Blanco Cordero: “*Las entidades de crédito, bancos y cajas de ahorro son una pieza fundamental de la política económica de los Estados, y en muchas ocasiones constituyen el verdadero motor que impulsa su desarrollo económico. Tales entidades han ido perdiendo el carácter de bancos burocratizados, meros tenedores de depósitos, y se han convertido en agresivas empresas mercantiles, que tienen como finalidad comerciar con dinero y prestar todos los servicios relacionados con la inversión de capitales. Estas actividades, de gran importancia para el tráfico económico, están a disposición de cualquiera que necesite servicios de carácter financiero. Y entre los más necesitados se encuentran aquellos que pretenden beneficiarse de las ganancias obtenidas de actividades criminales, esto es, los blanqueadores de dinero de origen delictivo*”

1.1. Normativas y Convenios Internacionales respecto al delito de lavado de activos

El delito de lavado de activos tiene un carácter transnacional, las distintas mafias del crimen organizado buscan distintos vínculos en diversos países con la finalidad de lograr el ocultamiento de los activos ilícitamente obtenidos de manera más eficaz. La vinculación criminológica del lavado de activos con la llamada criminalidad organizada implica, entre otras cosas, que el delito de lavado de activos adquiera las características de este tipo de criminalidad. Por esta razón, resulta lógico si la criminalidad organizada se

¹⁵ El subrayado es nuestro.

mueve en un plano transnacional, también los procesos de blanqueo de capitales adquieran esta dimensión espacial.

Ante esto, la comunidad internacional, tomo en cuenta el grave problema al cual se estaba enfrentando, y de manera adecuada aunó esfuerzos con la finalidad que se creen los instrumentos normativos adecuados a los cuales los países puedan adherirse y luchar contra el delito de blanqueo de capitales. Así pues, se dieron importantes aportes que determinaron a las legislaciones nacionales a tratar de uno u otro modo el combate frente a este delito, es el ejemplo, de la consideración del delito de lavado de activos como un tipo penal autónomo, independiente de los delitos fuente.

Si bien en un primer momento los instrumentos internacionales surgieron como una lucha frontal contra el tráfico ilícito de drogas, traducido por la *Convención contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas* aprobada por las Naciones Unidas en diciembre del año 1988 en la ciudad de Viena, no obstante, sentó precedente respecto al inicio del debate sobre el análisis criminológico y político criminal del delito de lavado de activos.¹⁶

El primer documento de gran importancia que marcó un hito en la lucha internacional contra el delito de lavado de activos, es aquel que fue elaborado por el grupo de los 10 países más industrializados, compuesto por los representantes de los Bancos Centrales, y fue la denominada ***“Declaración de Basilea”***¹⁷ de diciembre de 1988, que tuvo por objetivo impedir que los bancos y otras instituciones financieras fueran utilizados para transferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita, a través de unas reglas de comportamiento, como la identificación de la clientela, la comprobación o averiguación de la conformidad de las transacciones a estándares éticos, la cooperación con autoridades judiciales, controles internos y adiestramiento del personal.¹⁸ En esta declaración se instruyó a los operadores bancarios respecto a la detección de operaciones sospechosas y buscó evitar que los bancos sean utilizados como instituciones para el lavado y blanqueo de capitales.

En noviembre de 1990 fue aprobada la ***Convención relativa al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito***, aprobado en Estrasburgo

¹⁶ Al respecto Vid, Galvez Villegas, Tomás Aladino. “El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106”. Lima: Instituto Pacífico, 2014, P.31

¹⁷ Cabe resaltar que el comité de Basilea no posee ninguna autoridad de supervisión supranacional formal y sus conclusiones no tienen fuerza legal

¹⁸ Curso de Investigación Financiera para UIF's, Internal Revenue Service IRS, U.S. Department of Treasury, El Salvador, 1997.

por el Consejo de Europa la cual en estableció que cada Parte adoptará las medidas legislativas y de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delitos en virtud de su legislación nacional, si se cometieren intencionadamente: a) La conversión o transmisión de bienes sabiendo que se trata de un producto, con el fin de ocultar o disimular la procedencia ilícita de esos bienes o de ayudar a una persona involucrada en la comisión del delito principal a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; b) la ocultación o simulación de la verdadera naturaleza, origen, localización, disposición, movimiento, derechos relativos a los bienes o propiedad sobre los mismos, sabiendo que dichos bienes son productos; y, con sujeción a sus principios constitucionales y a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico; c) la adquisición, posesión o uso de bienes, sabiendo, en el momento de recibirlos, que se trata de productos; d) la participación, asociación o conspiración para cometer cualquiera de los delitos establecidos de conformidad con el presente artículo, así como las tentativas de cometerlo, y el auxilio, la complicidad, la ayuda y los consejos para que se cometa cualquiera de dichos delitos (Artículo 6).

Cabe resaltar que dicho documento normativo va más allá de considerar como delito previo al de tráfico ilícito de drogas, sino que considera cualquier otro tipo de delito como conducta de represión penal. Asimismo, se incluye como conductas típicas no solo a las orientadas a ocultar el origen de los fondos o evitar su decomiso, sino también a otras acciones orientadas a lograr que, en general, el agente del delito previo pueda eludir las consecuencias jurídicas de sus acciones delictivas.

La Convención de Palermo del 2000 “*Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia transnacional y sus protocolos*”, aporta una visión transnacional a la delincuencia organizada, y establece reglas para impedir que las personas involucradas puedan ser enjuiciadas en cualquier lugar donde comentan los delitos. Definió como “grupo delictivo organizado” a 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. Asimismo, definió como “producto del delito” a los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito. También penalizó el blanqueo de capitales cuando: i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la

comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito.

Aunado a ello, otro punto importante de la Convención de Palermo, es el hecho de crear para los estados miembros la obligación establecer un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosa.¹⁹

Otro instrumento internacional dado en el mismo sentido de la Convención de Palermo, es el Convenio de Varsovia del 2005, que prevé que los estados miembros adopten medidas con la finalidad de reprimir el blanqueo de capitales y más aún cuando se trate de situaciones que sobrepasen el ámbito nacional.

Finalmente, uno de los instrumentos normativos más importantes y que posteriormente a su emisión ha sido incorporado por el Perú, son las *Actividades del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)* cuya reunión inicial fue por 15 países europeos incluido Australia. Este grupo es un organismo intergubernamental creado en diciembre de 1988, cuyo propósito es elaborar y promover medidas para combatir el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo. Con tal finalidad, este organismo en 1990 redactó 40 recomendaciones para los países miembros, las mismas que en el año 2003 fueron aumentadas a 48, con la finalidad de luchar contra las actividades destinadas a financiar actividades terroristas, y finalmente en el año 2004 se estableció la última recomendación vinculada igualmente a la represión del financiamiento del terrorismo, con los que actualmente son 49 recomendaciones.²⁰

Cabe resaltar la existencia de la GAFISUD la cual es una organización de base regional que agrupa a países de América del Sur para combatir el lavado de dinero y la inversión en actividades de terrorismo, a través de la generación de acuerdos que permita

¹⁹ Vid Artículo 7 de la Convención de Palermo.

²⁰ Galvez Villegas, Tomás Aladino. "El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106". Lima: Instituto Pacífico, 2014, Pp.34-35.

un combate adecuado y eficaz de los distintos países de América del Sur, frente a este tipo de delitos.

1.2. Decreto Legislativo N° 1106. Antecedentes legislativos

Es claro que los antecedentes legislativos de la regulación respecto a la represión del delito de lavado de activos la encontramos en la normatividad contra el tráfico ilícito de drogas, siendo que dicho criterio jurídico fue expandido al lavado de dinero proveniente de otros ilícitos penales. A decir del maestro Percy García caveró “[l]a represión del lavado de activos en nuestro país vino de la mano de la intensificación de la lucha contra el tráfico ilícito de drogas. Si bien ya en la década de los ochenta se puso la atención en las organizaciones criminales que se forman en torno al TID, el Decreto Legislativo N° 122 no castigó de forma específica el lavado de dinero obtenido por esta actividad ilícita. fue a raíz del compromiso internacional asumido con la convención de naciones unidas sobre drogas de 1988 para una lucha eficaz contra este tipo de criminalidad que el legislador nacional tomó la decisión de criminalizar los procesos de lavado de bienes procedentes del narcotráfico²¹”.

Un primer antecedente legislativo formal en nuestro país lo podemos encontrar en la Ley N° 25404 de fecha 25 de febrero de 1992, dada por el congreso de la República en el gobierno de Alberto Fujimori Fujimori. La referida norma sustituyó el artículo 195 del código penal de aquella época por el siguiente texto: “la pena privativa será: 1.- no menor de 2 ni mayor de 6 años y treinta a noventa días multa, cuando se trata de bienes de propiedad del estado destinados al servicio público o cuando el agente se dedica al comercio de acciones delictuosas no provenientes del inciso 2). 2.- no menor de 6 ni mayor de 15 años y de 180 a 365 días multa e inhabilitación conforme al artículo 36 inciso 1), 2) y 4) cuando se trate de bienes provenientes del delito de tráfico ilícito de drogas o terrorismo”. Cabe resaltar que el dispositivo legal transcrito anteriormente pertenece a una figura agravada del delito de receptación²².

En efecto, aquí podemos apreciar, la concepción legislativa primigenia respecto al delito de lavado de activos, al ser entendida como una modalidad agravada de los efectos

²¹ García Caveró, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, Segunda Edición. Lima: Juristas Editores E.I.R.L., 2015, PP. 61-62.

²² Artículo 194.- Receptación El que adquiere, recibe en donación o en prenda o guarda, esconde, vende o ayuda a negociar un bien de cuya procedencia delictuosa tenía conocimiento o debía presumir que provenía de un delito, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de tres años y, con treinta a noventa días- multa.

provenientes del delito de receptación. Sin embargo, dicha visión resultó ser muy reducida, por cuanto no se observaba una regulación autónoma del delito de lavado de activos, y se encontraban sometida a las modalidades típicas reguladas en el artículo 194 del código penal, es decir, adquirir, recibir en donación o en prenda, guardar, esconder, vender o ayudar a negociar, mas no se incluían modalidades típicas propias de un delito de blanqueo de capitales, como la transformación, ocultamiento, transferencias, transporte, etc.

Posteriormente con fecha 09 de abril de 1992, se promulgó la Ley N° 25248 la cual tipificó nuevamente las conductas de lavado de activos, pero en el marco del tráfico ilícito de drogas con la inclusión de los artículos 296-a y 296-b en el código penal. Dichos dispositivos obedecieron a una concepción represora de todos los efectos provenientes del delito del tráfico ilícito de drogas, que históricamente al momento de ser promulgada respondió a la labor del estado por intentar desincentivar los grandes caudales económicos que generaba este ilícito negocio. Sin embargo, se aprecia que en dicha época la mentalidad del legislador estaba básicamente centrada en la relación que tenía el lavado de activos con el TID, es decir, aún se carecía de una visión amplia de todos los delitos que podría abarcar el lavado de activos. Vale decir, que las figuras delictivas reguladas por el legislador peruano, incluían ya desde aquella época, el dolo eventual, es decir un conocimiento probable de la procedencia del activo de hechos delictuosos, modalidad que se ha mantenido, certeramente, hasta la actualidad.

Posteriormente, en junio del 2002 ocurrió un cambio importante en la regulación del lavado de activos, es decir, dicho delito no sólo fue sacado del código penal y regulado en una ley penal especial, sino que se independizó de los delitos de tráfico ilícito de drogas, pues a partir de entonces podía ser cometido respecto de bienes que proviniesen de diversas actividades delictivas rentable. Si bien el lavado de activos tenía como primer ámbito la represión del narcotráfico, el tenor de la nueva regulación era muy claro en el sentido de que no se trataba de una conducta delictiva exclusiva de este tipo de delincuencia. El único límite expreso que contempló la Ley N° 27765 fue que los actos entrasen en el ámbito de regulación del delito de receptación previsto en el artículo 194 del CP. Por otro lado, esta ley especial incorporó diversas disposiciones referidas al delito previo, así como ciertas reglas para la investigación del lavado de activos²³.

²³ Garcia Cavero, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, Segunda Edición. Lima: Juristas Editores E.I.R.L., 2015, PP. 62-63.

Finalmente, el Decreto Legislativo N° 1106 es el más reciente instrumento normativo que busca la lucha eficaz frente al blanqueo de capitales, y nació como una lucha frente a las actividades y ganancias que genera el delito de minería ilegal, el cual afecta de manera grave tanto la salud de las personas como el normal desarrollo del ecosistema. Es por ello, que el estado planteó un perfeccionamiento en la tipificación jurídica de la represión del blanqueo de capitales.

El Decreto Legislativo N° 1106 ha complementado los tipos penales tipificado como delito autónomo el transporte, traslado, ingreso y salida por territorio nacional de dinero y valores de origen ilícito y el rehusamiento, retardo y falsedad en el suministro de información, así como también ha establecido un tipo penal culposo respecto a la omisión de reporte operaciones sospechosas, a la vez que ha mejorado la sistemática de las circunstancias agravantes de los respectivos tipos penales, habiendo además, implementado circunstancias atenuantes para casos de menor reproche penal.²⁴ Se debe destacar, la regulación que ha incluido el D.L. N° 1106 respecto al tratamiento de las personas jurídicas, que es un tema que nos ocupa en el presente trabajo, ha resultado ser más específica a la parte general regulada en el Código Penal en el Artículo 105° pues acá se incluyen como consecuencias accesorias la pena multa la cual oscila entre no menor de cincuenta ni mayor de trescientos Unidades Impositivas Tributarias. Claro está que en ambos casos el Juez deberá aplicar el principio de proporcionalidad, debiendo tomar en cuenta la gravedad de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible.

Otro aspecto importante regulado en el Decreto Legislativo N° 1106 y que destaca de otra regulación anterior es el importante aspecto procesal que brinda instrumentos para la lucha eficaz contra el crimen organizado. Entre ellos, destaca la interceptación, incautación y ulterior apertura de todo tipo de correspondencia que reciba o remita el imputado, aún bajo nombre supuesto, o de aquella correspondencia que, en razón de especiales circunstancias, se presumiese que emana de él o de la que el pudiere ser destinatario, cuando existen motivos razonablemente fundados para inferir que existe información útil para la investigación. Además de ello destaca la interceptación y grabación de comunicaciones telefónicas, radiales, electrónicas u otras formas de comunicación, cuando existan suficientes elementos de convicción de la presunta comisión del delito. Finalmente, el D.L. N° 1106 en su artículo 17° establece la facultad del

²⁴ Galvez Villegas, Tomás Aladino. "El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106". Lima: Instituto Pacífico, 2014, P.28.

Ministerio Público, aunque ya reconocido en la norma procesal penal, para celebrar acuerdos de beneficios y colaboración eficaz con quien se encuentre o no sometido a una investigación o proceso penal, o con quien haya sido sentenciado, a fin de que preste a las autoridades su colaboración y brinde información eficaz para la acción de la justicia penal.

1.3. El Delito precedente en el lavado de activos

Debido a la naturaleza del lavado de activos como delito conexo, y su relación con otros injustos penales presentes en nuestro ordenamiento, consideramos que es menester, en vista a la discusión que esta y ha estado presente en la actualidad, explicar de manera sucinta el concepto y las implicancias de la existencia del delito precedente. Este es definido en la doctrina Nacional por Pariona Pastrana como: “El delito precedente, conocido también como delito previo o delito fuente, es aquel acto ilícito –delito- que antecede a un determinado delito, diferente del primero. Viene a ser requisito sine qua non de la existencia del delito posterior, pues este delito fuente es el que genera el objeto material de acción del delito posterior, estableciéndose un vínculo p conexión entre ambos delitos que va más allá del aspecto fenomenológico y constituye un auténtico vínculo jurídico.²⁵” Debemos añadir, además, que existen modelos de regulación. Cabe precisar que del delito precedente y si regulación se desprenden los siguientes tópicos: la autonomía material y procesal del delito de lavado de activos: la actividad probatoria del delito de lavado de activos; y las características particulares de la regulación. Cabe detallar que no se desarrollará este tema a profundidad, al ser circunstancial al objeto de la presente investigación. Partiendo de ello, conviene reseñar algunas opiniones en la doctrina nacional sobre su relación con la configuración del delito de lavado de activos.

Así, tenemos que para Oré Guardia, es necesaria una mínima concreción para la existencia de una condena: “En mi opinión, para una condena por lavado de activos no se puede exigir la concreción del delito previo hasta sus más mínimos detalles. A modo de ejemplo, podría incluso sostenerse una acusación y condena cuando se ha determinado más allá de toda duda razonable que las ganancias provienen de un delito de corrupción imputable a un funcionario público, aun cuando existan dudas sobre el específico tipo penal que concurre (v. gr. cohecho, colusión, tráfico de influencias, etc.). Esto es así, pues se está valorando la *procedencia delictiva* del bien, es este el elemento del tipo penal de

²⁵ Pariona Pastrana, José. El delito precedente en el delito de Lavado de Activos. Lima: Instituto Pacífico, 2017, P.81

lavado de activos, no se está juzgando el delito previo.²⁶” Agrega, además, que está debe ser expresada mediante **prueba suficiente**, sin que sea necesaria una concreción detallada: “En este orden de ideas, considero que la condena por el delito de lavado de activos o blanqueo de capitales exige certeza con relación a la procedencia delictiva de los bienes maculados, esto es, prueba suficiente de que proceden de delito. Entiendo que no se requiere necesariamente una concreción acabada y detallada del delito previo, en algunos casos ni siquiera se exigirá la determinación exacta de un tipo penal específico, en la medida que exista *prueba suficiente, válidamente incorporada al proceso*, sobre la procedencia delictiva de los bienes.²⁷”

De la misma opinión, tenemos a Pariona Pastrana, quien sustenta la naturaleza de elemento objetivo del delito precedente: “Debido a lo señalado, podemos sostener la calidad de elemento objetivo del delito precedente en el delito de lavado de activos, pues en ningún momento se vulnera la autonomía particular del citado delito que es una ficción jurídica necesaria para cumplir con el principal objetivo de este tipo penal.²⁸” En opinión del último autor, esto no vulneraría la autonomía del delito de lavado de activos; de lo contrario, la no valoración de este elemento consistiría una vulneración de las garantías establecidas en la constitución.

Desde la otra posición, tenemos que para Gálvez Villegas la vinculación con la actividad criminal previa tiene otra manifestación no tan estricta como los autores precedentes: “En tal sentido, es suficiente con que existan indicios razonables que vinculen a los activos con la actividad criminal previa, como señala la doctrina, la normatividad nacional e internacional, así como la jurisprudencia y acuerdos vinculantes de nuestra Corte Suprema. Pero estos indicios razonables no necesitan ser de la misma magnitud de los que se necesitan para acreditar un delito, sino indicios de menor intensidad probatoria; pero claro, que sean idóneos para descartar la procedencia lícita de los activos materia de lavado y, consecuentemente, que vinculen a los activos a actividades criminales establecidas en el artículo 10° de la Ley,²⁹” En base a fundamentos de política criminal,

²⁶ Oré Sosa, Eduardo. La Procedencia Delictiva en el Delito de Blanqueo de Capitales. P. 21 En perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170808_03.pdf

²⁷ Oré Sosa, Eduardo. La Procedencia Delictiva en el Delito de Blanqueo de Capitales. P. 23 En perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170808_03.pdf Hopton, Doug. Money Laundering: A concise Guide for all Business. England: Gower Publishing Limited, 2006, p

²⁸ Pariona Pastrana, José. El delito precedente en el delito de Lavado de Activos. Lima: Instituto Pacífico, 2017, P.107

²⁹ Galvez Villegas, Tomás Aladino. “El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106”. Lima: Instituto Pacífico, 2014, P.91

este autor también niega la categoría de elemento del tipo del delito precedente, ya que sostiene que esto le quitaría contenido de injusto al ilícito de lavado de activos.

Al respecto, consideramos que la postura de Mendoza Llamacponcca es acertada, donde plantea: “En consecuencia, tanto en el tipo base como en el agravado, desde la disposición de la formalización de la investigación preparatoria, el Ministerio Público debe estructurar la imputación del hecho atribuido al interviniente, conteniendo la presunta realización de la conducta típica (que abarca a la tipicidad objetiva y subjetiva), como también la hipótesis acerca de que esta fue efectuada sobre un objeto criminal caracterizado por proceder de hechos criminales³⁰”. Cabe agregar que existen muchos matices que aún son materia de discusión en la doctrina nacional, y que serán mencionados de manera posterior al tratar el contenido de la Casación N° 92-2017-Arequipa.

Las opiniones en la doctrina extranjera son distintas y plantean soluciones alternas a las presentes en el paradigma nacional. A modo de reseña, Adriazola presenta una crítica a como se viene configurando el delito de lavado de activos, desnaturalizando los fines que le dieron origen:

“Es por ello que debe mirarse con preocupación el paulatino proceso por el cual esta figura se aleja del fenómeno de la delincuencia organizada con la consecuente desnaturalización del modelo. Y ese alejamiento se sustenta, en buena medida, con base en su pretensa autonomía típica. No hay que olvidar que el modelo de prevención y represión del blanqueo de dinero es un “modelo penal de excepción” pues en buena medida quiebra con ciertos principios del Derecho Penal liberal. Esa excepcionalidad deriva en primer lugar de que el modelo coloca a sujetos privados como “antenas” del Estado en la detección de operaciones inusuales o sospechosas, obligándolos a reportarlas bajo sanción administrativa –o penal en aquellos países que admiten el lavado imprudente– con grave compromiso al deber de confidencialidad. (...) La segunda consecuencia del “modelo de excepción” es la exacerbación del concepto de autonomía típica. Los alcances que pueden derivarse de una excesiva apertura de este concepto han desembocado en que el lavado de activos, en lugar de ser una figura penal instrumental, pasa a ser una “figura estelar”.³¹[El subrayado es nuestro]

Además de las críticas al abuso de la figura de excepción que representa el lavado de activos (en el sentido que fuerza a los privados a ser sujetos de detección y se presenta un uso desbocado de esta figura), el autor plantea una tercera consecuencia de este modelo de excepción: “Una tercera consecuencia del “modelo de excepción” es que –para la

³⁰ Mendoza Llamacponcca, Fidel. El delito de Lavado de Activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p.270

³¹ Adriazola, Gabriel. “La desnaturalización del sistema de prevención y represión del delito de lavado de activos. Su necesaria reconducción a la represión de la delincuencia organizada.” En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, p.3 Publicado 03/05/2012 en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_02.pdf

investigación de este delito y de otros asociados– admite la aplicación de técnicas de investigación que violentan esferas de la intimidad y la vida privada y familiar.³² En respuesta a esto, la autora plantea un regreso a los fines que dieron origen al lavado de activos, esto es, el combate contra la criminalidad organizada. Por ello, plantea la creación de una figura típica que absorba ambas circunstancias: “Se trataría en puridad, de crear un tipo de blanqueo de bienes provenientes de una organización criminal, que incluiría toda la ayuda, auxilio o apoyo al patrimonio de la organización criminal, soslayándose así las dificultades que se presentan a la hora de enfrentarse a la “mezcla” de bienes lícitos e ilícitos.³³”[El subrayado es nuestro]

Desde otra posición, analizando la normativa suiza, el autor Renart García denuncia el relajo presente en su ordenamiento al considerar como delitos precedentes únicamente a los que sean gravosos. Para él, esto es una forma de abrir las puertas a que la criminalidad adopte nuevas modalidades de incorporación de los activos mediante delitos bagatela: “Con una toma de posición intermedia entre las legislaciones que establecen listas cerradas de delitos (...) y aquellas que, haciendo gala de su pragmatismo, contemplan todo tipo de delitos, el legislador suizo opta, incomprensiblemente, por "excluir los casos sin gravedad"(...) En definitiva, las organizaciones criminales, ante las evidentes lagunas de punición existentes, elegirán el modus operandi que se ajuste a conductas típicas propias de los delitos de bagatela.³⁴”

Desde esta postura, se puede apreciar que no existe un solo camino en la incorporación del delito precedente en la normativa, ya que mientras que algunos autores buscan que se abarquen todos los supuestos, otros consideran que es una extralimitación.

En la doctrina extranjera, vale la pena reseñar lo dicho por la autora Del Carpio Delgado, quien analiza el estado de la cuestión en la doctrina nacional y establece un parámetro de análisis distinto y desde un enfoque diferente al de los autores reseñados de forma precedente. Así, para ella “... el problema no está en la existencia de un

³² Adriaola, Gabriel. “La desnaturalización del sistema de prevención y represión del delito de lavado de activos. Su necesaria reconducción a la represión de la delincuencia organizada.” En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, p.4 Publicado 03/05/2012 en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_02.pdf

³³ Adriaola, Gabriel. “La desnaturalización del sistema de prevención y represión del delito de lavado de activos. Su necesaria reconducción a la represión de la delincuencia organizada.” En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, p. 11 Publicado 03/05/2012 en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_02.pdf

³⁴ Renart García, Felipe. El Blanqueo de Capitales en el Derecho Suizo. En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_50.pdf P.9

determinado elemento del tipo sino en su determinación, según las normas procesales, de cómo éste 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 materiales³⁵” Desde una postura expresada de forma simplificada, sin restarle contenido al argumento esgrimido, que Del Carpio separe la discusión del delito precedente y su valoración probatoria da la vista de una sólida posición.

Posteriormente, sin pronunciarse sobre el nivel probatorio que requiere, dice del delito previo: “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 contraria 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.³⁶”[El subrayado es nuestro]. Posteriormente, precisa: “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 éste. Ni mucho menos quiénes intervinieron en su ejecución.³⁷” Podemos concluir, entonces, que la postura de la autora reseñada es semejante a la de Mendoza Llamapponcca, en el sentido que no propone una prueba suficiente acreditada, pero si una implicancia tanto del elemento subjetivo como el objetivo.

Por último, en relación a la regulación del delito precedente y su modalidad de presencia en la ley, en los casos de Argentina y Chile, tenemos, según Brind, lo siguiente: “Con la legislación posterior, Chile y Argentina ampliaron el abanico de los delitos base, pero lo hicieron por caminos distintos. Chile recurrió, en la Ley 19.913, a la técnica del

³⁵ Del Carpio Delgado, Juana. “La normativa internacional del blanqueo de capitales. Análisis de su implementación en las legislaciones nacionales: España y Perú como casos de estudio”. En Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). España: Universidad Santiago de Compostela, p. 689

³⁶ Del Carpio Delgado, Juana. “La normativa internacional del blanqueo de capitales. Análisis de su implementación en las legislaciones nacionales: España y Perú como casos de estudio”. En Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). España: Universidad Santiago de Compostela, p. 696

³⁷ Del Carpio Delgado, Juana. “La normativa internacional del blanqueo de capitales. Análisis de su implementación en las legislaciones nacionales: España y Perú como casos de estudio”. En Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). España: Universidad Santiago de Compostela, p. 724

catálogo cerrado siguiendo el modelo norteamericano y alemán. La citada ley, a tono con los estándares internacionales de prevención (Toso Milos, 2011: 435), creó la Unidad de Análisis Financiero (UAF).⁵ Argentina optó, en la Ley 25.246, por un criterio generalizador: «todos» los delitos pueden ser base del lavado de dinero.⁶ Dicha norma tipificó el lavado de dinero como delito contra la administración pública y creó también la Unidad de Información Financiera (UIF). La Ley 26.683 tipificó el lavado de dinero contra el orden económico y financiero.³⁸ Podemos observar que el modelo adoptado por la Ley Peruana es semejante al presente en la normativa Argentina, ya que ambos contamos con un catálogo abierto [siendo el de Perú semi abierto, al plantear primero una enumeración, para luego incluir cualquier tipo de actividad criminal susceptible de generar ganancias].

1.4. La Casación N° 92-2017-Arequipa

Con fecha 08 de agosto de 2017, la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema promulga la sentencia de *Casación N°92-2017-Arequipa*, la cual incluía en sus fundamentos criterios que debían ser considerados vinculantes para todo el ordenamiento. Esto provocó una gran repercusión a nivel nacional, ya que cambiaba y variaba la configuración del delito de lavado de activos tal como venía siendo procesado. Al respecto, tenemos que entre los fundamentos declarados vinculantes estaban los siguientes:

Décimo sétimo: No obstante la deficiencia de técnica legislativa expuesta en los considerandos precedentes; una interpretación sistemática y teleológica de la ley vigente, permite concluir que el delito fuente sigue siendo un elemento normativo del tipo objetivo de los artículos 1, 2 y 3, del Decreto Legislativo N.º 1106, modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249; y que cumple, además, una trile función dogmática; esto es: i) otorga contenido al objeto material del delito; ii) da sentido a la imputación subjetiva; y, iii) justifica la agravante de la pena.

Quincuagésimo segundo: En consecuencia, aunque la cláusula abierta del segundo párrafo del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, solo pone el acento en la capacidad del delito previo de “generar ganancias ilegales”; sin embargo, una interpretación histórica, de ratio legis, sistemática y teleológica; de la referida norma; hace exigible que solamente puedan constituir delitos fuente —subsumibles en la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”—, ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales; cuya determinación requerirá de una motivación cualificada por parte del operador jurídico, dada la significativa indeterminación de la cláusula abierta en mención.

Quincuagésimo sexto: Al respecto, este Supremo Tribunal, considera que para incluir un determinado delito [como delito fuente] en la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales” —prevista en el segundo párrafo del artículo

³⁸ Brind, Leonardo Germán. “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado.” En *Revista de Estudio de La Justicia*, N°26 (2017). Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p.78

*10 del Decreto Legislativo N.º 1106—, se tendrá en cuenta los siguientes factores: i) La descripción del suceso táctico, ocurrido en un tiempo y lugar determinado; mencionando a su presunto autor o partícipe, ii) El conocimiento o presunción de conocimiento del agente, sobre dicho delito previo; iii) Su capacidad para generar ganancias ilegales; y, iv) La gravedad del delito, en atención a la pena conminada en el tipo penal correspondiente; los mismos que serán materia de una motivación cualificada. De esta forma se evitará la vulneración del principio de legalidad, en su vertiente de *lex certa*.*

Esta Sentencia suscito tal cuestionamiento, que fue motivo de un oficio remitido por parte del Ministerio Público, ya que consideraba que ponía en peligro múltiples procesos por lavado de activos todavía pendientes:

“La referida sentencia casatoria que configura doctrina jurisprudencial vinculante señala que, para la configuración del delito de lavado de activos se debe acreditar el delito previo como un elemento normativo del tipo penal” y que “esto atenta contra los compromisos internacionales adquiridos por el Estado peruano en la lucha frontal contra el delito de lavado de activos, en las Convenciones de la Naciones Unidas de Viena y Palermo, las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI y GAFISUD) y el Reglamento Modelo de la CICAD-OEA (Artículo 2.6: “Los delitos de lavado son autónomos de cualquier otro crimen, no siendo necesario que se sustancie un proceso penal respecto a una posible actividad delictiva grave”), por cuanto dichas normas postulan que los Estados legislen sobre la criminalización autónoma y específica de los actos de lavado de dinero.³⁹”

Al respecto, tenemos que múltiples autores han presentado cuestionamientos a los criterios utilizados en la Casación N° 92-2017-Arequipa. Entre los primeros, tenemos a García Cavero, quien, analizando el oficio del Ministerio Público, comenta: “En cuanto al contenido de la crítica del Ministerio Público, debe decirse que su posición confunde dos cuestiones básicas del delito de lavado de activos. Primero, que el delito de lavado de activos es un delito de conexión y eso supone que su estructura típica está necesariamente vinculada a un delito precedente. Esta vinculación está referida al objeto material del delito. En ese sentido, no es posible tipificar el delito de lavado de activos sin la referencia al delito fuente del que proceden los activos. Lo segundo es que el principio de autonomía es un principio procesal que lo único que hace es levantar una situación de “prejudicialidad” homogénea de carácter devolutivo; cuestión que, por lo demás, ha sido ya expresamente planteada en esos términos por la Corte Suprema en el punto 32 del Acuerdo Plenario N.º 3-2010 y que, como tal, ha sido correctamente desarrollada por el

³⁹ Oficio remitido por el Ministerio Público en razón al contenido de la Casación N° 92-017-Arequipa. Emitida por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, citado por García Cavero, Percy. “La discusión jurisprudencial sobre el delito fuente como elemento normativo del tipo del delito de lavado de activos”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017.

R.N. N.º 399-2014 en el sentido de una autonomía procesal⁴⁰.” Al respecto, vemos que el autor resalta la naturaleza del delito de Lavado de activos como delito conexo. Esto le permite afirmar que no exista la afectación que anuncia el Ministerio Público, ya que el criterio establecido en la citada Casación va conforme a la naturaleza típica del delito de Lavado de Activos: “De lo anterior se puede concluir que la afirmación hecha por la Casación N.º 92-2017-Arequipa de que el delito fuente (o, mejor dicho, la procedencia delictiva) es un elemento normativo del tipo, en nada afecta la persecución de los delitos de lavado de activos en el caso de los lavadores que desconocen los detalles del hecho generador de los activos. El dolo del lavador debe abarcar solamente el hecho de que los activos provienen de un delito, no la forma en la que concretamente se cometió el delito fuente.⁴¹” [El subrayado es nuestro]

Por otro lado, tenemos la posición de Arbulú Ramírez, quien, desde otra posición no totalmente contraria, plantea –en relación al delito fuente- que el conocimiento del ilícito se debe adscribir al elemento subjetivo: “La adscripción del conocimiento del origen ilícito (o, si se quiere, de la actividad criminal o delito fuente) en el dolo del agente permite unir el lavado de activos con su procedencia delictiva o, bien, según la literatura jurídica vigente, con el delito fuente, sin que haya necesidad de probar este último⁴²” Asimismo, también tenemos la posición de ABANTO, quien precisa que la confusión y el debate se genera en torno al término *delito fuente* al no estar precisado en la norma, siendo su uso mayoritario presente en la doctrina y jurisprudencia, tal como reseña: “El término “delito fuente” es creación de la doctrina y jurisprudencia que, por lo demás, no es exacto y tiende a incrementar la confusión. Y esto se debe a que la *actividad criminal* (término amplio empleado por la ley) que da inicio a la investigación hasta llegar incluso a la condena no tiene que constituir un “delito” en el sentido tradicional de la palabra...⁴³” Si bien este último autor no se muestra discrepante con el contenido de la Casación N° 92-2017

⁴⁰ García Cavero, Percy. “La discusión jurisprudencial sobre el delito fuente como elemento normativo del tipo del delito de lavado de activos”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.49-50

⁴¹ García Cavero, Percy. “La discusión jurisprudencial sobre el delito fuente como elemento normativo del tipo del delito de lavado de activos”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p 54

⁴² Arbulú Ramírez, José Antonio. “Análisis Crítico de la Casación N° 92-2017-Arequipa”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.38

⁴³ Abanto Vásquez, Manuel. “Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema: Casación N° 92-2017-Arequipa”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.22

Arequipa, plantea observaciones a que no se han tratado ciertos aspectos secundarios, como en las implicancias de la imputación en un caso concreto del autolavado.

Para ABANTO, la citada Casación aclara tres puntos de forma debidamente fundamentada: “En suma, la sentencia de casación ha aclarado, con mucho fundamento doctrinario tres aspectos decisivos y de gran utilidad práctica: el *carácter normativo* del elemento “delito fuente” (mejor: de la “suciedad” o “mácula” u “origen ilícito” del bien lavado), la vigencia de la *autonomía procesal* entre lavado de activos y “delito fuente” (mejor: “hecho antijurídico previo”), y la necesidad de integrar el *elemento gravedad* en la “cláusula abierta” del artículo 10, segundo párrafo del D. Leg. N.º 1106. Todo esto es plenamente suscribible, aunque se pueda discutir sobre algunos aspectos secundarios.⁴⁴” Nuestra posición va acorde con lo expresado por Arbulú, ya que si bien consideramos que el delito precedente forma parte de los elementos típicos, en el sentido que **debe ser abarcado por el dolo**; es decir, que el conocimiento de las actividades criminales debe ser un elemento a probar sobre el posible conocimiento de la naturaleza de los activos.

En respuesta a esto, la Corte Suprema se ve obligada a convocar a un Pleno Casatorio, que desemboca en Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433. El contenido de la misma se puede resumir en lo siguiente:

- “Nuestro sistema penal reconoce la autonomía del delito de lavado de activos, entendida esta como la capacidad de investigar, procesar, y condenar a alguien por este delito sin necesidad de probar que se ha identificado concretamente el delito específico del que provienen los bienes que se lavan (f. j. n.º 12).
- Lo que debe acreditarse, a estos efectos, es únicamente el origen ilícito de los bienes, es decir, que se han obtenido gracias a actividades criminales antecedentes genéricas. No se requiere especificar un delito previo ni para acusar ni para condenar, ni especificar circunstancias de tiempo y/o lugar (f. j. n.º 19).
- Lo anterior no supone relativizar la presunción de inocencia, ya que la relación de los activos con la actividad criminal genérica no puede ser presumida, y no se admitirá condenar a nadie sobre la base de suposiciones o conjeturas. No basta contar con una probabilidad más o menos alta de que los activos se hayan originado en una actividad criminal, sino que debe existir certeza probatoria respecto de este hecho (f. j. n.º 21).
- El principio de progresividad supone la exigencia de distintos grados de certeza probatoria que la Fiscalía debe ir acreditando para sostener su imputación desde el momento de la apertura de diligencias preliminares, hasta el de la condena. Los estándares definidos por la Corte a estos efectos son *sospecha inicial simple* (para la apertura de diligencias preliminares), *sospecha reveladora* (para la formalización de la investigación preparatoria), *sospecha suficiente* (para la emisión de la

⁴⁴ Abanto Vásquez, Manuel. “Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema: Casación N° 92-2017-Arequipa”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.28

acusación y el auto de enjuiciamiento), y *sospecha grave* (para la imposición de la medida de prisión preventiva) (f. j. n.os23 y 24).

- La Casación N.º 92-2017-Arequipa no tiene efectos vinculantes.⁴⁵”

Existen múltiples comentarios al respecto, siendo el primero que se reseñara el de Bustinza Siu. Este autor centra su crítica en la falta de precisión en torno a la configuración y acreditación del dolo. Critica el sentido de la obligación del autor de conocer el presunto origen de los bienes, estableciéndose –según él– un deber anterior a la propia acción, donde postula que no debería ser viable la salida de la atribución de dolo mediante la ignorancia deliberada en nuestro ordenamiento: “Por ello, se recurre al recurso de la ignorancia deliberada, propia del sistema de imputación anglosajana, donde se adscribe un conocimiento al agente que cometerá o no alguna conducta relacionada con el tipo penal de lavado de activos, pues este debía presumir el origen ilícito, nótese que se impone un deber desde antes de haberse realizado la hipotética acción. Tal proceder debe ser rechazado, porque existe el recurso a la prueba indirecta, que complementan la observación directa del estado de las cosas. Por tanto, se rechaza las tesis que nieguen la probanza de un estado mental —actitud intencional— o bien que siéndolo no pueda ser probado empíricamente.⁴⁶”

Posteriormente, Bustinza crítica la posición de la Sentencia Plena Casatoria sobre la autonomía del delito de lavado de activos, negando su naturaleza de delito conexo, en los siguientes términos “...Es evidente que el delito de lavado de activos no es un delito autónomo, sino que requiere al menos un grado de realización, algún sector de la doctrina exige que el delito conexo se halle consumado. Sin embargo, no se le puede dotar de autonomía material, por no responder esta necesidad político criminal al principio de legalidad. Otra cuestión muy distinta es por un aparente “sentimiento de justicia” o evitar vacíos de impunidad se le dote de una autonomía instrumental, que a la postre al momento de la sentencia donde se tenga que probar la preexistencia del delito conexo podría generar problemas de mayor envergadura al momento de justificar una sentencia por lavado de

⁴⁵ Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, pp. 48-49

⁴⁶ Bustinza Siu, Marco “Nihil est sine ratione: la necesaria convergencia de la imputación subjetiva con la objetiva en el lavado de activos.” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.20

activos.⁴⁷” Por ello, estas observaciones entre otras críticas que plantea, llevan al autor a afirmar que la flexibilización de los criterios –como el elemento normativo- presentados por la Corte Suprema llega a afectar principios de índole constitucional⁴⁸.

También encontramos en la doctrina nacional la posición de Culquiconcor, también crítico con el Pleno Casatorio, ya que, según él, no puede afirmarse la autonomía absoluta del delito de lavado de activos debido a su naturaleza típica: “En puridad, no puede hablarse de autonomía absoluta del delito de LA. Obligatoriamente una investigación en ese extremo no puede estar desvinculada del delito previo; aunque sea de manera indiciaria, debe existir información mínima respecto de la cual el imputado pueda ejercer su derecho de defensa, vale decir su derecho a contradecir vía el derecho de aportar medios probatorios durante la fase de investigación preparatoria y la etapa intermedia.⁴⁹” Sustenta su posición en base al derecho constitucional a la defensa; ya que de no darse la mínima acreditación del delito previo, no podría sostenerse una condena ni una persecución, pues no se podría enervar con suficiencia el derecho a la presunción de inocencia.

Asimismo, comenta que –pese a las conclusiones arribadas, todavía es necesario mayores pronunciamientos en torno a establecer los montos mínimos que son requeridos para la configuración del delito de Lavado de Activos: “Como el legislador no da mayores indicadores o referentes alternativos para dar contenido a la fórmula legal “[...] cualquier otro [delito] con capacidad de generar ganancias ilegales”, es necesario que la Corte Suprema —en tanto no haya modificatoria de la ley— establezca un criterios o pautas para establecer cuál sería el monto mínimo de la ganancia ilegal para que sea considerada idónea de configurar el delito de lavado de activos⁵⁰” Estamos de acuerdo con el citado autor en la referencia de que aún es necesaria una mayor concreción sobre la naturaleza del delito previo, con especial relevancia a la valoración económica de los bienes de origen ilícito y su procedencia.

⁴⁷ Bustinza Siu, Marco “Nihil est sine ratione: la necesaria convergencia de la imputación subjetiva con la objetiva en el lavado de activos.” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.21

⁴⁸ Bustinza Siu, Marco “Nihil est sine ratione: la necesaria convergencia de la imputación subjetiva con la objetiva en el lavado de activos.” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.24

⁴⁹ Culquiconcor Merino, Wilmer “Reflexiones sobre la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, y propuestas de reforma legislativa.” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p. 71

⁵⁰ Culquiconcor Merino, Wilmer “Reflexiones sobre la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, y propuestas de reforma legislativa.” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p. 80

Por último, consideramos que una de las opiniones más completas es la realizada por el abogado Arrieta Caro, quien fue uno de los *amicus curae* del citado Pleno Casatorio. Al respecto, el autor reseña los antecedentes de la posición contenida en el Pleno Casatorio. Primero, separa las posiciones jurisprudenciales en dos grupos. Sobre el primer grupo de magistrados nos dice, nos dice: “Un primer sector de los magistrados de la Corte Suprema consideró en numerosas decisiones que el delito de lavado de activos no era propiamente independiente, sino que su tipicidad dependía de la delictuosidad de la conducta previa en la que se originaron los activos que el autor intentaba hacer aparecer como procedentes de actividades lícitas. Este sector hablaba entonces de un “delito fuente” como origen del injusto del delito de lavado de activos. Acompañado de una corriente doctrinal relevante, este grupo de magistrados entendió que la condena por el delito de lavado de activos suponía la existencia de un delito anterior concreto, que daba origen a los bienes materia de la operación de lavado.⁵¹” Se desprende de ello, que esta primera posición se caracteriza por plantear al delito de lavado de activos como dependiente del *delito fuente* así como suponía su existencia.

Frente a esto, el segundo grupo se anteponía a este bastándole la probanza genérica de las presuntas actividades delictivas: “Por el contrario, este segundo sector consideraba satisfecho el requisito de la procedencia delictiva de los bienes con la sola acreditación de una actividad delictiva genérica de la cual fuese razonable concluir, basándose en indicios objetivos, que estos provenían. Este grupo de magistrados requería entonces que se probase, para condenar, solo un origen delictivo genérico de los bienes materia del proceso, sin que fuese necesario acreditar con exactitud el delito concreto que había servido para obtenerlos.⁵²” Desde esta perspectiva, junto al autor reseñado, nos adscribimos a esta segunda posición, complementaria a que el *delito fuente* debe ser abarcado como elemento del tipo en el sentido que es abarcado por el dolo. El autor precisa –punto en el que estamos de acuerdo– sobre el nivel de probanza de este conocimiento lo siguiente: “Primero, es improbable que el sujeto activo del delito sepa o tenga interés en saber de qué operación delictiva concreta provienen los bienes que se le encarga lavar. Exigir que el Ministerio Público sepa más o pueda probar más de lo que los propios

⁵¹ Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p. 35

⁵² Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, pp.36-37

imputados saben sobre él resulta excesivo, y complicaría todavía más el ya complejo escenario de represión del lavado de activos en nuestro país⁵³.”

También es interesante la postura de Arrieta Caro frente a las críticas sobre la acreditación de los activos. En ese sentido, critica la Posición de la Casación N°92-2017-Arequipa en el sentido que pretendía la probanza de un delito fuente concreto: “En segundo lugar, carece de sentido requerir acreditar un delito concreto para fundamentar la procedencia delictiva de los activos porque el injusto del delito de lavado ya se satisface cuando se acreditan indicios objetivos para vincular a los bienes y las operaciones cuestionadas con una actividad criminal que revista cierta gravedad y sea productora de ganancias..⁵⁴” Por último, reseña que esta posición va conforme al origen de lavado de activos, ya que éste nació como autónomo en vista a generar una nueva forma de combatir a la criminalidad organizada. La exigencia de la probanza de un delito concreto va en contra a este sentido, ya que existía ya en ese momento la herramienta de la incautación frente al delito previo, por lo que el tipo de blanqueo ocupa otras funciones⁵⁵.

Por último, a modo de conclusión, debemos aclarar que la nueva versión del artículo incorporada por el Decreto Legislativo N° 1249⁵⁶ iba en contra de lo reseñado por la Casación N° 92-2010-Arequipa, quien al contravenía directamente, tal como nos dice Arrieta: “La interpretación de la nueva versión del art. 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 modificado por el Decreto Legislativo N.º 1249 propuesta por la Segunda Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema era así no solo innecesaria —debido a que ya existía un

⁵³ Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.39

⁵⁴ Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.40

⁵⁵ Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.41

⁵⁶ Artículo 10.- Autonomía del delito y prueba indiciaria: El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena
El conocimiento del origen ilícito que tiene o que debía presumir el agente de los delitos que contempla el presente Decreto Legislativo, corresponde a actividades criminales como los delitos de minería ilegal, el tráfico ilícito de drogas, el terrorismo, el financiamiento del 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, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. El origen ilícito que conoce o debía presumir el agente del delito podrá inferirse de los indicios concurrentes en cada caso.

consenso entre los magistrados para considerar incluidos en la legislación anterior a dicho decreto los casos de pagos por adelantado— sino que contravenía directamente el sentido de la modificación legislativa.⁵⁷”

⁵⁷ Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.46

Capítulo 2

Principales aspectos criminológicos en el delito de lavado de activos

2.1. El bien jurídico protegido

Como primer acápite a desarrollar en este apartado, vale la pena reseñar cuál es el objeto de protección en el delito de Lavado de Activos. Al respecto, tenemos distintas posiciones, pero tomaremos como principal la que sostiene que el bien jurídico protegido es el sistema socioeconómico.

En la doctrina nacional, tenemos que para HERRERA el bien jurídico protegido es el sistema socioeconómico: “El sistema socioeconómico sería el bien jurídico de protección prioritario en esta clase de delitos, en la medida que existe un interés claro en evitar que las ganancias ilegales se puedan integrar en el tráfico comercial.⁵⁸” En la misma línea, Mendoza Llamapconcca sostiene lo mismo, concretándolo en la manifestación a la libre y leal competencia: “Por eso, siendo el fenómeno delictivo estudiado un delito contra aspectos concretos del orden socioeconómico, se analizará –en primer lugar- el planteamiento que considera que la libre y leal competencia constituye el bien jurídico inmediato puesto en peligro por las conductas de reciclaje. En segundo lugar, el objeto llamado a cumplir la “función representativa” del bien jurídico mediato, toda vez que este sea el que resultare puesto en riesgo abstracto por la peligrosidad de las conductas de lavado.⁵⁹”

Al respecto, consideramos que la posición más adecuada es la asumida por el autor Gálvez Villegas, en la que plantea lo siguiente: “Siendo así, concluiremos diciendo que los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son la libre y leal competencia y la eficacia de la Administración de Justicia, en tanto constituyen objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general orden o sistema económico, de tal suerte que la afectación a este último está determinada por la de los primeros.⁶⁰” Consideramos que, al considerarlo un delito pluriofensivo, y encomendando

⁵⁸ Herrera Guerrero, Mercedes. “La prueba de la procedencia delictiva de los bienes en el delito de Lavado de activos”. En Actualidad Penal, N°24, Lima: Instituto Pacífico, Junio 2016, pp.211-212

⁵⁹ Mendoza Llamapconcca, Fidel. El delito de Lavado de Activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p.207

⁶⁰ Galvez Villegas, Tomás Aladino. “El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106.” Lima: Instituto Pacífico, 2014, Pp.72-73

las manifestaciones específicas de la vulneración al sistema económico en la libre leal competencia y la administración de justicia, el sistema es más adecuado al objeto verdadero de protección del delito de lavado de activos.

Por último, vale reseñar dos posturas de la doctrina internacional. En lo que respecta a Costa Rica, Soto Arroyo plantea como bien jurídico a proteger el orden socioeconómico: "...es el orden socioeconómico el bien jurídico que tutela, pues es este en el que se dan las repetidas transacciones comerciales con grandes cantidades de dineros ilegítimos, que generan efectos negativos a largo plazo, tales como perjuicio a la libre competencia y desestabilización de mercado y pérdida de confianza en el sistema económico nacional..."⁶¹ Desde el otro lado, en lo que respecta al ordenamiento jurídico suizo, Renart García plantea que el bien a proteger es la administración de justicia: "Consideraciones, éstas últimas, que hacemos nuestras por entender que la conducta blanqueadora se dirige, en última instancia, a impedir el descubrimiento, no sólo del origen de los bienes sino, fundamentalmente, de la identidad de los autores del delito principal. Por ello, consideramos que el blanqueo de "capitales" constituye, en definitiva, un acto de enmascaramiento realizado sobre bienes y valores diversos conducente a un favorecimiento personal. Desde este prisma, la Administración de Justicia, como bien jurídico protegido, parece incuestionable."⁶² Esto refuerza nuestra posición al tomar como el bien jurídico protegido lo expuesto por Gálvez Villegas.

2.2. La criminalidad organizada

No hay ningún problema en señalar, que la importancia de un adecuado estudio y combate al problema del blanqueo de capitales, se sustenta en lo siguiente: *si el Estado posee adecuados mecanismos de represión frente al lavado de activos, entonces también se estaría desalentando considerablemente la comisión de distintos tipos penales* (tales como la trata de personas, corrupción y tráfico ilícito de drogas), pues imposibilitados en la manera de realizar un goce y disfrute del dinero ilícitamente obtenido, también carecería de objeto continuar realizando actividades ilícitas.

⁶¹ Soto Arroyo, Hania. "El delito de legitimación de capitales a la luz de la legislación y la jurisprudencia penal costarricense" en Derecho Sociedad N° 2, Costa Rica: Revista Electrónica de la Facultad de Derecho Ulaicit, febrero 2012, p.65

⁶² Renart García, Felipe. El Blanqueo de Capitales en el Derecho Suizo. En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_50.pdf P.8

Es aquí, donde apreciamos que el delito de Lavado de Activos se encuentra principalmente ligado a la criminalidad organizada. Entonces, a decir de Prieto y Gonzáles, citado por Prado Saldarriaga, “[a]hora, las nuevas organizaciones criminales poseen características y estructuras distintas a la de la mafia tradicional, e incluso ésta en algunos casos, ha ido cambiando de una forma u otra. A causa de estas diferencias, ahora tenemos estructuras con redes flexibles, estructuradas libremente. Tienen células pequeñas especializadas, son altamente adaptables en cualquier lugar y en cualquier momento, contienen menos riesgos. Buscan siempre el mayor beneficio con el menor riesgo, esto es un problema especial, porque esto provoca o ayuda a hacer menos riesgosa la actividad ilegal, a promover la corrupción que también es un punto muy importante. Son redes menos formales, sus enlaces tácticos y enlaces estratégicos se mezclan con organizaciones de bienes y servicios a clientes, buscan compartir mercados en vez de tener el control, trabajan de una manera más abierta, o sea trabajan de una manera más empresarial” (Cfr. César Prieto Palma y Samuel González Ruiz. Estructuras y Características de la Delincuencia Organizada. Separata del Seminario sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada y la Corrupción. Contenido en CD ROM del Centro para la Prevención Internacional del Delito-Oficina contra la Droga y el Delito de las Naciones Unidas. Editado por la Academia de la Magistratura. Lima. Agosto 2003, p.1).

Al respecto, Lamas Puccio acota lo siguiente: “Aun cuando en esencia los objetivos que persigue todo aquel que lava dinero o legitima capitales no han cambiado mucho a lo largo de los años, el contexto global en la actualidad y las transformaciones tecnológicas que cambian todos los días, ofrecen condiciones inmejorables para legitimar capitales de forma cada vez más sofisticada.⁶³”. Debemos agregar, además que Este tipo de actividad, que muchas veces es denominado como la *empresa de la criminalidad*, permite colegir al menos las siguientes características: a) organización de sus miembros, b) estructuras de poder, dirección y mando, c) fungibilidad de los autores y partícipes y d) búsqueda de lazos de corrupción para facilitar sus actividades ilícitas.

Es en el aparato organizacional, donde se hace necesario un mecanismo, creemos que encierra todo el aparato delictivo, que sucede luego de cometer los ilícitos penales, que es la fase del ocultamiento de los activos, y es precisamente la empresa, las más utilizadas por la criminalidad organizada para poder darles apariencia de legalidad a los activos.

⁶³ Lamas Puccio, Luis. La prueba en el Delito de Lavado de Activos. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p.31

Respecto a la vinculación del delito de lavado de activos con la criminalidad organizada, García Caveró sostiene lo siguiente: “Por lo tanto, solamente teniendo en claro las decisiones tomadas en relación con la lucha contra la criminalidad organizada, se podrá tener una idea definida del sentido de la represión de los actos de lavado de activos. Aun cuando la aplicación de la normativa penal referida a esta específica figura delictiva pueda desbordar el marco de las actividades de las organizaciones criminales, no hay duda que su razón de ser retrotrae a la lucha contra el fenómeno asociativo de carácter delictivo”⁶⁴

Concluye Mendoza Llamapponcca: “El lavado de activos, por lo expuesto, se configura en un aspecto consustancial y esencial para la criminalidad organizada. Constituye el mecanismo (delictivo) empleado por las organizaciones criminales para satisfacer su necesidad imperiosa de revestir, sus delictuosos rendimientos económicos de apariencia de legalidad⁶⁵”.

2.3. Carácter distorsionador de la economía

Los lavadores de dinero, utilizan una empresa o una compañía de fachada la cual se encuentra legítimamente constituida y organizada en torno a un fin económicamente lícito; sin embargo, esta actividad comercial sirve, en primer lugar, como máscara para el lavado de fondos ilegítimos, la cual mezcla ambas clases de activos, de tal manera que se hace imposible la posterior identificación de los efectos de la comisión del delito previo. Ello genera que empresas vean aumentado sus capitales, y por ende, con una mayor posibilidad de afrontar las crisis económicas o por el contrario con grandes posibilidades de inversión, la cual genera que este dinero ilícitamente obtenido se incremente y además perjudica al resto de empresas que no poseen dicha condición y que en realidad no son utilizadas para lavar dinero.

A consecuencia lo anterior, se ve afectada la libre competencia, es decir, la rivalidad que poseen los agentes económicos en aras de maximizar sus beneficios, quienes se ven afectados por grandes cantidades de capitales las cuales, al ser financiadas por dinero ilícito, muchas veces ofrecen una rebaja en el precio de sus productos, lo que genera una grave distorsión en la economía. Siendo así, se impide el adecuado funcionamiento de

⁶⁴ García Caveró, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, Segunda Edición. Lima: Juristas Editores E.I.R.L., 2015, P 31.

⁶⁵ Mendoza Llamapponcca, Fidel. *El delito de Lavado de Activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p.97

la libertad empresarial, lo que genera también, la utilización de un medio formal para efectos del delito, que el Estado debe desaparecer, en aras de garantizar los bienes jurídicos protegidos por el delito de lavado de activos.

Asimismo, el carácter distorsionador de la economía también es reconocido en el paradigma jurídico anglosajón, donde lo relacionan con la confianza en el propio Sistema bancario. Haciendo referencia a la primera directiva contra el lavado de activos, Alldridge nos dice: “Whereas when credit and financial institutions are used to launder proceeds from criminal activities (hereinafter referred to as “money laundering”), the soundness and stability of the institution concerned and confidence in the financial system as a whole could be seriously jeopardized, thereby losing the trust of the public;⁶⁶” Es interesante que en el panorama mundial se reconozca la potencialidad del lavado de activos para afectar la economía.

Es un fenómeno globalizado.- El lavado de activos, es un delito que afecta y atañe al todo los Estados, razón por la cual se hace necesarios que los países armonicen sus legislaciones. Al respecto, es importante tomar en consideración que las principales organizaciones criminales buscan países de menor control y fiscalización con la finalidad de ocultar sus ganancias ilícitas, además de ello, al momento de desviar la jurisdicción penal a otros territorios generan mayor complejidad en la persecución lo que genera posibilidad mayor de cumplir sus objetivos.

Al respecto, Lamas Puccio acota en un primer momento la relación entre la globalización y el lavado de activos como discursiva: “La relación entre *globalización* y *criminalidad* surge en sus inicios en el plano discursivo, dado que no resultaba fácil discernir los mecanismos, las dinámicas o los procesos según los cuales el ensanchamiento del espacio del mercado hasta los límites demográficos y territoriales del mundo, son algunos de los factores que propician una nueva forma de criminalidad que tiene características globales...⁶⁷” Al respecto, Mendoza Llamacponcca desarrolla lo siguiente: “Con esto, merced a los avances tecnológicos en materia de información, comunicación y transporte, sus rendimientos económicos y servicios pueden moverse

⁶⁶ First Money Laundering Directive, 1991/308/EEC. En ALLDRIDGE, Peter. What Went Wrong with Money Laundering Law? London: Queen Mary University, 2016, p.13

⁶⁷ Lamas Puccio, Luis. La prueba en el Delito de Lavado de Activos. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p.35

libremente. Por tanto, se hace patente que la realidad de la criminalidad, en un contexto como el descrito, se ha visto innovada por la globalización económica.⁶⁸

Este fenómeno organizado de criminalidad ha llevado a que la comunidad internacional dicte una serie de Convenciones, Reglamentos y otras normas que intentaron crear una política criminal; estos esfuerzos son, entre otros, la Convención de Viena de 1988 sobre Represión del Tráfico Ilícito de Estupefacientes, la Convención de Naciones Unidas contra la Financiación del Terrorismo, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Internacional, la Convención de Estrasburgo, las 40 Recomendaciones del GAFI contra el Blanqueo de Capitales, los 25 Criterios del GAFI, la Declaración de objetivos del Grupo Egmont de Unidades de Inteligencia Financiera, etc.

Como se ha señalado, la estructuración de la criminalidad organizada y los aparatos de poder, hacen que, con el fin de optimizar sus actividades de blanqueo, expandan sus actividades a otros países, tomando como ventajas que, en determinadas naciones, no existe un adecuado control sobre el blanqueo de capitales, existiendo además paraísos fiscales donde existe un alto nivel del secreto bancario. Todo esto hace que se vaya disipando el carácter ilícito de los activos, logrando alrededor de todo el mundo, haciendo casi imposible la persecución estatal.⁶⁹

Es importante recalcar que, respecto a la globalización y uso de las nuevas tecnologías sobre este delito, en su Informe Anual 1995-1996, el Grupo de Acción Financiera (GAFI) señaló lo siguiente: *“La aparición de nuevas tecnologías ofrece riesgos potenciales de blanqueo de dinero. Estas nuevas tecnologías pueden posibilitar la conducción de transacciones a gran escala de forma instantánea, remota y anónima, y puede permitir que tales transacciones se efectúen sin implicar a las instituciones financieras tradicionales. Aunque no existe actualmente evidente que indique esas nuevas tecnologías estén siendo utilizadas abusivamente de ese modo, el GAFI ha decidido afrontar activamente, el problema instando a los países a tomar nota de la amenaza potencial planteado por las nuevas tecnologías y a adoptar las medidas apropiadas para minimizar dichas amenazas.*

⁶⁸ Mendoza Llamacponcca, Fidel. El delito de Lavado de Activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p.87

⁶⁹ García Cavero, Derecho Penal Económico, Parte Especial, p 452, Tomo II.

2.4. Etapas del delito de lavado de activos

No hace mucho tiempo (octubre del 2014), un caso remeció tanto la prensa como la sociedad peruana: cerca de 6 millones de soles, joyas de oro fino y documentos de importante valor, fueron encontrados en la casa del alcalde de Chiclayo (Lambayeque), Roberto Torres Gonzáles, prófugo de la justicia e investigado junto a su red de corrupción, por los presuntos delitos de lavado de activos, asociación ilícita para delinquir, peculado y corrupción de funcionarios.

Hemos señalado anteriormente que el delito de lavado de activos se encuentra estrechamente ligado a la criminalidad organizada, es decir, a aparatos organizativos dotados de procedimientos y formas con la finalidad de dar apariencia de legalidad a activos ilícitamente obtenidos. A decir de Percy García, citando a Blanco Cordero, otros de los aspectos característicos de los procesos actuales del lavado de activos es su tendencia hacia la profesionalización.⁷⁰ Es así, que mucha de este tipo de organizaciones, se encuentran conformadas por profesionales de distintas ramas, tales como contadores, abogados, economistas, etc.; los mismos que desde distintos puntos de vista del conocimiento, realizan aportes a efectos de optimizar la labor de reciclaje. Una labor importante, dentro del marco organizativo ocupan los operadores bancarios, quienes muchas veces son cómplices omitiendo la debida comunicación frente a operaciones bancarias sospechosas.

Bajo, este marco, en este capítulo se analizará las etapas del delito de lavado de activos, y la manera como la persona jurídica interviene, haciendo factible y facilitando el procedimiento de reciclaje, hasta su final ocultamiento y ensombrecimiento de los bienes ilícitamente obtenidos. Cabe destacar que estas fases han sido desarrolladas por la GAFI y fundamentalmente son las siguientes: la colocación, el ensombrecimiento y la integración de los activos. Estas son desarrolladas por Prado Saldarriaga en los siguientes términos:

- a. **“Etapa de colocación.** El dinero ilegal se deposita en bancos tolerantes y se le combina por instrumentos de pago cómodos como cheques de gerencia, cheques de viajero u órdenes de pago, que tienen como ventaja su fácil aceptación y la carencia de un titular específico lo cual facilita el tránsito y el encubrimiento del lavador. Otra modalidad es de varias cuentas se van registrando luego cheques personales que casi siempre se van

⁷⁰ García Caveró, Derecho Penal Económico, Parte Especial, p 454, Tomo II

centralizando en una cuenta matriz o de recuperación, y que permite circular el capital con el claro aval del servicio bancario posibilitando la adquisición de diversos bienes de fácil adquisición comercial.

- b. **Etapa de intercalación.** Se realizan transferencias a cuentas en el exterior o se abren nuevas cuentas en el país de origen para recepcionar los pagos de reventa, casi siempre a través de nuevos cheques emitidos por terceros.
- c. **Etapa de integración.** Finalmente el dinero reciclado se vuelve a insertar en áreas financieras más consolidadas, donde permanece como reserva para la reinserción de las organizaciones delictivas.⁷¹”

Vemos que en principio las etapas son sucesivas y abarcan distintos momentos por los que pasan los bienes para llegar a ser *limpiados*. Al respecto, vale la pena reseñar la postura existente en el paradigma jurídico anglosajón:

Traditionally it has been accepted that the money laundering process comprises three stages:

- Placement – placing the criminal funds into the financial system directly or indirectly.
- Layering – the process of separating criminal proceeds from their source by using complex layers of financial transactions designed to hide the audit trail and provide anonymity.
- Integration – if the layering process succeeds, integration schemes place the laundered proceeds back into the legitimate economy in such a way that they appear to be normal business funds.

These stages, while they can be separate and distinct, more often occur simultaneously or overlap.⁷²

Como vemos, estas etapas son semejantes. Lo que nos permite afirmar el reconocimiento global y uniforme de un modelo de configuración particular de los delitos de lavado de activos, originados quizás en la normativa internacional común y en el peligro que significa para todos los ordenamientos.

2.4.1. Colocación

Al respecto, está etapa se ve representada en tipos penales de adelanto de la barrera punitiva. Se caracterizan por significar una anticipación a la persecución de esta modalidad delictiva:

⁷¹ Prado Saldarriaga, Víctor. “Mecanismos Administrativos de Prevención del Lavado de Dinero y la Responsabilidad Penal de los Agentes del Sistema Financiero” en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_45.pdf pp.2-3

⁷² Hopton, Doug. Money Laundering: A concise Guide for all Business.England: Gower Publishing Limited, 2006, p 2

- a) “*El tipo penal de tendencia interna trascendente o de intención.* Según Vogel, se trata de una anticipación del tipo de base del lavado de activos, y se encarga de prohibir cualquier transferencia patrimonial si estos se realizan con la única finalidad de “ocultar el origen ilegal de tales objetos” o “ayudar al autor del delito previo a eludir las consecuencias jurídicas de su actuar”. (...) El tipo penal de intención, lo encontramos en el art. 1 de la LLA, con los comportamientos de “convertir o transferir bienes de origen ilícito con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso⁷³.”

Parte por la posesión de fuertes sumas de dinero, joyas preciosas, bienes de gran valor, entre otros, obtenidos por la comisión de hechos delictivos. Los recicladores o los miembros de la *organización*, se enfrentan al problema de dar apariencia de legalidad a grandes cantidades de dinero. Piénsese, por ejemplo, a un funcionario público, en el cual se le hace necesario idear un adecuado mecanismo de blanqueo para no despertar sospecha del dinero obtenido, pues dada a las características de su función, tiene una serie de controles, que no le permiten gozar de lo ilícitamente obtenido.

Nos encontramos de este modo ante una curiosa paradoja: mientras la delincuencia más tradicional aún hace lo posible por convertir sus ganancias en dinero al contado de pequeña denominación- la libre circulación de billetes usados de poca cuantía impide en la práctica toda posibilidad de mantener su seguimiento-, las grandes organizaciones, bloqueadas por una formidable masa física de riqueza, se ven obligadas a transformar ese dinero corriente en otros activos susceptibles de ser reintroducidos de un modo más discreto en los cauces propios de una economía desmetalizada. De hecho, los expertos de la Policía y de las finanzas coinciden al afirmar que la etapa de colocación, es precisamente, la fase en la que hay más probabilidades de detectar y descubrir eficazmente el blanqueo de capitales; una vez que el flujo de riqueza se ha inyectado en los cauces económicos, las operaciones comerciales y financieras se ejecutan con extrema variedad y rapidez, resultando con ello mucho más difícil la identificación de los orígenes de los bienes.⁷⁴

⁷³ Apaza Mamani, Hugo. “El aterrizaje del tipo penal de aislamiento. Un estudio sobre armonización de la Ley penal de Lavado de Activos con la normativa internacional”. En *Actualidad Penal* N° 36. Lima: Instituto Pacífico, junio 2017, pp. 116-117

⁷⁴ Fabián Caparros, Eduardo. *Tipología y Lógica del Lavado de Activos*. P-95.

Esta etapa consiste en despojarse de las fuertes sumas de dinero o bienes de procedencia delictiva sin ocultar aún la identidad del titular o titulares. Es importante, la separación física, dado que la posesión genera para el lavador, una peligrosa situación, pues es fácilmente identificable por la Policía y su posterior incautación, es por ello, que esta fase, tal y como se ha señalado, es la más propicia para perseguir eficazmente el lavado de activos.

Ahora bien, es importante señalar, las diversas maneras en las que la persona jurídica interviene en esta etapa. Así pues, tenemos principalmente las siguientes formas, entre otras:

- Complicidad de las agencias bancarias.- Las entidades financieras son el medio más extendido para deshacerse del dinero al contado que posee los recicladores de dinero; para ello muchos cuentan con la complicidad de un funcionarios bancarios, quienes utilizan cuentas numeradas internas del propio banco, ajenas a su contabilidad oficial. Otro método, muy utilizado, es el de fraccionamiento de las cantidades de dinero en pequeños montos, los mismos que son ingresados por la ventanilla, o mediante cajeros automáticos, de tal manera que no genere ningún tipo de sospecha capaz de ser reportada.
- Operaciones comerciales realizadas con instrumentación de títulos valores: Una de las mejores maneras de facilitar el transportes y ocultar la evidencia de grandes cantidades de dinero, son los documentos nominativos y a la orden- lo más notorio es la letra de cambio-, u otros títulos valores librados al portador que pueden circular de mano en mano de forma ininterrumpida sin que consten en ellos más datos personales que los del obligados a pagar, convirtiéndose en titular de pleno derecho –y, con ello, acreedor de la cantidad reflejada en el documento- quien cuente en cada instante con su dominio material.⁷⁵ Los títulos valores que incorporan dinero ilegítimo, son ingresados a las empresas a efectos de continuar con el giro comercial, y participan activamente en el desarrollo de la misma, pues son mecanismos creados en el seno de un giro empresarial.
- Empresas de juego y apuestas.- Otro mecanismo utilizado por los lavadores de dinero, es el de la compra de boletos premiados de cualquier clase de lotería o premio mayor que se juegue en el casino, o simplemente, la manipulación de las máquinas tragamonedas con el fin de que los recicladores obtengan la mayor

⁷⁵ Ídem. P-98,

cantidad de dinero, a cambio de la respectivo precio de blanqueo. Lo mismo sucede en el caso de aquella persona que ingresa con grandes cantidades de dinero, compra fichas, con o sin jugar sale del casino, como si se tratase de ganancia obtenida del juego de apuesta.

- Establecimientos abiertos al público: A decir de Fabián Caparrós “..., los sectores de actividad económica en los que se manifiesta con mayor intensidad la presencia de dinero al contando suelen ser aquéllos sobre los que converge una masa anónima e indeterminada de consumidores que demandan bienes o servicios de primera necesidad. Por ello, no debe de extrañar que una de las técnicas utilizadas por los blanqueadores para conceder carta de legalidad a sus voluminosas ganancias sea la de aproximarlas al enorme chorro de numerario recaudado diariamente, por ejemplo, en una cadena de grandes almacenes o de superficies comerciales tales como los hipermercados.”⁷⁶ Se trata de establecimientos comerciales que manejan diariamente grandes cantidades de dinero, y que dentro del desarrollo se presentan actividades sobre las cuales en ocasiones no se entrega documentos de control fiscal lo que facilita el lavado de dinero, razón por la cual, además, la cantidad del dinero reciclado dependerá del conocimiento de evasión fiscal que tenga el empresario.

2.4.2. Fase de conversión, control o intercalación: el blanqueo en sentido estricto

En relación a esta etapa, se considera que la prohibición de disimular la naturaleza de los bienes. Se relaciona con la etapa de conversión ya que va referida de forma directa al movimiento de los bienes surgidos de la actividad previa. Los tipos penales son descritos de la forma siguiente:

- b) “*El tipo penal de encubrimiento u ocultamiento*. Se caracteriza por la prohibición de ocultar, encubrir o disimular la verdadera condición, la naturaleza (ilegal), el origen (ilegal), la localización, la disposición, el movimiento o la propiedad reales de bienes o de derechos sobre esos bienes, a sabiendas de que dichos bienes proceden de una actividad delictiva o de la participación en ese tipo de actividad. (...)El tipo penal de ocultamiento o encubrimiento, como modalidad de lavado de activos, está previsto en el art. 2 de la LLA, y se observa

⁷⁶ Idem. P-103.

cuando el legislador hace referencia a los comportamientos: “ocultar bienes cuyo origen ilícito conoce”, reflejándose también tal denominación en la sumilla⁷⁷”

Es también conocida como la etapa de ensombrecimiento. Consiste en ocultar el origen de los bienes ilícitos colocados mediante la realización de numerosas transacciones financieras o similares. Con la finalidad de lograr la apariencia de legitimidad, es necesario, se propicie la circulación de toda esa masa patrimonial en el mercado, esto es, convertirla en el objeto de una serie de operaciones económicas tan prolongada como sea preciso para conseguir tal finalidad⁷⁸. Esta ocultación del origen de los activos colocados 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.⁷⁹

Cabe destacar las diversas formas y modalidades en que se realiza la presente fase la cual es decisiva durante el proceso de blanqueo. Así pues tenemos: **a)** el apoyo esencial de los distintos bancos en la medida que recaen diversas transferencias financieras las cuales al aumentar su número de las mismas, mayor complejidad será el identificar el recorrido del dinero y por ende identificar cual es el origen ilícito, **b)** la conversión de lo ilícitamente obtenido en bienes, los cuales a su vez son objetos de distintas transacciones comerciales los cuales alejan su identificación y persecución, **c)** celebración de negocios jurídicos ficticios con apariencia de legitimidad⁸⁰.

2.4.3. Fase de integración

Esta etapa es la difícil de identificar en la práctica, ya que es bastante complicado determinar. En esta, se pena la posesión o el contacto con el bien surgido de la actividad delictiva previa.

⁷⁷ Apaza Mamani, Hugo. “El aterrizaje del tipo penal de aislamiento. Un estudio sobre armonización de la Ley penal de Lavado de Activos con la normativa internacional”. En Actualidad Penal N° 36. Lima: Instituto Pacífico, junio 2017, p. 117

⁷⁸ Blanco Cordero, *El Delito de blanqueo de capitales*, p. 67 y Fabián Caparros, Eduardo. *Tipología y Lógica del Lavado de Activos*. P-109.

⁷⁹ Prado Saldarriaga, *Lavado de activos*, p 28; Bernal Caverro, *Gaceta Penal y Procesal Penal 17 (noviembre del 2010)*, p 53.

⁸⁰ A decir de Blanco Cordero, coloca como ejemplo que dos o más personas se ponen de acuerdo y solicitan judicialmente el pago de un monto ya sea por responsabilidad extracontractual o en virtud de un título aparente, y dan legalidad a un determinado monto dinerario obtenido ilícitamente.

Esta última fase consiste en el aprovechamiento de los beneficios ilícitamente obtenidos en el ingreso y cauce económico oficial. A decir de García Cavero, 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. Agrega, que por razones de seguridad estas cantidades de dinero se depositan en instituciones financieras tradicionales o no tradicionales⁸¹. En el caso de instituciones financieras tradicionales, se adquieren instrumentos financieros con el dinero de procedencia lícita 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. Por otro lado las instituciones financieras no tradicionales son aquellas que no están sometidas a un control tal estricto sin embargo realizan actividades de finanzas como son las casas de cambio, casa de empeño, etc.

2.5. Tipos penales regulados en el D.L. 1106

En relación a las características generales de los tipos regulados en el Decreto Legislativo N° 1106, Arbulú las describe bajo los siguientes términos: “Si analizamos la estructura del delito de lavado de activos, tenemos lo siguiente: i) sujeto activo: cualquier persona; ii) sujeto pasivo: el Estado; iii) acción típica: convertir y transferir (art. 1); adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en su poder (art. 2); iv) objeto del delito: dinero, bienes, efectos o ganancias (arts. 1 y 2); v) elemento subjetivo: dolo directo (conocimiento del origen ilícito), dolo eventual (debía presumir el conocimiento del origen ilícito) (arts. 1 y 2), elemento sujeto especial (finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso) (art. 1).⁸²” En base a ello, se puede concluir que las modalidades son delitos comunes, al ser posible que cualquier persona las realice. Además de ello, la estructura de los tipos es en compuesta, ya que en múltiples casos abarcan más de un verbo rector. Se procederá a desarrollar las características de cada una:

⁸¹ García Cavero, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*. Segunda Edición. Lima: Juristas Editores

⁸² Arbulú Ramírez, José Antonio. “Análisis Crítico de la Casación N° 92-2017-Arequipa”. En *Actualidad Penal*, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017, p.37-38

2.5.1. Artículo 1.- Actos de Conversión y Transferencia

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

- a. Sujetos.-** No existe una cualidad especial para la comisión del delito de lavado de activos, pues de *lege lata* puede ser cualquier persona natural a quien le sea posible atribuirle responsabilidad penal. Cabe indicar que el Artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 establece que también podrá ser considerado autor del delito y por tanto sujeto de investigación y juzgamiento por lavado de activos, quien ejecutó o participó en las actividades criminales generadoras del dinero, bienes, efectos o ganancias. Es decir, con este artículo se aprecia que el delito de lavado de activos responde a la vulneración de bienes jurídicos totalmente distintos a los protegidos por el delito previo, pues lo que se busca es el goce y disfrute de los activos ilícitamente obtenidos, lo que perjudica el normal desarrollo del sistema económico, la correcta administración de justicia, entre otros; tomando en cuenta el carácter pluriofensivo de este delito. Tomas Aladino Gálvez Villegas sostiene: *“El hecho que la ley penal suponga la comisión de un delito anterior, no es obstáculo para sostener que su autor no puede intervenir y ser responsable penalmente por un hecho posterior de lavado de activos, más aún, cuando la ley penal no lo prohíbe ni dice nada al respecto. En tal sentido, el círculo de autores y partícipes en el delito de lavado de dinero es sumamente amplio y no puede estar condicionado a un requisito particular de naturaleza negativa como es el no haber intervenido en el delito anterior.”*⁸³

En lo correspondiente al sujeto pasivo, siempre será la sociedad o la comunidad en general, sin embargo, al momento de entablar una investigación de carácter penal, necesariamente debe individualizarse en una determinada entidad pública la cual mediante la procuraduría correspondiente asuma la defensa del estado.

- b. Modalidades típicas.-** Por *conversión* debe entenderse como el proceso de transformación que sufren los bienes que tienen su origen en la comisión de un

⁸³ Gálvez Villegas, Tomás Aladino. “El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106”. Lima: Instituto Pacífico, 2014, Pp.164-165.

delito, siendo el resultado un bien total o parcialmente distinto al originario.⁸⁴ Mediante esta fase se busca darle una apariencia de legalidad a los activos ilícitamente obtenidos, no importando sin en dicho proceso el valor económico disminuye, pues lo importante es dar una apariencia legítima a lo irregular. Por *transferencia* se debe entender como un traspaso de una esfera jurídica a otra, un cambio formal de situación de derecho y de hecho que procuren el ocultamiento de los activos. Esta transferencia puede ser material o de manera bancaria, sin embargo, si la conducta se hace dentro de una agencia del sistema financiero, dicha conducta se encuadra en el tipo agravado del artículo 4°.

- c. **Objeto del delito.-** Se entiende por objeto del delito a todo aquello sobre el cual recae la acción material típica. En el lavado de activos el objeto del delito recae sobre *dinero, bienes, efectos o ganancias* de origen delictivo, es decir, de todo lo que se obtuvo de la actividad ilícita previa. Sobre el *dinero* se entiende a aquel medio de intercambio aceptado por una sociedad generalmente en moneda y billetes para el pago de bienes o servicios; debe estar estrictamente referido a dinero obtenido de actividades ilícitas previas como el sicariato, narcotráfico, peculado, etc. Respecto a los *bienes* hace referencia a aquellos que poseen valor económico y contenido patrimonial sobre el cual se reconocen derechos reales, y pueden ser muebles e inmuebles, los cuales necesariamente deben tener un valor real que pueda perjudicar el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos. Los *efectos* son todas las ganancias y bienes que se obtienen a consecuencia de la actividad ilícita previa. Finalmente, las *ganancias* son aquellos frutos obtenidos por los agentes económicos que obtuvieron como consecuencia del blanqueo del dinero. En muchos casos se mezclan activos lícitos e ilícitos, por lo que será difícil determinar la magnitud o significancia, debiéndose a acudir a criterios de punibilidad a efectos de sancionar adecuadamente a los agentes económicos.

Al respecto, se muestran críticas a la legislación nacional, en el sentido que la definición de los bienes no se encuentra en la norma, sino ha sido desarrollada por la causística. Del Carpio lo plantea en los siguientes términos: “Con relación a la legislación peruana, 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

⁸⁴ IBIDEM. p-168

para determinar el objeto del delito. Desde su incorporación en 1991 al Código penal peruano (en adelante, CPP) mediante D. Leg. 736, de 08 de noviembre de 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 CPP. Además de éstos, también se mencionan a 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». ¿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.⁸⁵”

Al respecto, concordamos con la crítica planteada. Más bien, conforme a los autores antes desarrollados, es un elemento pendiente de desarrollar para brindar mayor seguridad jurídica en torno al tema. La norma es la salida más viable para que no se generen discrepancias en torno a su desarrollo en la práctica.

Conviene, asimismo, como se ha venido haciendo, desarrollar la interpretación del objeto del delito en el paradigma jurídico anglosajón. Para ello, Hopton desarrolla este elemento en base a la siguiente definición:

“The definition of criminal property is directly linked to that of criminal conduct. It is with this last definition, of criminal conduct, that the problems arise. Under the definition, criminal conduct includes any activity abroad that would be an offence if it was carried out in the UK, regardless of whether it is an offence in the country where it is actually carried out. The problem from a practical point of view is determining when conduct outside the UK would constitute ‘criminal conduct’ for the purposes of the Act if committed in the UK. If the definition is taken literally one could have unintended situations developing – the one frequently used as an example is that of a UK citizen working in Spain as a bullfighter, which is perfectly legal conduct in Spain but criminal under UK law. Hence if the money derived from his occupation in Spain is brought into the UK, then an offence would have been committed. Thankfully this potential problem has been, at least partially, overcome by amendments made to Section 102 of the Serious Organised Crime and Police Act 2005. These create a defence to the principal money laundering offences under Sections 327 to 329 of the Proceeds of Crime Act and will be discussed later in this chapter.⁸⁶”

Como se observa, se les pone un especial énfasis a aquellas conductas provenientes de ordenamientos extranjeros. Si bien en su contexto jurídico tienen la

⁸⁵ Del Carpio Delgado, Juana. “La normativa internacional del blanqueo de capitales. Análisis de su implementación en las legislaciones nacionales: España y Perú como casos de estudio”. En Estudios Penales y Criminológicos, vol. XXXV (2015). España: Universidad Santiago de Compostela, p. 666

⁸⁶ Hopton, Doug. Money Laundering: A concise Guide for all Business. England: Gower Publishing Limited, 2006, p 44

ventaja de plantear las definiciones de forma normativa, se torna de especial interés la posición con la que estás es desarrollada frente a la caracterización global del lavado de activos.

2.5.2. Artículo 2.- Actos de Ocultamiento y Tenencia

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

Este ilícito es propiamente definido como el tipo de aislamiento, la penalización se funda en los preceptos del ordenamiento internacional, teniendo un desarrollo típico presente en los documentos internacionales. Al respecto, Apaza desarrolla estas ideas y plantea las características comunes a esta formulación delictiva: “Así en el *tipo objetivo*, de manera homogénea hacen alusión como conductas típicas al “adquirir, poseer o utilizar”; como objeto del delito se nombra indistintamente a “bienes o productos” que tengan su origen en alguna una actividad delictiva. *Sobre el tipo subjetivo*, de manera unánime se tipifica la modalidad dolosa, incluyéndose referencias al dolo eventual y en algún caso a la ignorancia deliberada; también de forma casi análoga se menciona que el momento en que debe surgir el conocimiento sobre la calidad del objeto del delito es al momento de su recepción.⁸⁷”

Modalidades típicas.- Cuando el tipo penal señala “*adquirir*” implica recibir el bien mueble o inmueble, activo mediante título oneroso o gratuito con la finalidad de evitar la identificación de su fin ilícito. Hacemos referencia al acto de recepcionar el activo mediante cualquier método jurídico establecido en la normatividad civil, es decir, compra venta, donación, permuta, etc; lo importante es que el medio sea idóneo para lograr el ocultamiento de los activos. Respecto a “*utilizar*” entendemos como aquel acto de usar, sacar un provecho de las bondades o cosas de un activo ilícitamente obtenido. Sobre “*guardar*” significa tener en cuidado de una cosa, vigilarla o defenderla. Aquí hace referencia en la manera como el sujeto activo puede

⁸⁷ Apaza Mamani, Hugo. “El aterrizaje del tipo penal de aislamiento. Un estudio sobre armonización de la Ley penal de Lavado de Activos con la normativa internacional”. En Actualidad Penal N° 36. Lima: Instituto Pacífico, junio 2017, p. 105

colocar en algún lugar seguro los bienes, asimismo esconder de la búsqueda de la justicia. “*Administrar*” significa organizar, manejar, dirigir, gestionar, gobernar o ejercer la autoridad o mando sobre algo a alguien. En nuestro caso hace referencia al arte de saber utilizar los mejores medios y formas para sacar el mayor provecho a los activos, tener una mayor rentabilidad aprovechando al máximo los fines de disfrute de los bienes. “*Custodiar*” significa resguardar, tenerlo en buen recaudo, protegerles frente a terceros que eviten gozar de los frutos de lo ilícitamente obtenido. “*Recibir*” son actos a través de los cuales el receptor incorpora a su tenencia física.⁸⁸ Este es un concepto más de hecho que de derecho a diferencia de adquirir, aquí se prefiere una situación inmediata entre el bien y el sujeto activo del delito, sin importar si es de manera definitiva o temporal. “*Ocultar*” se podría subsumir en el verbo típico de guardar. A decir de Gálvez Villegas, ocultar tiene un significado y un sentido distinto al simple hecho de poseer o tener la cosa para sí o dentro de una esfera de dominio. Implica desplegar acciones dirigidas a volver estéril la identificación de algo respecto a alguien. Ocultar, empero, no supone necesariamente cambiar la naturaleza del bien o transformar su esencia sino más bien imposibilitar, total o parcialmente, su identificación y ubicación.⁸⁹

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

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

Tal y como hemos reseñado anteriormente, este artículo responde a una serie de exigencias internacionales que buscan reprimir el delito de lavado de activos, supone que las naciones se encuentren debidamente organizadas con la finalidad de reprimir este tipo de ilícitos. Se encuentra recomendada en el Reglamento Modelo CICAD, que en su artículo 2° señala: “*Comete delito penal la persona que convierta,*

⁸⁸ Prado Saldarriaga: *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*, p. 224.

⁸⁹ Gálvez Villegas, Tomás Aladino. “El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106”. Lima: Instituto Pacífico, 2014, P.260.

transfiera o transporte bienes a sabiendas, debiendo saber o con ignorancia intencional que tales bienes son productos de un delito de tráfico ilícito u otros delitos graves”.

Comportamientos típicos.- Por *transporte y traslado* se debe entender a la acción de llevar algo de un lugar a otro, movilizar dentro del territorio nacional dinero o títulos valores con la finalidad de evitar la identificación de su origen. Aquí se debe hacer hincapié a que según el Artículo 54° de la Constitución Política del Perú, el territorio del Estado es inalienable e inviolable y comprende el suelo, el subsuelo, el dominio marítimo, y el espacio aéreo que los cubre. Es decir, el transporte puede darse en cualquiera de estos medios, lo importante es que sirva para evitar la identificación del origen ilícito del dinero y los títulos valores.

Cuando hablamos de “*hacer ingresar*” se está refiriendo a las diversas maneras cómo es posible el ingreso de dinero al país, es decir, mediante diversos mecanismos de camuflaje con la finalidad de evitar los controles en zonas de ingreso al país tales como aeropuertos o zonas portuarias. Se suelen utilizar métodos como la adhesión del dinero al cuerpo, o acondicionamiento de maletas o mediante cintas adhesivas. Consideramos que, ante el descubrimiento de las autoridades policiales, bajo a este método, se estará ante un supuesto de flagrancia delictiva, siempre y cuando se tenga probado que se ha realizado con la finalidad de ocultar el origen ilícito del dinero, ello pues se trata de un delito doloso. Cabe resaltar que puede tratarse de un ingreso con apariencia de legitimidad, es decir, cumpliendo todos los requisitos aduaneros, dado que la finalidad no es defraudar a la hacienda pública sino ensombrecer el origen de los activos.

Respecto a “*hacer salir*” del país, es lo mismo que en el anterior punto, la diferencia que la operación es a la inversa, y también puede tratarse de una salida legal pagando todos los derechos aduaneros o una salida clandestina. Creemos que este punto a efectos de poder diferenciarlo del resto de tipo penales que reprimen el lavado de activos, se debe tomar en cuenta la voluntad delictiva, y ello se aprecia de las circunstancias concretas en que se produjo el hecho materia de investigación. Así pues, si se trata dentro de un contexto de salida del territorio nacional, por ejemplo, un aeropuerto, estaremos ante lo regulado por el Artículo 3° del D.L. N° 1106 en lo que corresponde a “*hacer salir*”. Por otra parte, si sólo encontramos ante un supuesto de transporte lejos de alguna zona de control, aunque su finalidad haya sido

trasladarlo del territorio nacional, estaremos ante un supuesto previsto en el Artículo 3° de la misma norma jurídica, en lo que corresponde a “transporte o traslado”. En consecuencia, creemos que dependerá de las circunstancias fácticas en que se dé el hecho delictivo, para poder subsumir la acción en cualquiera de la modalidad típica.

El objeto del delito.- aquí nos referimos a *dinero y títulos valores* que provienen de una actividad ilícita. Primero, el dinero es el medio común de intercambio de bienes o servicios. La ley no diferencia el tipo de moneda en que circula, razón por la cual se debe entender que puede tratarse tanto de una moneda nacional como de una moneda extranjera. Lo importante es que sirva para evitar la identificación de su origen ilegal. Sobre los títulos valores, son medios de intercambio de carácter cartular y se enmarca en el tipo penal en la medida que representan un determinado valor económico traducible en bienes o dinero.

A modo de conclusión, conviene hacer referencia a la regulación de los tipos en la legislación chilena y argentina. Para ello, debemos tomar de referencia que la nuestra es inspirada directamente por el contenido de los instrumentos internacionales. Al respecto, Brind reseña la regulación chilena en los términos que existen dos conductas típicas: “Existen dos acciones típicas de lavado: ocultar o disimular. Son las mismas conductas básicas que las contenidas en la ley brasileña (Regis, 2013: 153). Las doctrinas chilena y brasileña han remarcado que entre ocultar y disimular hay una relación de género a especie. Según Prams Julián (2006: 101), el término disimular «exige un plus», que está dado por el engaño, el fraude, la astucia. Regis Prado insiste en Brasil con lo mismo.

No obstante, el término «disimulación» sigue siendo bastante amplio en el derecho chileno y requiere de una interpretación restrictiva para una aplicación racional de la norma.⁹⁰ Nos permite conocer, entonces, que esta fórmula legislativa es semejante a la construcción normativa presente en el ordenamiento brasileiro. El término diferenciador se presenta en el contenido del verbo *disimulación*, que implica necesariamente el engaño. En relación a la Argentina, donde existen mayores figuras normativas, la única diferencia es que no se castiga el lavado de activos culposo, contemplado en la legislación chilena, como reseña Brind, en base a los siguientes términos: “La única diferencia relevante se presenta entonces en la figura

⁹⁰ Brind, Leonardo Germán. “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado.” En Revista de Estudio de La Justicia, N°26 (2017). Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p.80

culposa, la cual puede producir consecuencias en materia de extradición, pues un ciudadano chileno acusado de lavado de dinero culposo que huyó a la República Argentina no puede ser extraditado por inobservancia del principio de la doble incriminación.⁹¹”

2.6. Consecuencias jurídicas del delito

Las consecuencias jurídicas del delito pueden tratarse básicamente de tres aspectos, las mismas que resultan aplicables al delito de lavado de activos y decir de **Tomas Aladino Galvez Villegas** consisten en tres clases: **las personales**, que se aplican directamente a las personas del agente del delito y están constituidas por la pena y la medida de seguridad; las **patrimoniales o reales**, que se aplican sobre los instrumentos del delito, los efectos y ganancias del mismo, sobre el patrimonio del agente, y en determinados casos, sobre el patrimonio de un tercero especialmente vinculado a los hechos o al autor de los mismos, que es conocido como el tercero civilmente responsable; estas consecuencias son el *decomiso y la obligación resarcitoria*; y finalmente **las consecuencias de naturaleza preventiva** aplicables a las personas jurídicas vinculadas a las comisión de los delitos, como la *multa, clausura de locales o establecimientos, disolución de la persona jurídica, suspensión de sus actividades, etc...*⁹²

Las penas aplicables al Delito de Lavado de Activos se encuentran establecidas en el Artículo 28 del Código Penal las mismas que consisten en: Privativa de la Libertad, Restrictivas de la Libertad, Limitativas de Derechos y Multas. Del tenor de lo establecido en el Decreto Legislativo N° 1106 se advierte que se regulan las penas de privativa de libertad, la pena multa y la pena de inhabilitación.

Para efectos de la aplicación de las mismas es necesario que el aplicador del Derecho se remita a lo establecido por el Artículo 45-A del Código Penal que regula los aspectos básicos respecto a la individualización de la pena. Así, por ejemplo; el Artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1106 regula para los actos de conversión y transferencias de los efectos y ganancias cuyo origen sea ilícito una pena **no menor de ocho ni mayor de quince años**, en tal sentido, aplicando el dispositivo legal anteriormente referido el marco punitivo quedaría del siguiente modo:

⁹¹ Brind, Leonardo Germán. “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado.” En Revista de Estudio de La Justicia, N°26 (2017). Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, p.91

⁹² Galvez Villegas, Tomás Aladino. “*El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*”. Lima: Instituto Pacífico, 2014, P.339.

Pena por el Delito de Lavado de Activos		
Marco Punitivo (no menor de 8 ni mayor de 15 años)		
Tercio Inferior	Tercio Intermedio	Tercio Superior
8 años a 10 años 4 meses	10 años 4 meses a 12 años 8 meses	12 años 8 meses a 15 años

Entonces, el operador del Derecho deberá encuadrar en el análisis del caso en concreto si es que existen algún tipo de circunstancias agravante o atenuante genérica o si concurren ambas a efectos de poder determinar el tercio en el cual se enmarcaría la pena privativa de la libertad efectiva en el delito de lavado de activos. Al respecto, también se debe tomar en cuenta para la ubicación de una pena en concreta lo establecido en el Artículo 45 del Código Penal que establece: *El juez al momento de fundamentar y determinar la pena, tiene en cuenta: 1.- Las carencias sociales que hubiese sufrido el agente o el abuso de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función que ocupe en la sociedad. 2.- Su cultura y sus costumbres; y 3.- Los intereses de la víctima, de su familia o de las personas que de ella dependen*".

Agregado a lo anterior también es importante destacar si es que en el hecho de blanqueo de capitales que se analiza concurre alguna circunstancia de atenuación cualificada (que implica ubicarse por debajo del tercio inferior) o de agravación cualificada (que implica ubicarse por encima del tercio superior). Así pues, puede tratarse de un sujeto activo que tenga la calidad de reincidente, motivo por el cual de conformidad con el Artículo 46-B del Código Penal, corresponde aumentar la pena por una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal.

Por otra parte, a pesar de las circunstancias agravantes o atenuantes señaladas en la parte general de la doctrina penal, el Decreto Legislativo N° 1106 también establece una serie de circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes cualificadas, la misma que se encuentra establecidas en el Artículo 4° de la Ley, así pues la pena puede ser no menor de diez ni mayor de veinte años y trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días multa, cuando: 1.- El agente utilice o se sirva de su condición de funcionario público o agente de sector inmobiliario, financiero, bancario o bursátil. 2.- El agente cometa el delito en calidad de integrante de una organización criminal. 3.- El valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades

Impositivos Tributarias. Asimismo, también existen circunstancias agravantes cualificadas en virtud del delito previo al cual provengan los activos, así pues, el mismo dispositivo legal señala que la pena será no menor de veinticinco años cuando el dinero, bienes, efectos o ganancias provienen de la minera ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión o trata de personas.

Las circunstancias atenuantes cualificadas están relacionadas con el valor del dinero bienes efectos o ganancias involucradas no superen las cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias. También, señala que esta pena será aplicada a quien proporcione a las autoridades información eficaz para evitar la consumación del delito, identificar y capturar a sus autores o partícipes, así como detectar o incautar los activos objeto de los actos descritos en los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106.

Pena multa

Sobre la pena multa es la misma a la que se encuentra regulada en Artículo 41º del Código Penal mediante el cual se obliga al condenado a pagar al Estado una suma de dinero fijada en días-multa. El importe del día-multa es equivalente al ingreso promedio diario del condenado y se determina atendiendo a su patrimonio, rentas, remuneraciones, nivel de gasto y demás signos exteriores de riqueza. El Decreto Legislativo N°1106, como era de esperarse, frente a la búsqueda de una mayor sanción penal; en su artículo 4º sanciona con mayor posibilidad de días multa a la que plantea el artículo 42º del Código Penal la cual deja el espacio abierto con la cláusula “salvo disposición distinta de ley”. En tal sentido, reprime con una pena multa de setecientos treinta días multa; sin embargo, respecto al cálculo de días multa, dependerá de los ingresos mensuales que tenga el condenado y que haya manifestado a nivel preliminar. Cabe recordar que no se debe confundir la pena multa con la reparación civil, básicamente porque la primera emana a consecuencia de un delito y la segunda surge a consecuencia de un daño, razón por la cual pese a ambas traslucirse en montos pecuniarios, son distintas en su origen.

Pena de inhabilitación

La pena de inhabilitación se encuentra regulada únicamente en el Artículo 5 y 6 de la Ley, y está reservado a aquella persona que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado. Asimismo, también serán sancionadas con

inhabilitación a aquellas personas que rehúsan o retardan suministrar a la autoridad competente, la información económica, financiera, contable, mercantil o empresarial que le sea requerida.

Como bien se sabe la pena de inhabilitación implica una circunstancia cualificada en el sujeto activo razón por la cual estará reservada por lo general a agentes de corretaje de inmuebles, funcionarios de bancos, bolsa de valores, notarías, etc.

Capítulo 3

Las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica. Naturaleza jurídica, presupuestos materiales, presupuestos procesales, clases.

3.1. Naturaleza jurídica

Las consecuencias accesorias aplicables a la persona jurídica van acompañadas necesariamente a la tesis jurídico penal que se tenga respecto a la responsabilidad penal de las mismas. Al respecto, es bastante conocida la posición del legislador nacional respecto a la adopción de verdaderos sistemas de responsabilidad penal a la persona jurídica, independientemente de su sanción a la persona natural o no. Algunos autores sostienen que la imposición de una sanción penal a la persona jurídica violenta los ya conocidos principios de la capacidad de acción, capacidad de culpabilidad y capacidad de pena, las mismas que aplicables desde conceptos psicológicos de la teoría del delito no resultarían aplicable a la del todo a un ente que por su naturaleza es ficticia. En tal sentido, en nuestro país parece haber cubierto la responsabilidad de la persona jurídica en dos figuras procesales de actuar en nombre de otro (Artículo 27 del Código Penal) y las llamadas consecuencias accesorias del delito.

Sin embargo, la fórmula actuar en nombre de otro implica lo siguiente: *“El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.”* (Artículo 27°). En tal sentido la pena, aunque basada sobre la actuación de una persona jurídica, es ampliada la responsabilidad a la persona natural (gerentes, administradores, representantes, etc.) con el fin de evitar vacíos de punibilidad de la empresa que han tenido directa participación; sin embargo, la responsabilidad penal no es a la persona jurídica en tanto a su propia naturaleza sino la de un tercero que si bien es cierto no concurren todos los elementos constitutivos del tipo penal.

Ahora bien, respecto a la naturaleza de las consecuencias accesorias de la persona jurídica, en la doctrina nacional se han expuesto diversos planteamientos, muchos de ellos basados en doctrina española para lo cual Prado Saldarriaga manifiesta que se trata de *“sanciones especiales que se aplican a las personas jurídicas que resulten involucradas a*

*través de su actividad administración u organización, con la comisión, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, en este caso operaciones de lavado de activos.”*⁹³ Por su parte Reyna Alfaro precisa “*sanciones sui generis ubicada a caballo entre las sanciones administrativas y las sanciones penales. Su relación con las sanciones administrativas tiene que ver con su estructura ontológica en tanto con medidas previstas comúnmente en el Derecho Administrativo Sancionador, mientras que con las sanciones penales les une el fin perseguido –el preventivo- y la jurisdiccionalidad de su imposición”*.⁹⁴

A su vez, Gálvez Villegas sostiene que se “*trata de medidas de naturaleza administrativas vinculadas a la comisión del delito*”. Sin embargo y tal como ya lo hace notar Prado Saldarriaga⁹⁵ no se brinda mayor explicación dogmática respecto a esta conclusión dado que si bien es cierto parecerían ser de naturaleza administrativa no explica pues porque motivo son impuestas por un Juez Penal y se encuentran reguladas en el Código Penal. Existen otras posiciones, aunque llevadas a un término extremo niegan todo tipo de consecuencias accesorias y auspician la impunidad, en los casos en que la persona jurídica resulte involucrada en tales actos por carecer de acción y de culpabilidad, debiendo de aplicárseles solamente, medidas de eficacia preventiva. (Alfredo Alpaca Perez, Reflexiones en torno al estado actual de la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas a partir del Acuerdo Plenario N° 7-2009/CJ-116. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 40. Octubre 2012, p. 73 y ss)⁹⁶

Por su parte García Cavero, siguiendo a Castillo Alva⁹⁷, sostiene que “*se trata de medidas preventivas que apuntan a eliminar o reducir situación de riesgo objetivo de futura realización de hechos delictivos. De esta forma es como la entiende, por lo demás, en el Derecho penal español: ordenamiento que sirvió de modelo para incorporarlas en nuestro Derecho positivo.*”⁹⁸

⁹³ Prado Saldarriaga: *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*, p. 274.

⁹⁴ Reyna Alfaro, Luis Miguel. Panorama Actual de la Responsabilidad Penal de las Empresas. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 37. Julio 2012, ps 131-132)

⁹⁵ Prado Saldarriaga: *Ob.cit.* p. 275

⁹⁶ IDEM, p-276,

⁹⁷ “Las medidas contra las personas jurídicas, como todas las consecuencias accesorias, tienen una naturaleza propia de las sanciones administrativas que se imponen en un proceso penal y que se basan en la peligrosidad objetiva de la cosa, aun cuando no dejen de desempeñar finalidades preventivas. Por tanto, no las consideramos ni como una pena, ni como una medida de seguridad, ni como una sanción civil. Su esencia es básicamente de una sanción administrativa que se impone en un proceso penal con todas las garantías formales y materiales inherentes a este.” (Castillo Alva, José Luis. *Las consecuencias económicas del Delito*. Idemsa, Lima, 2001, p 169).

⁹⁸ García Cavero, Percy. *Ob. Cit.* p-163.

Toma de posición.- Creemos que la naturaleza jurídica de las consecuencias accesorias de la persona jurídica en el delito de lavado de activos, dista mucho de ser una “sanción administrativa aplicada por un Juez Penal” habida cuenta que al tratarse de este tipo de medida son aquellas que son emitidas por una entidad pública con potestades administrativas y sujetas a un administrado sobre el cual recaerá los efectos. En tal sentido, un Juez Penal no tiene por su naturaleza mismas facultades administrativas, sino que sus funciones son eminentemente jurisdiccionales, razón por la cual carece de sentido que en determinadas funciones obre como órgano jurídico y en otras obre como órgano administrativo. Cuando Prado Saldarriaga, sostiene que se tratan de “sanciones especiales” no obstante no obra fundamenta que tipo o qué clase de sanción especial se trata; por otra parte, está claro que disentimos con lo manifestado por Gálvez Villegas quien refiere que *“trata de medidas de naturaleza administrativas vinculadas a la comisión del delito”*, en razón que tal como lo hemos señalado un juez penal no tiene potestades administrativas sino potestades jurisdiccionales.

En tal virtud, somos del parecer que las consecuencias accesorias de la persona jurídica en el delito de Lavado de Activos se tratan de verdaderas sanciones penales impuestas por el Juez Penal en legítimo ejercicio de sus funciones. Si bien es cierto, no se trata de sanciones independientes, empero, la naturaleza de ellas se trasluce en que para su imposición rige una serie de criterios jurídico penales e incluso procesales, dado que como bien se sabe las personas jurídicas debe ser incorporada al proceso hasta antes de la culminación de la investigación preparatoria. Siendo así, son verdaderas penas, retribuciones penales que se realizan en virtud de la comisión de un hecho antijurídico y que vulnera las normas sustantivas.

3.2. Presupuestos materiales

El fundamento 14° del Acuerdo Plenario N° 7/2009-CJ/116 indica que el Juez debe imponer consecuencias accesorias siempre que se verifique en el caso concreto, cuando menos, lo siguiente: a) que se haya cometido un hecho punible o delito, b) que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito, c) que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito.

3.2.1. Que se haya cometido un hecho punible o delito

En la doctrina nacional existen principalmente dos posturas: la primera, considera que resulta ser suficiente para que se impongan las consecuencias accesorias a la persona jurídica, que se trate de un injusto penal (conducta típica y antijurídica) y no necesariamente que se presente la culpabilidad u otras exigencias como una condición objetiva de punibilidad o que se descarte la presencia de una excusa absolutoria que impida la punibilidad⁹⁹. Y la segunda, que considera necesariamente que para la imposición de la consecuencia accesoria se precisa de la condena de la persona natural como autora del delito en el cual la persona jurídica tuvo participación, no interesa si la condena fue suspendida en su ejecución o se produjo una reserva del fallo condenatorio. En esta línea sostiene Prado Saldarriaga que la condena "...implica una condición objetiva de la imposición de la consecuencia accesoria".

En este marco, el fundamento 11 del Acuerdo Plenario N° 07-2009 hace referencia a que se tratan de unas sanciones penales especiales dado que la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas y además porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. Dicha postura es relevante, dado que en caso no llegar un hecho a ser sancionable penalmente por no cumplir ninguno de los requisitos de culpabilidad o por encontrarse en cualquiera de las causales de justificación, cabría pensar que es posible la imposición de consecuencias accesorias a la persona jurídica, pues se trata de sanciones penales independientes. No obstante, ello conllevaría a aceptar la responsabilidad penal a las personas jurídicas, lo cual no es factible, cuando menos de *lege lata* en nuestro ordenamiento jurídico.

Ahora, pese a lo señalado en el fundamento 11, el referido Acuerdo Plenario se inclina hacia otra postura –la de la no responsabilidad penal de la persona jurídica– e indica en el fundamento siguiente, que este tipo de sanciones penales poseen una calidad accesoria, vicaria o paralela la cual deriva, más bien, de un requisito o condición esencial que implícitamente exige la ley para aplicación judicial, la cual es la necesaria identificación y sanción penal de una persona natural como autora del

⁹⁹ Idem, p- 470.

hecho punible en el que también resulta conectada, por distintos y alternativos niveles de imputación, un ente colectivo.

Visto de este modo, esta postura parece ser la más acorde con el ordenamiento jurídico, pues ella se desprende implícitamente del Artículo 8 del D.L. N° 1106, que indica que *“si los delitos contemplados en los artículo 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo fueran cometidos...”*, es decir, se infiere que debe tratarse específicamente de una acción, típica, antijurídica y culpable; para que se pueda considerar como delito, *ergo* poder aplicar las consecuencias accesorias a las personas jurídicas.

Es por ello, que ante la imposibilidad de sostener la responsabilidad penal de las personas jurídicas, Percy García Cavero sostiene que al no tratarse de sanciones penales, se trata entonces de medidas preventivas de carácter administrativo que se imponen en un proceso penal, y cuyo fundamento radica en juicio de peligrosidad de comisión futura de nuevos hechos delictivos.¹⁰⁰

3.2.2. Que la persona jurídica haya servido para la realización, favorecimiento o encubrimiento del delito

El artículo 8° del D.L. 1106 indica que *“si los delitos contemplados en los artículos 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo fueren cometido en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos el juez deberá aplicar...”*. Entonces, es un requisito indispensable que, si en el caso se logra acreditar que, si la persona natural ha cometido delito de lavado de activo y este fuere cometido en ejercicio de la persona jurídica, el juez debe aplicar las distintas medidas accesorias establecida en el acotado artículo. Tanto lo establecido por el Acuerdo Plenario N° 007-2009 como lo establecido en el D.L. 1106 son de aplicación para poder establecer responsabilidad accesoria a la persona jurídica.

Ahora bien, es necesario tener presente que los tres verbos – realizar, favorecer o encubrir-tienen un carácter disyuntivo, es decir, puede realizarse cualquiera de las tres actividades, en el marco del desarrollo de una persona jurídica, para que sea pasible de una medida accesoria. Lo que se busca es evitar como

¹⁰⁰ Manual de Derecho Penal. Pate General pág. 762

medida preventiva que el ente colectivo continúe realizando actos que defrauden el ordenamiento jurídico, mediante el blanqueo de capitales ilícitamente obtenidos.

3.2.3. Que se haya condenado penalmente al autor, físico y específico, del delito

Conforme lo señalaremos más adelante, consideramos que no es necesario se imponga una sanción a la persona natural responsable del delito, pues basta con que se acredite que la persona jurídica ha servido para la realización, favorecimiento y encubrimiento del delito del lavado de activos para que inmediatamente el juez deba proceder a tomar las medidas correctivas del caso.

En nuestro ordenamiento jurídico nacional, tal y como se encuentra, necesariamente tendría que haber una sanción penal a una persona natural para que se pueda aplicar consecuencias accesorias a la persona jurídica, lo cual, en nuestro parecer, crea vacíos de impunidad. No hay que olvidar que debe existir una mayor regulación legal de carácter administrativo la cual permita crear en el interior de la persona jurídica mecanismos de prevención contra el lavado de activos. La persona jurídica, debe hacerse responsable sobre las actividades que se ejercen en su interior; entonces, deben existir mecanismos de prevención y de seguridad que eviten que cualquier persona natural inmersa dentro de su aparato organizacional, pueda utilizar al ente para poder blanquear capitales.

3.3. Presupuestos procesales

En primer plano normativo, lo que se debe señalar respecto a los requisitos procesales para la imposición de consecuencias accesorias a las personas jurídicas, es lo establecido en el Artículo 90° del Código Procesal Penal, que a la letra señala: “*Las personas jurídicas, siempre que sean pasibles de imponérseles las medidas previstas en el Artículo 104 y 105 del Código Penal deberán ser emplazadas e incorporadas en el proceso, a instancias fiscal*”. Esta disposición procesal, tiene un claro fundamento constitucional, en el sentido que garantiza plenamente el derecho de defensa de las personas jurídicas.¹⁰¹ Asimismo, existe también un fundamento en la teoría general del

¹⁰¹ Sobre el reconocimiento de los derechos fundamentales a las personas jurídicas, consultar **EXP. N.º 0905-2001-AA/TC Caso Caja Municipal Ahorro y Crédito San Martín**, donde se estableció en el fundamento 5 lo siguiente: *En ese sentido, opina el Tribunal que el reconocimiento de los diversos derechos constitucionales es, en principio, a favor de las personas naturales. Por extensión, considera que también las personas jurídicas pueden ser titulares de algunos derechos fundamentales en ciertas*

proceso reconocida en el Código Procesal Civil, que en su artículo 93° señala lo siguiente: *“Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorte necesario activo o pasivo, respectivamente salvo disposición legal en contrario.”*

En tal sentido, creemos que existe una deficiencia normativa del Artículo 91° del Código Procesal Penal cuando refiere que la oportunidad para presentar la solicitud fiscal de incorporación al proceso de la persona jurídica deberá ser formulada al Juez de la Investigación Preparatoria hasta antes de darse por concluida la Investigación Preparatoria; en virtud de que consideramos que el Juez de Investigación Preparatoria durante la etapa intermedia, se encuentra facultado para luego analizar los actuados y antes de dar por válida la relación jurídica procesal, emplazar inclusive de oficio a la persona jurídica que se vería afectada con el requerimiento fiscal, aún si éste último no lo haya solicitado. Ello debido a que el Juez de Investigación Preparatoria, es un juez esencialmente de garantías que protege la plena vigencia de la Constitución.

En consecuencia, al expedir un Auto de Enjuiciamiento sin haber convocado legalmente a la persona jurídica posiblemente afectada por el requerimiento fiscal, estaría incurriendo en un vicio de nulidad absoluta; pues contravendría lo establecido en el Artículo 2° inciso 23 de la Constitución Política, que garantiza el legítimo derecho de defensa, que tal y como se ha indicado, es también aplicable a las personas jurídicas.

Señalado lo anterior, el Acuerdo Plenario 7/2009 refiere; *“Si bien subsiste un delineado debate en la doctrina nacional sobre el concepto y la naturaleza que corresponde asignar a esta modalidad de las consecuencias accesorias, su estructura, operatividad, presupuestos y efectos permiten calificar a las mismas como sanciones penales especiales [Percy García Cavero: Lecciones de Derecho Penal Parte General,*

circunstancias. Tal titularidad de los derechos por las personas jurídicas de derecho privado se desprende implícitamente del artículo 2°, inciso 17), de nuestra Carta Fundamental, pues mediante dicho dispositivo se reconoce el derecho de toda persona de participar en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación. Este derecho, además de constituir un derecho fundamental por sí mismo, es, a su vez, una garantía institucional, en la medida en que promueve el ejercicio de otros derechos fundamentales, ya en forma individual, ya en forma asociada, por lo que aquí interesa destacar. En ese sentido, entiende el Tribunal que, en la medida en que las organizaciones conformadas por personas naturales se constituyen con el objeto de que se realicen y defiendan sus intereses, esto es, actúan en representación y sustitución de las personas naturales, muchos derechos de éstos últimos se extienden sobre las personas jurídicas. Una interpretación contraria concluiría con la incoherencia de, por un lado, habilitar el ejercicio de facultades a toda asociación –entendida en términos constitucionales y no en sus reducidos alcances civiles– y, por otro, negar las garantías necesarias para que tal derecho se ejerza y, sobre todo, puedan ser susceptibles de protección.

Editorial Grijley, Lima, 2008, página 757 y ss.]. En primer lugar, porque la legitimidad de su aplicación demanda que las personas jurídicas sean declaradas judicialmente como involucradas -desde su actividad, administración u organización con la ejecución, favorecimiento u ocultamiento de un hecho punible, sobre todo por activos y criminógenos defectos de organización o de deficiente administración de riesgos. Y, en segundo lugar, porque su imposición produce consecuencias negativas que se expresan en la privación o restricción de derechos y facultades de la persona jurídica al extremo que pueden producir su disolución. [Laura Zúñiga Rodríguez: Las consecuencias accesorias aplicables a las Personas Jurídicas del artículo 105° CP: CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA V PLENO JURISDICCIONAL PENAL 4 Principales Problemas de Aplicación. En: Anuario de Derecho Penal 2003, página 484 y ss.]”.

Con ello queda claro que las personas jurídicas deberán ser debidamente emplazadas cuando se encuentren involucradas dentro de su actividad para la ejecución, favorecimiento, ensombrecimiento, colocación, etc., dentro del marco de un blanqueo de capitales. Es en ese supuesto y por los fundamentos esgrimidos anteriormente, es que la sanción que les imponga el juez penal, se convierte en legítima, pues de lo contrario la decisión recaída, estaría afectada de un vicio de nulidad evidente.

3.4. Clases de consecuencia accesorias aplicables a la persona jurídica

El Artículo 8° del D.L. 1106 señala lo siguiente: “*Si los delitos contemplados en los artículos 1°, 2° y 3° del presente Decreto Legislativo fueren cometidos en ejercicio de la actividad de cualquier persona jurídica o utilizando su organización o servicios, para favorecerlos o encubrirlos, el juez deberá aplicar, según la gravedad y naturaleza de los hechos o la relevancia de la intervención en el hecho punible, las siguientes consecuencias accesorias de manera alternativa o conjunta:*

1. *Multa con un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias.*
2. *Clausura definitiva de locales o establecimientos.*
3. *Suspensión de actividades por un plazo no mayor de tres años.*
4. *Prohibición de realizar en el futuro actividades, de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito.*
5. *Cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales.*

6. *Disolución de la persona jurídica.*

Simultáneamente a la medida impuesta, el juez ordenará a la autoridad competente que disponga la intervención de la persona jurídica para salvaguardar los derechos de los trabajadores y de los acreedores, hasta por un periodo de dos años. El cambio de la razón social o denominación de la persona jurídica o su reorganización societaria, no impide la aplicación de estas medidas.”

Es de verse que en nuestro sistema coexisten dos dispositivos legales; por un lado, lo dispuesto en el Artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106, y por otro, lo dispuesto en el Artículo 105° del Código Penal. No obstante, a ello *prima facie*, la norma que resulta aplicable para el caso del delito de lavado de activos es la norma especial prevista en el Decreto Legislativo N° 1106. Sin embargo, no se debe olvidar que el Artículo X del Título Preliminar del Código Penal indica que las normas generales del código, son aplicables a los hechos punibles previstos en leyes especiales, por lo que también resulta aplicable supletoriamente el Artículo 105° del CP.

Por ejemplo, cuando se trata de regular lo correspondiente a la clausura de locales o establecimientos comerciales; se advierte que la norma especial sólo dispone la clausura definitiva de locales o establecimientos. Ergo, ¿ello significa que no es posible la clausura temporal?; creemos que no. En este supuesto, se debe acudir a la norma especial conforme al Artículo X del CP, por lo que será aplicable también una clausura temporal que no exceda los cinco años.

A este último argumento, se le podría anteponer este otro: que, por razones de gravedad del delito y política criminal, no se ha previsto la clausura temporal de los locales o establecimientos para el caso de lavado de activos. Sin embargo, es importante recalcar que el juzgador debe tomar en cuenta el principio de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰², que inclusive tiene un carácter constitucional, razón por la cual, en algunos casos, dependiendo de la gravedad y circunstancias, será procedente la clausura definitiva, pero

¹⁰² La razonabilidad implica que el acto estatal debe mantener su justificación lógica y axiológica en los sucesos o circunstancias que fueran. Así, la doctrina exige que se produzca una consonancia entre el hecho antecedente “creador” o “motivador” del acto estatal y el hecho consecuente derivado de aquél. En consecuencia, la razonabilidad comporta una adecuada relación lógico-axiológica entre la circunstancia motivante, el objeto buscado y el medio empleado. (...) La proporcionalidad exige la existencia indubitable de una conexión directa, indirecta y relacional entre causa y efecto; vale decir, que la consecuencia jurídica establecida sea unívocamente previsible y justificable a partir del hecho ocasionante del acto estatal. En consecuencia, la proporcionalidad lo será cuando la razón del efecto sea deducible de la causa, o previsible a partir de ella. (Fundamento 35° de **EXP. N.º 0090-2004-AA/TC**).

en otros no, siendo que en aquellos supuestos podrá aplicar una clausura temporal no excedente a cinco años, aplicando la norma supletoria.

En esa línea, el Artículo 8° del D.L. N° 1106 ha regulado expresamente una medida de carácter administrativo que no está indicada en la parte general, que es: la cancelación de licencias, derechos y otras autorizaciones administrativas o municipales; algo que, si bien es cierto lo puede realizar el juez con las normas de la parte general, ahora ha quedado regulado expresamente. Respecto a la prohibición de realizar en el futuro actividades de la clase de aquellas en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito, cabe indicar, que el D.L. N° 1106 no ha indica límite temporal, por lo que se debe estar a lo dispuesto por el Artículo 105° del CP, que indica que la prohibición puede ser de carácter temporal (no mayor a cinco años) o definitiva.

Ahora bien, en lo que corresponde a la multa, se aprecia que se encuentra prevista en el artículo 8° del referido decreto legislativo y contempla un valor no menor de cincuenta ni mayor de trescientas Unidades Impositivas Tributarias, medida, que no se encuentra regulada para el caso de las consecuencias accesorias aplicables a las personas jurídicas previstas en la parte general, por lo que resulta la aplicación de la norma especial. Aunque será tratado de manera posterior, basta con señalar que resulta peculiar el hecho el D.L. N° 1106 haya regulado como una consecuencia accesoria la multa, cuando ello no se encuentra prevista en el Artículo 105 del CP, la pena multa es una clase de pena aplicable a las personas naturales como consecuencia de la comisión de un ilícito penal. (Artículo 28)

En conclusión, si bien es cierto la norma especial rige a las consecuencias accesorias aplicable a la persona jurídica, no obstante, también en determinados supuestos se debe acudir a la norma general prevista en el Artículo 105° y 105-A° del Código Penal.

Ahora tal y como lo establece el Acuerdo Plenario N° 7-2009, el artículo 105° CP no existen reglas de determinación que orienten la aplicación judicial, así como la justificación interna o externa de las decisiones jurisdiccionales que impongan las distintas consecuencias accesorias que dicha norma contempla. Sin embargo, en el referido acuerdo plenario, establece como reglas de determinación judicial los siguientes: *“A. Prevenir la continuidad de la utilización de la persona jurídica en actividades delictivas. B. La modalidad y la motivación de la utilización de la persona jurídica en el hecho punible. C. La gravedad del hecho punible realizado D. La extensión del daño o peligro causado. E. El beneficio económico obtenido con el delito. F. La reparación espontánea de las consecuencias dañosas del hecho punible. G. La finalidad real de la organización,*

actividades, recursos o establecimientos de la persona jurídica. H. La disolución de la persona jurídica se aplicará siempre que resulte evidente que ella fue constituida y operó sólo para favorecer, facilitar o encubrir actividades delictivas.

Capítulo 4

La responsabilidad de las personas jurídicas. Ley N° 30424 modificada por el D.L. N° 1352. Modelos de imputación, regulación normativa y programas de cumplimiento

Las personas jurídicas, usualmente resultan ser el medio más común para la comisión de ilícitos penales relacionados con el lavado de activos. El mundo económico conlleva a un gran número de maneras y formas que permiten legitimar el dinero o el capital obtenido por ilícitos penales, con la finalidad que aquellas personas que comenten este delito, gocen y disfruten de activos de origen ilegal, ya sea del delito fuente como del propio delito de blanqueo de capitales.

Por esto es que las empresas pueden verse inmersas en un proceso que tenga como fin la determinación de la responsabilidad penal en un delito de lavado activos, y que las consecuencias accesorias derivadas del mismo, podrían afectar el normal desarrollo de su actividad. Es así que, el Artículo 8° del Decreto Legislativo N° 1106 ha previsto una serie de sanciones para aquellos casos en que la persona jurídica es utilizada para favorecer o encubrir el delito de lavado de activos; no obstante, se debe tener presente, que conforme está previsto en nuestro ordenamiento jurídico, este no prevé sanciones penales para las personas jurídicas, razón por la cual, sólo le son aplicables las consecuencias accesorias.

En vista a que nuestro ordenamiento jurídico no presentaba modelos de responsabilidad directa para las personas jurídicas, surge como medio para evitar la impunidad la imputación de responsabilidad penal contra los directivos de las empresas en base a lo regulado en el artículo 27 del Código Penal¹⁰³.

Acorde al profesor Ivan Meini, el citado artículo *“regula lo que en doctrina se conoce como el actuar en lugar de otro; grosso modo, una cláusula de extensión de autoría que permite imputar responsabilidad penal a título de autor a determinados órganos de gestión de una persona jurídica que realizan el supuesto de hecho de un delito*

¹⁰³ **Artículo 27.-** El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurren en él, pero sí en la representada.

*especial, a pesar de que la calificación que este exige no concurre en el órgano de gestión sino en la persona jurídica representada.*¹⁰⁴”

Así pues, el citado artículo encuentra sustento que actualmente nuestra legislación no admite la responsabilidad directa de las personas jurídicas, siendo de aplicación la máxima “*societas delinquere non potest*”¹⁰⁵. De ahí que, la finalidad del mencionado artículo es suplir el vacío de punibilidad. Al respecto, Peña Cabrera nos comenta en relación a la cláusula de actuar en lugar de otro: “*La postura normativa, por tanto, era siempre de no reconocer responsabilidad penal a las personas jurídicas —societas delinquere non potest—, y esto significó la elaboración de la fórmula legal del “actuar en lugar de otro”, tal como se describe en el art. 27 de la parte general de la codificación penal, mediando la transferibilidad de las cualidades del sujeto de imputación, las personas jurídicas, a las personas físicas que asumen sus órganos de representación; (...)Por consiguiente, la sanción a las empresas se somete a un sistema de “heteroresponsabilidad”, seguido por las responsabilidades individuales de las personas físicas.*”¹⁰⁶”

Desde esta perspectiva teórica, anteriormente, al no ser aplicable un sistema directo de responsabilidad penal, existían dos supuestos referidos a la persona jurídica que permitían entender la responsabilidad de los directivos y los diversos elementos que deben presentarse para que pueda ser susceptibles de responsabilidad por dominio del hecho:

“1. **La persona jurídica es un mero instrumento** en manos de unos sujetos individuales que poseen fines criminales. 2. **La persona jurídica posee fines lícitos, pero por un defecto de organización pone en peligro o lesiona bienes jurídicos importantes.** En el primer caso, la instrumentalización de la persona jurídica es clara y se configura como un objeto peligroso en manos de unos sujetos que actúan dolosamente. Este actuar es propio de la criminalidad organizada que crea, mantiene, transforma y disuelve sociedades según sus fines ilícitos.”¹⁰⁷”

En este orden de ideas, reviste de importancia señalar los requisitos para que operaran las consecuencias accesorias —entendidas como las sanciones aplicables presentes

¹⁰⁴ Meini, Iván. “El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano.” En *Imputación y Responsabilidad Penal: Ensayos de Derecho Penal*. Lima: Ara Editores, 2009, pp.200-201

¹⁰⁵ Expediente N° 1746 – 97, de fecha 10 de septiembre de 1997.

¹⁰⁶ Peña Cabrera, Alonso. “Comentarios a la Ley N° 30424”. En *Actualidad Penal N°25*, Lima: Instituto Pacífico, Julio 2016, p.38

¹⁰⁷ 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 en la Parte General del Código Penal*. Hurtado Pozo, José (Editor). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p.485

en el artículo 105° del Código Penal- en las personas jurídicas, debían presentarte las siguientes condiciones: “(i) la acción típica constitutiva del delito se debía haber llevado a cabo en nombre y por cuenta de la sociedad; (ii) el administrador debía ostentar poder de decisión sobre la acción u omisión que causó el daño; y, (iii) el administrador debía cumplir los requisitos de culpabilidad.”¹⁰⁸”

De ahí que, para imputar a la persona jurídica los hechos ilícitos perpetrados por los órganos de representación o sus directivos es necesario que concurran algunas de las siguientes condiciones: a) que los delitos los cometan los administradores o los directivos –eventualmente puede bastar que los hayan tolerado, consentido o inducido–; b) que los delitos los cometan sus administradores o directivos, o sus empleados debido a un defectuoso control o vigilancia de los primeros; c) que los delitos los cometan administradores, directivos, empleados sometidos a defectuoso control, o cualquier persona a cuenta de la sociedad.¹⁰⁹

Por lo expuesto tenemos que en los tres supuestos referidos de imputación subyace “la situación de dominio en la que se encuentran los órganos de dirección (o representación) de la empresa derivándose la necesidad que estos actúen en orden a la evitación del resultado. Ello se traduce en que, al interior de la empresa, los miembros de los órganos de dirección adoptan una obligación de vigilancia, autorregulación, control de fuentes de peligro y control funcional. En esa medida, los órganos directivos serían responsables por no haber evitado de forma alguna que el hecho delictivo se produzca, siempre que se acredite que se encontraban en el ejercicio de una situación concreta de competencia que los obligaba a controlar todos los factores de peligro derivados de ella y, consecuentemente, a evitar la realización de delitos por sus subordinados.”¹¹⁰”

En este contexto, debemos tener en cuenta dos (02) variables:

(i) Jerarquía al interior de la empresa:

“El hecho de que una empresa cuente con una estructura jerárquica no se limita, exclusivamente, a la idea de la línea de mando que determina las actuaciones de los sujetos

¹⁰⁸ Morales García, Óscar. “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”. Barcelona. p.2. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3202/documento/art18.pdf?id=3347>

¹⁰⁹ Díez Ripollés, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”. Barcelona: In Dret., 2012, p. 5, en CLAVIJO JAVE, CAMILO, “Criminal Compliance y sistema penal en el Perú”. Lima: Tesis PUCP, 2016, p. 155.

¹¹⁰ Valcárcel Ángulo, Mariella. “La imputación de responsabilidad penal para los directores de las empresas”. En *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*. Hurtado Pozo, José (Director). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2016, p.61

subordinados. (...) La jerarquía puede ser vista desde dos perspectivas: la primera de ellas es la que se limita a la construcción piramidal de mando; la segunda, ligada a la operatividad de la empresa, condiciona las esferas de responsabilidad de los participantes en la actividad empresarial.¹¹¹”

(ii) División del trabajo:

“(...) a pesar de que se realice una división de trabajo en el marco de la necesidad de la actividad, ello no debe implicar que las funciones provenientes de los deberes de supervisión, vigilancia y control deban ser mermadas. Si bien parte de ellas puedan ser delegadas a terceros con competencia técnica, ello no debe desligar a los órganos de dirección de su obligación (sobre todo partiendo del hecho que sobre ellos siempre se mantiene el dominio, sin mayor menoscabo por la sola delegación).¹¹²”

4.1. Ley N° 30424- Ley que Regula la Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el Delito de Cohecho Internacional. Modificaciones a la Ley N° 30424-El Decreto Legislativo N° 1352

Con fecha 01 de abril de 2016, se promulga la Ley de Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas por el delito de Cohecho Internacional, posteriormente ampliado en el marco de imputación por el Decreto Legislativo N° 1352. Parte de una premisa de darle reconocimiento a algo que ya se daba en la práctica, entiéndase con la existencia de las consecuencias accesorias de los artículos 105 y 105-A del Código Penal. Al respecto, para autores como PEÑA CABRERA comenta –en relación a la Ley N° 30424- lo siguiente “...la Ley N.º 30424, del 20 de abril del 2015, da cuerpo a una Ley especial, en la cual se determina la “responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”, por tanto, se da patente a un reconocimiento de que en realidad ya estaba consagrado en la *lex lata*. Es decir, siempre la persona jurídica ha sido pasible de responder administrativamente por los defectos de organización que pueden tomar lugar en su *marcha societaria*.¹¹³” Si bien consideramos que la base normativa preexistente podía permitir a algunos autores les permitía afirmar la existencia de un modelo incipiente de atribución de responsabilidad para las personas jurídicas, eso no era necesariamente

¹¹¹ Valcárcel Ángulo, Mariella. Ídem, p.69

¹¹² Valcárcel Ángulo, Mariella. Ídem, p.70

¹¹³ Peña Cabrera, Alonso. “Comentarios a la Ley N° 30424”. En Actualidad Penal N°25, Lima: Instituto Pacífico, Julio 2016, p.43

cierto, pues si bien las *consecuencias accesorias* pueden ser sanciones penales, esto no indicaba la existencia de un modelo de responsabilidad propiamente dicho.

Desde esta línea, Peña Cabrera afirma lo siguiente:

“...la Ley —incomento— toma nuevos rumbos de política criminal al establecer que: “La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas”. (...) Esta es la “autonomía” que se predica en la presente Ley, la misma que se sustenta en el marco de una política de “autoregulación” de la empresa —donde la persona jurídica responde por sus defectos de autoorganización, por no haber adoptado las medidas internas (societarias) que puedan conjurar la generación de riesgos no permitidos susceptibles de afectar bienes jurídicos tutelados por la ley penal—.”¹¹⁴”

Si bien este nuevo rumbo se traza en base a la autorregulación de la persona jurídica, la Ley surge con un gran pie cojo, en especial referencia a que su catálogo de delitos es bastante limitado: cohecho internacional y posteriormente fue ampliado para el delito de lavado de activos, minería ilegal y otros.

Es importante resaltar de este primer modelo legislativo, tenemos que: *“... la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, está supeditada a que los probables beneficios que haya podido reportar el hecho punible cometido por sus administradores de hechos y de derecho (y representantes), hayan sido en beneficio de la misma, por lo que si fue en estricto beneficio del agente del delito, la empresa estará exenta de responsabilidad administrativa.”¹¹⁵”* Esto nos permite considerar que no es un modelo de responsabilidad penal perfeccionado, sino que tiene un amplio contenido patrimonial, lo que confunde los fines con los medios de la regulación de la responsabilidad de las personas colectivas.

Por otro lado, el 07 de enero del 2017, se publica el Decreto Legislativo N° 1352, mediante el cual se plantean ciertas modificaciones. Entre las modificaciones más importantes, tenemos que se han agregado un nuevo catálogo de delitos al ya contenido en la ley mencionada. Al respecto, Walter Palomino comenta: *“El objeto de la Ley N° 30424 es regular la responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas. Siendo esto así, tras las modificaciones realizadas por el D. Leg. N.º 1352, dicha responsabilidad se aplicará a los entes corporativos por la realización del delito de cohecho activo transnacional, así como por la de cohecho activo genérico, cohecho activo específico, lavado de activos y financiación del terrorismo, de acuerdo a lo establecido en el art. 3 de*

¹¹⁴ Peña Cabrera, Alonso. “Comentarios a la Ley N° 30424”. En Actualidad Penal N°25, Lima: Instituto Pacífico, Julio 2016, pp. 44-45

¹¹⁵ Peña Cabrera, Alonso. “Comentarios a la Ley N° 30424”. En Actualidad Penal N°25, Lima: Instituto Pacífico, Julio 2016, p.50

la Ley N.º 30424 y otras disposiciones de esa misma norma.¹¹⁶ De los cambios más importantes, el que más nos importa es el referido a la incorporación del delito de lavado de activos en el catálogo sobre responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Vale reseñar los fundamentos para la incorporación de un nuevo catálogo de delitos. Al respecto, Justó Balmaceda reseña:

“El argumento central de la modificación, ya implícita en la primera Ley N.º 30424 (que por decisión política reguló un solo delito), es que el Perú ha ratificado los principales instrumentos internacionales en materia de lucha contra la corrupción, tales como la Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción, la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional y el Convenio Internacional para la represión de la Financiación del Terrorismo, instrumentos normativos que exigen al Perú regular la responsabilidad autónoma de las personas jurídicas por su participación en los delitos de corrupción, lavado de activos y financiamiento del terrorismo, sea en el ámbito penal, civil o administrativo, sin perjuicio de la responsabilidad penal que incumba a las personas naturales que los hayan cometido...”¹¹⁷

En ese sentido, el Decreto legislativo N° 1352 cumple de forma más cabal con los compromisos internacionales asumidos por el Estado peruano. Sin perjuicio de ello, no se explica la razón por la cual este catálogo de delitos no fue incorporado desde un inicio, con miras a un cumplimiento cabal con las disposiciones internacionales desde la promulgación de la norma. Al respecto, Justó Balmaceda agrega: *“No había inconvenientes para regular más delitos desde el principio, salvo la objeción del sector privado, con argumentos parcialmente aceptables: como que las empresas no nacen para delinquir o que no se puede subjetivar la responsabilidad de la persona jurídica.”¹¹⁸*

4.2. Atribución de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas

El artículo 3 de la Ley N° 30424 modificado por el D.L. N° 1352, precisa que las personas jurídicas son responsables administrativamente por el delito entre otros de Lavado de Activos, cuando este haya sido cometido en su nombre o por cuenta de ellas y en su beneficio, directo o indirecto, por:

- a. *Sus socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias.*

¹¹⁶ Palomino Ramírez, Walter y Madrid Valerio, Cecilia. “Responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas e importancia de los programas de cumplimiento. A propósito del Decreto Legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, p.47

¹¹⁷ Balmaceda Quirós, Justo. “Las personas jurídicas y su responsabilidad administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, p. 21

¹¹⁸ Balmaceda Quirós, Justo. “Las personas jurídicas y su responsabilidad administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, p.23

- b. *La persona natural que, estando sometida a la autoridad y control de las personas mencionadas en el literal anterior, haya cometido el delito bajo sus órdenes o autorización.*
- c. *La persona natural señalada en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a. han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso.*

Las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo, hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.

Las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo, hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.

Haciendo un breve análisis de lo precisado en este dispositivo legal, se advierte que la persona jurídica responde “administrativamente” por el beneficio directo o indirecto que se obtenga producto de la realización de alguna actividad ilícita prevista y sancionada por Ley. Se entiende por *beneficio* al provecho, ventaja, aumento patrimonial, ganancia, etc; que obtiene la persona jurídica luego de haber realizado a través de sus gestores, representantes, administradores, etc; algún tipo de actividad criminal concerniente entre otros al lavado de activos, minería ilegal y cohecho activo transnacional. Por su parte, este beneficio puede ser *directo*, es decir, que el hecho ilícito haya redundado causalmente en los intereses patrimoniales de la persona jurídica. Por ejemplo, un área administrativa de presuntas ventas creada específicamente con la finalidad de dar apariencia de legalidad a un dinero ilícito insertándolo en las contabilidades de la empresa.

Para el beneficio directo, basta una relación causal entre el hecho cometido y el provecho económico obtenido, sin embargo, para fines procesales es necesario este mecanismo quede corroborado con pericia contable y/o económica respectiva. De otro lado, el beneficio indirecto surge por un provecho derivado o accesorio, por la realización del hecho ilícito. En este caso, no se verifica causalmente sino por el contrario se obtiene en virtud de un análisis un tanto más complejo, pues al no obtenerse de manera directa, se deberá probar en qué manera se obtuvo la ventaja.

Ahora bien, cuando se habla de haber cometido el hecho *en su nombre o por cuenta de ellas*; hace referencia que el socio, director, administrador de hecho o derecho, representantes legal o apoderados no actúa en calidad de persona natural, sino que lo hace revestido de todas las facultades y poderes que le otorga ejercer algún cargo o capacidad de acción en la persona jurídica, de modo tal, que el sujeto lo hace en su condición de obrar para realizar el hecho y poner en marcha el aparato empresarial con la finalidad de lograr el

objetivo ilícito y además de poder obtener beneficio directo o indirecto para la empresa. Así pues, estas personas naturales están actuando en nombre y/o por cuenta de las personas jurídicas, de ahí que el último párrafo de la ley en comento precise que *“las personas jurídicas no son responsables en los casos en que las personas naturales indicadas en el primer párrafo, hubiesen cometido los delitos previstos en el artículo 1, exclusivamente en beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.”*

Respecto a las personas que cometen los hechos ilícitos tenemos que pueden ser los *socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica*; es decir, son todas aquellas personas que tienen capacidad y poder decisión sobre la empresa. Los socios son aquellas personas que han convenido aportar bienes o servicios para el ejercicio común de actividades económicas y que en su conjunto representan el órgano supremo de la persona jurídica. Los directores, según el Artículo 172° tienen las facultades de gestión y de representación legal necesarias para la administración de la sociedad dentro de su objeto, con excepción de los asuntos que la ley o el estatuto atribuyan a la junta general. Los administradores, son aquellas personas que tienen la gestión, desarrollo y cumplimiento de los objetivos de la persona jurídica. Asimismo, por representante legal o apoderados son aquellos cuyos poderes constan en acta y gozan de capacidad para celebrar acuerdos, convenios o velar por los intereses de la sociedad.

Por otra parte, la persona jurídica también es capaz de ser sancionado por omisión de las personas naturales a su cargo, así pues el Artículo 3.c de la Ley refiere: *“La persona natural señalado en el literal precedente, cuando la comisión del delito haya sido posible porque las personas mencionadas en el literal a) han incumplido sus deberes de supervisión, vigilancia y control sobre la actividad encomendada, en atención a la situación concreta del caso”*

Walter Palomino, explica sobre los cambios y avances de la Ley que: *“... Una de estas, consiste en haber incluido a los socios, directores y apoderados. Da lo mismo, además, de que dichas personas pertenezcan a sus filiales o subsidiarias, pues igual se encontraran dentro del alcance de esta norma. Y, a diferencia de lo que originalmente previa la Ley N.º 30424, no se menciona más la exigencia de que dichos sujetos actúen en el ejercicio de las funciones propias de su cargo. Otra adición consiste en que las personas jurídicas que tengan la calidad de matrices serán responsables y sancionadas siempre que las personas naturales de sus filiales o subsidiarias, que incurran en*

*cualquiera de las conductas señaladas en el primer párrafo del art. 3 hayan actuado bajo sus órdenes, autorización o con su consentimiento.*¹¹⁹”

4.3. Fraude de etiquetas

Pareciera que en nuestro ordenamiento jurídico sigue vigente el viejo principio *”societas delinquere non potest”*, es decir, que las personas jurídicas no pueden delinquir ni responder penalmente; es en ese sentido, que la ley parece clara en reafirmar que se trata de una “responsabilidad administrativa” de la persona jurídica, se descarta cualquier referencia terminológica a algún tipo de responsabilidad penal.

Tal y como ya hemos afirmado en el presente trabajo, es un contra sentido que estas *”responsabilidades administrativas”* sean impuestas por un Juez Penal en el marco del Código Procesal del 2004 toda vez que hablar responsabilidades administrativas implica la represión de infracciones de índole extra penal (normatividad administrativa, valga la redundancia). Vale decir, no se puede cometer delitos y que frente a ellos se repriman con responsabilidades administrativas. Creemos que pertenecen a una naturaleza y esencia diferente. Todo ente jurídico que en su marco de funcionamiento realiza un hecho delictivo, en otras palabras, ha *delinquido*, por lo que el llamar responsables administrativos corresponde a un favor o benevolencia que otorga el legislador peruano frente a las empresas sancionadas penalmente.

En tal sentido, tal y como lo sostiene Carlos Caro Coria: *“Estamos por lo tanto ante un régimen de responsabilidad autónoma de la persona jurídica, distinto y paralelo al de la persona física, y a la que algunos preferirían llamar solo “administrativa” o “civil patrimonial” para evitar el estigma que la pena acarrearía para la reputación de la empresa: no es lo mismo concluir que una corporación fue sancionada administrativamente por el delito de corrupción cometido por uno de sus empleados, a sentenciar que la empresa fue condenada penalmente por un acto de corrupción o lavado de activos cometido por ella.*”¹²⁰

A pesar de ello, algunos autores como Walter Palomino precisan que: *“Es “administrativa” no solo porque la ley lo diga —como algunos suelen sostener: “fraude de etiquetas”—, sino porque sus parámetros de atribución de la responsabilidad no se*

¹¹⁹ Palomino Ramírez, Walter y Madrid Valerio, Cecilia. “Responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas e importancia de los programas de cumplimiento. A propósito del Decreto Legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, p.51

¹²⁰ <http://laley.pe/not/3730/sobre-la-llamada-responsabilidad-ldquo-administrativa-rdquo-de-las-personas-juridicas/>

mueven con criterios del derecho penal: no son subjetivos (a pesar de que, también, por ahí leí que se le quiere hacer subjetiva la responsabilidad, porque en derecho administrativo también se imputa subjetivamente), su “naturaleza” es administrativa. Puede confirmarse, entonces, que para Perú queda incólume el principio de societas delinquere non potest...¹²¹”[El subrayado es nuestro]

Asimismo, de la misma opinión es Justó Balmaceda, quien dice:

“Sin dejar de ser una responsabilidad autónoma, la responsabilidad administrativa de la persona jurídica por los delitos del D. Leg. N.º 1352 se sustenta en la teoría de la “atribución de responsabilidad por derivación o por hecho conexo”. Esto no se ha cambiado. La responsabilidad administrativa regulada responde a esta teoría.¹²²”

Crítica también la posición de algunos autores quienes afirman que existe un fraude de etiquetas, ya que no solo se confirma por el ámbito de incidencia, sino por las propias sanciones establecidas¹²³.

4.4. Responsabilidad “Administrativa” y Norma Procesal

Nuestro modelo procesal penal consta de tres etapas procesales básicas: investigación preparatoria, etapa intermedia y juzgamiento. Dentro de la investigación preparatoria se encuentra la etapa de diligencias preliminares y la investigación preparatoria propiamente dicha. Las diligencias preliminares tienen por finalidad realizar los actos urgentes o inaplazables destinados a determinar si han tenido lugar los hechos objeto de conocimiento y su delictuosidad, así como asegurar los elementos materiales de su comisión, individualizar a las personas involucradas en su comisión, incluyendo a los agraviados, y, dentro de los límites de la Ley, asegurarlas debidamente. (Artículo 330.2 del Código Procesal Penal)

Bajo este supuesto, consideramos que al tratarse de una responsabilidad autónoma de la persona jurídica es posible se apertura diligencias preliminares por la presunta participación de la persona jurídica en el Delito de Lavado de Activos, Minería Ilegal u otros contemplados en la norma, debiéndose por tanto emplazar con todas las garantías procesales a los representantes legales de las empresas presuntamente involucradas.

¹²¹ Balmaceda Quirós, Justo. “Las personas jurídicas y su responsabilidad administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, p.25

¹²² Balmaceda Quirós, Justo. “Las personas jurídicas y su responsabilidad administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, pp.27-28

¹²³ Balmaceda Quirós, Justo. “Las personas jurídicas y su responsabilidad administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, p.34

Aunado a ello, es importante también se tome en cuenta para poder iniciar una investigación la presunta participación de los socios, directores, administradores de hecho o derecho, representantes legales o apoderados de la persona jurídica, o de sus filiales o subsidiarias, que hubieren tenido participación en la conducta investigada.

Cabe resaltar que, en el presente caso, no nos encontramos frente a una investigación realizada en contra de una persona natural que habría actuado en el marco de actuación y funcionamiento de la persona jurídica de tal modo que resultaría aplicable lo establecido en el Artículo 90 del Código Procesal Penal donde establece la obligación del fiscal de incorporar a la persona jurídica al ser pasible de una posible sanción establecida en el Artículo 104 y 105 del Código Penal. En el presente caso, se advierte que la investigación *per se* ya ha sido instaurada desde las diligencias preliminares contra la persona jurídica, por lo que carece de sentido que se incorpore a solicitud del fiscal al proceso penal, pues ya se encuentra enmarcada en el mismo.

Coadyuva nuestra posición respecto a la factibilidad de apertura diligencias preliminares en contra de la persona jurídica, lo establecido por el Artículo 18 de la Ley N° 30424 modificado por el D.L. N° 1352 donde establece: *“El fiscal para formalizar la investigación preparatoria debe contar con un informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención, que tiene valor probatorio de pericia institucional. Si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada.”* Es decir, es posible se apertura las diligencias preliminares, sin embargo, para emitir una disposición de formalización de investigación preparatoria es necesario un informe técnico de Superintendencia del Mercado de Valores.

Sobre este punto, creemos que lo establecido por el acotado artículo 18 es una exigencia relativamente complicada para el titular de la acción penal y que en ningún modo favorece a la represión de las personas jurídicas involucradas en hechos delictivos toda vez que bien puede haberse practicado el referido informe técnico durante el desarrollo de la investigación preparatoria, en la cual ya se cuentan con mayores indicios y evidencias practicadas por la Fiscalía con la finalidad de que la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV que analice la implementación y funcionamiento del modelo de prevención. Inclusive, si se entiende que la etapa de diligencias preliminares tiene por objeto únicamente desarrollar los actos urgentes e inaplazables, el tiempo de las referidas

diligencias es relativamente corto, para que se pueda obtener un informe como el exigido por la Ley, lo que podría generar impunidad en las conductas perseguidas.

Frente a ello, creemos que el titular de la acción penal podría de conformidad con la Sentencia de Casación N° 144-2012 – Ancash de fecha 11 de julio de 2013, declarar compleja la investigación preliminar y de este modo poder lograr la exigencia que exige el artículo 18, para lo cual, frente a este tipo de plazos procesales, la Ley de Responsabilidad Administrativa tampoco establece un plazo para la Superintendencia de Mercado Valores deba remitir el informe que analice el modelo de prevención.

Por otro lado, nos encontramos en contra de lo establecido en el segundo párrafo del Artículo 18° donde establece que, si el informe técnico de la SMV establece que la implementación y funcionamiento del modelo de prevención antes de la comisión del delito, es adecuado, el fiscal dispone el archivo de lo actuado, mediante decisión debidamente motivada. Al respecto creemos que dicho dispositivo vulnera los criterios de independencia y autonomía del Representante del Ministerio Público, toda vez que el Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 052 precisa que los fiscales actúan con independencia de criterio. En tal sentido, lo correcto sería que el fiscal evalúe los hechos y en virtud a ello, emita una disposición motivada, sin recibir ninguna obligación legal respecto a sus criterios de actuación. En todo caso, el referido informe debe ser sometido a la valoración del Fiscal Provincial quien podrá tomar la decisión que corresponda, pues de lo contrario se advertiría que la Superintendencia del Mercado de Valores estaría atribuyéndose funciones jurídico-penales que no posee. Así pues, prácticamente sería dicho ente administrativo quien decida si se archiva o no una investigación, lo que contradice lo establecido por el Artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, pues el Ministerio Público es el titular de la acción penal y tiene independencia de criterio para ejercerla, para lo cual también le son aplicables las prerrogativas y obligaciones establecidas a los jueces.

Creemos que el Ministerio Público dentro del inicio de las diligencias preliminares de indagación deberá considerar como autores del delito no sólo a las personas naturales a quienes se le aplicaran las futuras penas sino también debe considerar como presunta autora a la persona jurídica quien será sujeto al nuevo sistema de responsabilidad administrativa. De este modo, ya no sería necesaria la aplicación de las consecuencias accesorias las mismas que dependen de la sanción a la persona natural, sino de “responsabilidades administrativas” que podrán ser impuestas independientemente a la

responsabilidad personal de sus directores, gerentes, administradores, etc. Iniciará pues una investigación conjunta en caso de tratarse de los mis hechos cometidos por la persona jurídica y sus representantes, aunque diferenciando con claridad el régimen que le corresponde a cada uno, pues en caso de la persona jurídica el fiscal deberá tomar en cuenta los mecanismos de prevención adoptados, pues podría aplicarse la eximente de responsabilidad penal establecida en el Artículo 17° del Código Penal.

Como repetimos la Ley N° 30424 modificado por el D.L. N° 1352 no regula, ni específica actuaciones procesales, por lo que su regulación carece de suficiencia.

4.5. Criminal *compliance*

De los detalles de la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, es importante explicar los medios regulados para evitar posibles sanciones. Al respecto, tenemos que: *“El ente corporativo puede evitar estas sanciones de tres maneras: a) con la implementación oportuna y eficaz de un programa de cumplimiento normativo en materia penal, b) con la demostración en el proceso de que el individuo infractor empleó maniobras fraudulentas para eludir los controles del modelo de prevención debidamente implementado y c) con la prueba de que las personas infractoras realizaron el hecho en exclusivo beneficio propio o a favor de un tercero distinto a la persona jurídica.”*¹²⁴ Además de ello, el Decreto Legislativo impone una serie de condiciones procesales, así como incorpora una condición objetiva de procesabilidad, al implantar la necesidad de un informe de la Superintendencia de Mercado de Valores.

Los modelos de cumplimiento son conocidos en doctrina como criminal *compliance*. Al respecto, Montiel nos explica su objeto de estudio: *“Este tiene por objeto de estudio aquellos tipos penales que describen comportamientos realizados por empresas o por quienes actúan en el marco de sus actividades cotidianas, pero abusando de la confianza generada en el tráfico económico (lavado de dineros, evasión fiscal, corrupción entre particulares, contaminación medioambiental, etc)”*¹²⁵ Asimismo, tenemos que Kuhlen las define en los siguientes términos: *“...medidas mediante las cuales las empresas pretenden asegurarse que sean cumplidas las reglas vigentes para ellas y su personal, que*

¹²⁴ Palomino Ramírez, Walter y Madrid Valerio, Cecilia. “Responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas e importancia de los programas de cumplimiento. A propósito del Decreto Legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017, p.61

¹²⁵ Montiel, Juan Pablo. “Breve Introducción al Criminal Compliance.” En Actualidad Penal N°24, junio 2016, Lima: Instituto Pacífico, p.143.

*las infracciones se descubran y que eventualmente se sancionan.*¹²⁶ Así, podríamos decir preliminarmente que el criminal compliance es aquel programa de prevención que establecen las empresas con miras a mitigar o descargar cualquier tipo de responsabilidad derivada de la comisión de delitos dentro de su organización. Al respecto, como objetivos principales, tenemos que su finalidad es la observancia de la ley: *De manera general, puede decirse que la finalidad del compliance es asegurar la observancia de la ley en las actividades empresariales (“to be in compliance with de law”). Esta finalidad esencial se bifurca, a su vez, en dos objetivos diferenciados. Por un lado, se procura evitar la realización de conductas infractoras de la ley (función de prevención). Por otro lado, si las infracciones legales igualmente se producen, la actitud de fidelidad al Derecho por parte de la empresa se traduce en la implementación de mecanismos y procedimientos para su oportuna detección y eventual comunicación a las autoridades correspondientes (función de confirmación del Derecho)*¹²⁷

El método de autorregulación que establece el compliance podría ser de mucha utilidad, en un funcionamiento conforme a la ley, mediante colaboración con las entidades del sistema público de persecución del delito. Al respecto, se debe resaltar que, para que cumpla con esta finalidad, se requieren dos condiciones esenciales, según lo dicho por García Caveró:

*“Para que el criminal compliance cumpla realmente la función de prevención de delitos que se le asigna, deben darse dos condiciones esenciales. Por un lado, dicho mecanismo empresarial debe ser realmente eficaz para evitar la realización de delitos en el marco de las actividades de la empresa y no simplemente una idea especulativa o una estrategia de marketing. Por el otro, no basta con que la regulación legal recomiende, estimule e incluso disponga la conformación de un criminal compliance en la empresa, sino que deben darse las condiciones para que tal conformación resulte económicamente atractiva para las empresas. Si la propia existencia o viabilidad económica de la empresa se contraponen finalmente a la lógica del cumplimiento normativa, queda claro que de nada servirá que la legislación promueva la conformación de este tipo de mecanismos empresariales*¹²⁸.”

Suscribimos, desde ese punto, las condiciones planteadas por el autor. Primero, la eficacia del sistema no debe ser únicamente formal. A diferencia de las regulaciones existentes en el sistema nacional que no tienen incidencia en la práctica, la normativa

¹²⁶ Kuhlen, Lothar. “Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal”. En Kuhlen, Lothar; Montofiel, Juan Pablo; Ortiz de Urbina Gimeno, Iñigo. “Compliance y teoría del derecho penal”. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.54

¹²⁷ García Caveró, Percy. “Compliance y Lavado de Activos”. En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económica. junio 2016, P.2. Véase www.ciidpe.com.ar/ciidpe/wp-content/plugins/download.../download.php?id=538

¹²⁸ García Caveró, Percy. “Compliance y Lavado de Activos”. En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económica. junio 2016, P.5. Véase www.ciidpe.com.ar/ciidpe/wp-content/plugins/download.../download.php?id=5385

interna de la empresa si debe tener incidencia en su funcionamiento. Esto conlleva que necesariamente exista un método de vigilancia y aplicaciones de controles sobre riesgos penales. A su vez, creemos que la implementación debe traer un rédito para la empresa. Que el costo de la prevención sea menor al de la posible sanción es la única forma de incentivar su verdadera implementación.

Al respecto, vale la pena comentar lo dicho por García Cavero en referencia a las obligaciones de prevención que establece la Ley de la Unidad de Inteligencia Financiera:

“La Ley de Creación de la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF) establece que, para poder impedir o detectar la realización de actos de lavado de activos, los llamados sujetos obligados deben implementar un sistema de prevención y detección de actividades de lavado de activos en su ámbito de actuación. En el caso de las empresas, se atribuye al directorio la responsabilidad de implementar este sistema. Si la empresa cuenta con una organización compleja, se debe nombrar incluso a una persona, con estatus directivo, que se encargará de la implementación, funcionamiento y mejoramiento del sistema prevención y detección.”¹²⁹”

En nuestro sistema penal, la regulación *compliance* se encuentra establecida en el Artículo 17 del Decreto Legislativo N° 1352 y lo denomina como eximente por la implementación de modelos de prevención y consiste en implementación en la organización en la persona jurídica, con anterioridad a la comisión del delito, de un modelo de prevención adecuado a su naturaleza, riesgos, necesidades y características, consistente en medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir los delitos antes mencionados o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. El modelo de prevención debe de contar con los siguientes elementos mínimos:

- a) Un encargado de prevención, designado por el máximo órgano de administración de la persona jurídica o quien haga sus veces, según corresponda, que debe ejercer su función con autonomía. Tratándose de las micro, pequeña y mediana empresas, el rol de encargado de prevención puede ser asumido directamente por el órgano de administración.
- b) Identificación, evaluación y mitigación de riesgos para prevenir la comisión de los delitos previstos en el artículo 1 a través de la persona jurídica.

¹²⁹ García Cavero, Percy. “Compliance y Lavado de Activos”. En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económica. junio 2016, P.6. Véase www.ciidpe.com.ar/ciidpe/wp-content/plugins/download.../download.php?id=538

- c) Implementación de procedimientos de denuncia.
- d) Difusión y capacitación periódica del modelo de prevención.
- e) Evaluación y monitoreo continuo del modelo de prevención.

Gómez-Jara Díez sostiene: “El modelo de prevención de la nueva legislación peruana sienta sus premisas basales en el ámbito de gestión del riesgo. Para ello refiere ciertos términos propios de la terminología de esta disciplina, cuyo referente internacional es la conocida ISO 31000 se hace referencia a la (1) identificación, (2) análisis (3) evaluación y (4) tratamiento del riesgo. La legislación peruana comentada-como decimos: de manera similar -refiere la (1) identificación (2) evaluación y (3) mitigación del riesgo. Si bien pudiera parecer que, en principio, la diferencia de criterio no posee una especial relevancia, lo cierto es que en el apartado de “análisis del Riesgo” es donde se suelen ubicar dos parámetros clave: la probabilidad de materialización del riesgo y consecuencias del mismo. (...)”¹³⁰

Basada en esta experiencia de regulación que para nuestro sistema resulta ser de carácter novísimo habida cuenta que es la primera vez que se regula algún tipo de modelos de prevención relacionados a la responsabilidad penal; Gómez-Jara Díez refiere que sería conveniente que se introdujeran nuevos elementos mínimos los cuales ha reseñado en los siguientes: “i.- Actualización (mejora) continua del modelo de prevención. ii.- Evaluación del desempeño (performance). iii.- Sanciones disciplinarias para el incumplimiento de las obligaciones contenidas en el modelo. iv.- Política del modelo de prevención. v.- Dotación de recursos para el modelo de prevención”¹³¹

Creemos que si bien es cierto nuestra ley refiere que se trata de elementos mínimos, es importante considerar que el reglamento deberá tener nociones más específicas y claras sobre la adecuación del modelo *compliance* a la realidad peruana, básicamente en considerar que existen una amplia gama de empresas que en muchos casos no cuenta con capacidad económica para implementar este tipo de modelos, razón por la cual, cualquier tipo de medida deberá ir acompañada con incentivos y compensaciones, con la finalidad que lo establecido en la norma penal no quede en mero supuestos declarativos o programáticos, que carezcan de aplicación en la realidad.

Es así que tampoco se trata de trasladar la responsabilidad de persecución del delito a las empresas privadas, empero, es importante que se logre sopesar tanto la

¹³⁰ Gomez-Jara Diez, Carlos. “*Compliance y Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Perú*”. Pacífico Editores SAC. Febrero 2018, P.31

¹³¹ Idem, PP. 37-38.

responsabilidad estatal como la responsabilidad del privado en la persecución del delito, evitando cualquier tipo de abuso tanto de un lado como de otro. Por otra parte, es importante que la Ley o en su defecto el reglamento, establezca modelos de control periódico sobre el *compliance* adecuado, lo que permitirá dotar de mayor eficacia al modelo adoptado, evaluando de manera constante el desempeño.

Un tema aparte, y aunque quizás sería de mucha utilidad en un futuro es la creación de una entidad administrativa con personería jurídica encargada de administrar, orientar, planificar, adecuar y verificar los mecanismos de prevención en nuestro país, organismo que sería de carácter eminentemente técnico y cuya función radicaría, entre otros, en capacitaciones y fomentos del sistema *compliance* en nuestro país.

4.6. Responsabilidad administrativa de la persona jurídica y consecuencias accesorias

A este punto de la argumentación, cabe entender que en nuestro ordenamiento jurídico nacional coexisten dos sistemas de responsabilidad de la persona jurídica frente a la comisión de delitos en el marco de su organización, por un lado, observamos las consecuencias accesorias y por otro tenemos la responsabilidad administrativa de la persona jurídica. Ambos, puntos han sido tratados brevemente por este trabajo. Empero, se debe determinar las diferencias que existen entre ambos, toda vez que los operadores de justicia se encuentran en la obligación de determinar claramente ambas figuras, que tendrá entera relevancia en el sistema procesal de responsabilidad del ente jurídico.

Primero, las consecuencias accesorias de la persona jurídica se encuentran reguladas en el Artículo 104° y 105° del Código Penal y a su vez tiene su correlato en el sistema procesal, conforme se corrobora con lo establecido en el Artículo 90° del Código Adjetivo que regula su incorporación al proceso penal, la misma que debe de realizarse hasta antes de la culminación de la investigación preparatoria. Ahora bien, respecto a la llamada responsabilidad administrativa de la persona jurídica, se advierte que no tiene aún un correlato procesal, por lo que, en tal sentido, los operadores de justicia deberán enmarcar su investigación y juzgamiento en las normas del proceso común del Código Procesal Penal del 2004.

Como ya hemos señalado, con la dación de la Ley de Responsabilidad Administrativa de La Persona Jurídica es posible que se inicie una investigación preliminar de manera autónoma en contra de la persona jurídica, por lo que ya no será necesario la

utilización del Artículo 90 y siguientes del Código Adjetivo para la incorporación al proceso penal, toda vez que la investigación ha nacido en su contra y de manera autónoma. Por otro lado, las consecuencias accesorias que hacen referencia en el Artículo 104° y 105° del Código Penal, son respecto a un proceso penal instaurado en contra de persona naturales y que al estar enmarcado su presunta conducta ilícita en marco de la actuación empresarial, a solicitud del fiscal deberán ser consideradas en el proceso con la finalidad de garantizar sus derechos.

Otra diferencia la encontramos en que la responsabilidad “administrativa” de la persona jurídica es de carácter autónoma y regula sus propias sanciones a imponerse, por lo que no será necesaria aplicar las consecuencias accesorias reguladas en el Artículo 104° del Código Penal, y ello parte además de considerar que con la dación de esta ley se instaura un proceso penal independiente de la sanción de la persona natural, además de tratarse de dos supuestos de aplicación totalmente distintos.

Respecto a las consecuencias accesorias encontramos referencia procesal directa tales como el Artículo 90° y siguientes del Código Procesal Penal del 2004; sin embargo respecto a la responsabilidad administrativa de la persona jurídica creemos que es necesario se desarrolle un conjunto de reglas procesales adicionales que permitan dotar de eficacia el procesamiento autónomo a la persona jurídica, tales como: **a)** desarrollo de medidas cautelares preventivas de la sanción futura a imponerse a la persona jurídica con la finalidad de evitar que se continúe con el actuar ilícito de la persona jurídica, **b)** requisitos y supuestos legales de las medidas de carácter preventivo, **c)** oportunidad y trámite de las medidas preventivas.

4.7. A modo de conclusión. Comparación con el ordenamiento jurídico chileno

A modo de comparación, podemos mencionar el ordenamiento jurídico chileno, por ejemplo, ha mostrado grandes avances respecto a la represión del delito de lavado de activos en su actuación relacionada con la persona jurídica. En Chile, existe una ley especial y específica sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de lavado de activos. Ello parte, en primer lugar, porque en su caso, sí se encuentra aceptada la responsabilidad penal de la persona jurídica, y en segundo lugar, porque ellos han considerado que dicha condición le permite una mejor y eficaz política criminal frente a estas nuevas formas de criminalidad. Así pues, vale transcribir lo dispuesto por el Artículo 5° de la Ley 20393 chilena: “*La responsabilidad de la persona jurídica será autónoma de*

la responsabilidad penal de las personas naturales y subsistirá cuando, concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, se presente alguna de las siguientes situaciones: 1) La responsabilidad penal individual se hubiere extinguido conforme a lo dispuesto en los numerales 1° y 6° del artículo 93 del Código Penal. 2) En el proceso penal seguido en contra de las personas naturales indicadas en los incisos primero y segundo del artículo 3° se decretare el sobreseimiento temporal del o los imputados, conforme a las causales de las letras b) y c) del artículo 252 del Código Procesal Penal. También podrá perseguirse dicha responsabilidad cuando, habiéndose acreditado la existencia de alguno de los delitos del artículo 1° y concurriendo los demás requisitos previstos en el artículo 3°, no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.”

Según lo anteriormente transcrito, el sistema represivo hacia la persona jurídica, no está condicionado a la sanción penal que puede recaer en la persona natural ni recibe el nombre de responsabilidad “administrativa”, sino que por el contrario se trata de una sanción penal verdaderamente independiente, de ahí que ello conlleve a una represión contra el sistema de lavado de activos más eficaz. En nuestro país, encontramos un dispositivo similar, precisamente en Ley N° 30424 modificado por el D.L. N° 1352 donde regula en su artículo 4: *La responsabilidad administrativa de la persona jurídica es autónoma de la responsabilidad penal de la persona natural. Las causas que extinguen la acción penal contra la persona natural no enervan la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas.”* Desde ese punto de vista, es claro que el nivel de precisión y detalle en la redacción de la norma jurídica chilena es mayor a la nuestra, pues en la primera se incluyen supuestos tales como el sobreseimiento temporal del o los imputados, cuando no haya sido posible establecer la participación de el o los responsables individuales, siempre y cuando en el proceso respectivo se demostrare fehacientemente que el delito debió necesariamente ser cometido dentro del ámbito de funciones y atribuciones propias de las personas señaladas en el inciso primero del mencionado artículo 3°.

Creemos, que en el caso peruano, el Derecho Penal actual, debe evolucionar y adaptarse a las nuevas formas de tendencias criminales que surgen dentro de una sociedad; por lo que es necesario entender que uno de los mecanismos más usuales y comunes para

poder blanquear el dinero es actuar a través de la persona jurídica, de ahí que una adecuada represión y sanción (principalmente económica) desalentaría considerablemente a los sujetos activos, quienes quizás están dispuestos a pasar un período en prisión, siempre y cuando no disminuya la cantidad y ganancias de los negocios o empresas ilícitas que poseen en el mercado.

Supongamos que existe una persona procesada por el delito de lavado de activos, bajo los lineamientos del Código Procesal Penal del 2004, a la cual se le ha formalizado investigación preparatoria y posteriormente se ha realizado la respectiva acusación; sin embargo, al momento de instalarse el juicio oral, el imputado opta por no asistir a la respectiva audiencia; en consecuencia, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 79° inciso 5 de la norma adjetiva, el juez decide declarar la contumacia del imputado y con ello la reserva provisional del proceso. Entonces surge la siguiente pregunta: ¿es posible acaso, por dicha razón, que se pueda seguir permitiendo el funcionamiento de la persona jurídica pese a que se tienen los suficientes elementos de convicción que el delito se ha cometido en ejercicio de la actividad de la persona jurídica o utilizando su organización o servicios para favorecerlo?

Creemos tal y como lo prevé la Ley 20393 Chilena, que la persona jurídica debe hacerse responsable mediante un sistema penal sustantivo y procesal adecuado, no basándose sólo en sistemas de responsabilidad administrativa, por los delitos que fueren cometidos directa e inmediatamente en su interés o para su provecho, por sus dueños, controladores, responsables, ejecutivos principales, representantes o quienes realicen actividades de administración y supervisión, siempre que la comisión del delito fuere consecuencia del incumplimiento, por parte de ésta, de los deberes de dirección y supervisión.¹³²

Por ello, consideramos que la política criminal en nuestro país debe cambiar de orientación y rumbo respecto a la forma de enfrentar la criminalidad organizada y la represión penal de las personas jurídica, en la medida que se tenga la concepción de que se trata de un ser ficticio, pero con obligaciones que definitivamente tiene que adquirir cuando se forma, como es la eficaz prevención de su organización frente a futuros comisión de hechos delictivos. Una persona jurídica creada con fines de blanqueo de capitales, desde el principio de su formación no debería tener cabida en el desarrollo

¹³² Artículo 3

económico de nuestro país, pues se debe blindar de una serie de mecanismos legales con la finalidad de evitar promover el crimen y el blanqueo de activos ilícitamente obtenidos.

Ahora bien, somos de la opinión que es necesario aún continuar con la implementación de mayores medidas que impliquen un incentivo adecuado a la empresa con la finalidad de que adopten los medios adecuados de prevención y con ello, se dé un cumplimiento efectivo de la Ley sustantiva. Además de ello, es importante se desarrolle un sistema procesal penal adecuado con la finalidad que brinde todos los derechos adjetivos a la persona jurídica con la finalidad de emprender un sistema de responsabilidad penal eficaz.

En ese sentido, habiendo comentado las deficiencias actuales de la normativa, culminaremos este acápite reiterando lo dicho letra arriba: la necesidad de instaurar un verdadero y eficiente modelo de imputación, que junte tanto una autorregulación eficaz para las empresas como estructuras de atribución completas para la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Conclusiones

- a) El delito de lavado de activos es un delito complejo cuya construcción dogmática y jurisprudencial se encuentra en desarrollo, en suma, que, ha merecido una serie de pronunciamientos por parte de nuestra Corte Suprema con el fin de esclarecer y determinar criterios que no generen en nuestro país sentimientos de impunidad ni falta de regulación. Es por ello, que la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 estableció criterios que sirven de base respecto al delito fuente en el delito de lavado de activos, por lo que dicho pronunciamiento supremo es de carácter actual y de obligatorio cumplimiento para los operadores jurídicos de la nación. Con lo que aparentemente quedaría zanjada cualquier discusión en torno al delito fuente.
- b) En nuestro país, encuentra todavía cierta resistencia respecto a la adopción de responsabilidad penal de la persona jurídica toda vez que en cierto modo se acude al “fraude de etiquetas” para denominar “responsabilidad administrativa de la persona jurídica” cuando se trata de un modelo -aunque todavía en desarrollo- de una verdadera responsabilidad penal de la persona jurídica; lo que se ve corroborado con meridiana claridad respecto a la similitud de nuestra Ley N°30424 con la Ley de Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica vigente en Chile; siendo que éstos últimos no han tenido inconvenientes incluso muchos años atrás en crear un propio sistema de responsabilidad penal de los entes colectivos.
- c) El modelo de “responsabilidad administrativa de la persona jurídica” desde el punto de vista de la autonomía sustantiva y procesal de las sanciones aún se encuentra en un estado incipiente, toda vez que no sólo pasa por la emisión de la norma jurídica, sino también es necesario que por parte del Ministerio de Justicia, se establezcan modelos de capacitación que permitan a los operadores de justicia, específicamente a los fiscales, el poder iniciar de manera autónoma investigación por la presunta responsabilidad del ente colectivo. Para lo cual, se deberá realizar el cambio de mentalidad, en el sentido de la desvinculación de la persona natural con cualquier conducta ilícita que sólo se le pueda imputar a la persona jurídica, o en su defecto ambas; pero teniendo en cuenta la independencia de ambos.

- d) Es necesario que se comience aplicar correctamente lo establecido en nuestra norma jurídica de responsabilidad penal de la persona jurídica, sin pensar que se trata de una aplicación a un largo plazo, toda vez que si bien aún no se emite el Reglamento, empero los operadores de justicia se encuentran en posibilidades de aplicar, y atribuir responsabilidades penales, más aún si lo que se busca es reducir considerablemente el favorecimiento de los entes colectivos a delitos como el Lavado de Activos.
- e) La cultura *compliance* debe ser promovida de tal manera que se garanticen capacitaciones constantes y cultura de la prevención dentro de la misma persona jurídica, debiéndose compensar los mecanismos de prevención que en su medida podrían implicar un costo, con otro tipo de beneficios. En tal modo, el Estado se vería beneficiado con empresas que realizan sus funciones dentro del marco de legalidad, con una evidente cultura preventiva frente al riesgo que implica el desarrollo de la misma.
- f) A nuestro criterio, bajo un resguardo excesivo a la presunta responsabilidad de la persona jurídica, el Artículo 18 de la Ley N° 30424 modificado por el D.L. N° 1352 incurre en vicio de inconstitucionalidad en la medida que limita el criterio del Ministerio Público a formalizar investigación preparatoria dependiendo sólo del informe técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV; lo cual vulnera el Artículo 159 inciso 5 de la Constitución Política del Perú, pues el Ministerio Público es el titular de la acción penal y tiene independencia de criterio para ejercitarla.
- g) Exigir el Informe Técnico de la Superintendencia del Mercado de Valores – SMV como requisito para formalizar investigación preparatoria, constituye un desconocimiento procesal toda vez que en dicha etapa sólo se requiere una sospecha probable, más en ningún momento se exige un nivel de convencimiento suficiente, que probablemente se dé con la emisión del referido informe; más aún si puede ser recabado a lo largo de todo el proceso penal hasta antes de la conclusión de la investigación preparatoria. En consecuencia, no se tiene certeza de cuanto podría demorar este tipo de informes, lo que podría perjudicar considerablemente los plazos procesales establecidos en el CPP del 2004.

- h) La lucha contra el Lavado de Activos es una realidad compleja; sin embargo, implica que se continúe con los esfuerzos conjuntos con la finalidad de crear y diseñar mayores sistemas de control tanto en las personas jurídicas como en las personas naturales. La Corte Suprema, desde el punto de vista jurídica, cumple un papel importante pues implica que desarrolle jurisprudencia clara que oriente el devenir de la lucha contra este delito.

Referencias Bibliográficas

- Abanto Vásquez, Manuel. “Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema: Casación N° 92-2017-Arequipa”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017.
- Adriazola, Gabriel. “La desnaturalización del sistema de prevención y represión del delito de lavado de activos. Su necesaria reconducción a la represión de la delincuencia organizada.” En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico, p.3 Publicado 03/05/2012 en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_02.pdf
- Adriazola, Gabriel. “La desnaturalización del sistema de prevención y represión del delito de lavado de activos. Su necesaria reconducción a la represión de la delincuencia organizada.” En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho Penal Económico. Publicado 03/05/2012 en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_02.pdf
- Alldrige, Peter. What Went Wrong with Money Laundering Law? London: Queen Mary University, 2016.
- Apaza Mamani, Hugo. “El aterrizaje del tipo penal de aislamiento. Un estudio sobre armonización de la Ley penal de Lavado de Activos con la normativa internacional”. En Actualidad Penal N° 36. Lima: Instituto Pacífico, junio 2017.
- Arbulú Ramírez, José Antonio. “Análisis Crítico de la Casación N° 92-2017-Arequipa”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017.
- Arrieta Caro, José “Breve historia de una suprema discrepancia y su esperado final: el objeto de la prueba en el delito de lavado de activos antes y después de la Sentencia Plena Casatoria N° 1-2017/CIJ-433” En Actualidad Penal N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017.
- Balmaceda Quirós, Justo. “Las personas jurídicas y su responsabilidad administrativa autónoma para los delitos de corrupción y lavado de activos visto desde el Decreto legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017.
- Basel Institute Of Governance. Report of Antimoney Laundering, International Center For Asset Recovery, en https://index.baselgovernance.org/sites/index/documents/Basel_AML_Index_Report_2017.pdf

- Bernal Cavero, *Gaceta Penal y Procesal Penal 17 (noviembre del 2010)*, p 53.
- Blanco Cordero, *El Delito de blanqueo de capitales*, p. 67 y FABIÁN CAPARROS, Eduardo. *Tipología y Lógica del Lavado de Activos*.
- Brind, Leonardo Germán. “Delito de lavado de dinero en Chile y Argentina. Breve análisis de derecho comparado.” En *Revista de Estudio de La Justicia*, N°26 (2017). Santiago de Chile: Centro de Estudios de la Justicia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile.
- Bustanza Siu, Marco “Nihil est sine ratione: la necesaria convergencia de la imputación subjetiva con la objetiva en el lavado de activos.” En *Actualidad Penal* N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017.
- Caro Coria, Carlos. *Anuario de derecho penal económico y de la empresa (ADPE)*, N° 2, 2012, p.22 y ss
- Castillo Alva, José Luis. *Las consecuencias económicas del Delito*. Idemsa, Lima, 2001, p 169
- Culquiconcor Merino, Wilmer “Reflexiones sobre la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017, y propuestas de reforma legislativa.” En *Actualidad Penal* N°41. Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017.
- Curso de Investigación Financiera para UIF’s, Internal Revenue Service IRS, U.S. Department of Treasury, El Salvador, 1997.
- Del Carpio Delgado, Juana. “La normativa internacional del blanqueo de capitales. Análisis de su implementación en las legislaciones nacionales: España y Perú como casos de estudio”. En *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXV (2015). España: Universidad Santiago de Compostela.
- Díez Ripollés, José Luis. “La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española”. Barcelona: In Dret., 2012, p. 5, en CLAVIJO JAVE, CAMILO, “Criminal Compliance y sistema penal en el Perú”. Lima: Tesis PUCP, 2016.
- Fabián Caparros, Eduardo. *Tipología y Lógica del Lavado de Activos*. P.95.
- Galvez Villegas, Tomás Aladino. “El delito de Lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106”. Lima: Instituto Pacífico, 2014.
- García Cavero, Percy. *Derecho Penal Parte General*, Segunda Edición, Lima: Juristas Editores, 2012.
- García Cavero. *Derecho Penal Económico*, Parte especial, p 452, Tomo II.

- García Cavero, Percy. “Compliance y Lavado de Activos”. En Centro de Investigación Interdisciplinaria en Derecho penal Económica. Junio 2016. Véase www.ciidpe.com.ar/ciidpe/wp-content/plugins/download/download.php?id=538
- García Cavero, Percy. “La discusión jurisprudencial sobre el delito fuente como elemento normativo del tipo del delito de lavado de activos”. En Actualidad Penal, N° 40, Lima: Instituto Pacífico, noviembre 2017.
- García Cavero, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, Segunda Edición. Lima: Juristas Editores E.I.R.L., 2015.
- Herrera Guerrero, Mercedes “La prueba de la procedencia delictiva de los bienes en el delito de Lavado de Activos” En Actualidad Penal N°24, Lima: Instituto Pacífico, junio del 2016.
- Hopton, Doug. Money Laundering: A concise Guide for all Business. England: Gower Publishing Limited, 2006.
- <http://laley.pe/not/3730/sobre-la-llamada-responsabilidad-administrativa-de-las-personas-juridicas/>
- Jescheck, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas. Tratado de Derecho Penal Parte General. Traducción de Miguel Olmedo Cardenete. Primera Edición (Perú), volumen 1, Lima: Instituto Pacífico, 2014.
- Kuhlen, Lothar. “Cuestiones fundamentales de *compliance* y derecho penal”. En KUHLEN, Lothar; Montofiel, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. “Compliance y teoría del derecho penal”. Madrid: Marcial Pons, 2013, p.54
- Lamas Puccio, Luis. La prueba en el Delito de Lavado de Activos. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- Lamas Suárez, Gerardo, “La falta de determinación del delito fuente en la ley penal contra el lavado de activos”, en Gaceta Penal y Procesal Penal N° 30, Lima: Gaceta Jurídica, diciembre del 2011, p.156 y ss.
- Meini, Iván. “El actuar en lugar de otro en el Derecho Penal Peruano.” En *Imputación y Responsabilidad Penal: Ensayos de Derecho Penal*. Lima: Ara Editores, 2009.
- Mendoza Llamacponcca, Fidel. El delito de Lavado de Activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- Mir Puig, Santiago Derecho Penal Parte General. 10 Edición. Buenos Aires: Editorial B de F, 2016.

- Montiel, Juan Pablo. “Breve Introducción al Criminal Compliance.” En Actualidad Penal N°24, junio 2016, Lima: Instituto Pacífico, p.143.
- Morales García, Óscar. “La persona jurídica ante el derecho y el proceso penal”. Barcelona. p.2. En: <http://www.uria.com/documentos/publicaciones/3202/documento/art18.pdf?id=3347>
- Núñez Paz, Miguel Ángel. “Lavado de Activos y Delitos Urbanísticos”. En Actualidad Penal, N°25, Lima: Instituto Pacífico, julio 2016.
- Oré Sosa, Eduardo. “El delito de lavado de activos y sus semejanzas con los delitos de receptación y encubrimiento real.”, en Gaceta Penal y Procesal Penal, N° 46, Lima: Gaceta Jurídica, abril del 2013.
- Oré Sosa, Eduardo. La Procedencia Delictiva en el Delito de Blanqueo de Capitales. En perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170808_03.pdf
- Palomino Ramírez, Walter y Madrid Valerio, Cecilia. “Responsabilidad “administrativa” de las personas jurídicas e importancia de los programas de cumplimiento. A propósito del Decreto Legislativo N° 1352”. En Actualidad Penal N°33, Lima: Instituto Pacífico, marzo 2017.
- Pariona Arana, Raúl “Consideraciones Críticas sobre la llamada autonomía del delito de Lavado de Activos”, en ADP, 2015.
- Pariona Pastrana, José. El delito precedente en el delito de Lavado de Activos. Lima: Instituto Pacífico, 2017.
- Peña Cabrera, Alonso. “Comentarios a la Ley N° 30424”. En Actualidad Penal N° 25, Lima: Instituto Pacífico, Julio 2016.
- Prado Saldarriaga, Víctor. “*Mecanismos Administrativos de Prevención del Lavado de Dinero y la Responsabilidad Penal de los Agentes del Sistema Financiero*” en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_45.pdf pp.2-3
- Prado Saldarriaga: *Criminalidad Organizada y Lavado de Activos*, p. 224.
- Renart García, Felipe. El Blanqueo de Capitales en el Derecho Suizo. En: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_50.pdf P
- Reyna Alfaro, Luis Miguel. Panorama Actual de la Responsabilidad Penal de las Empresas. Gaceta Penal & Procesal Penal. Tomo 37. Julio 2012.
- Soto Arroyo, Hania. “El delito de legitimación de capitales a la luz de la legislación y la jurisprudencia penal costarricense” en Derecho Sociedad N° 2, Costa Rica: Revista Electrónica de la Facultad de Derecho Ulacit, febrero 2012.

Valcárcel Ángulo, Mariella. “La imputación de responsabilidad penal para los directores de las empresas”. En *Temas de derecho penal económico: empresa y compliance*. Hurtado Pozo, José (Director). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2016.

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 en la Parte General del Código Penal*. Hurtado Pozo, José (Editor). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 2009, p.485