



Universidad
Continental

FACULTAD DE DERECHO

Escuela Académico Profesional de Derecho

La inconstitucionalidad de la No necesidad de condena del delito fuente para sancionar a procesados por lavado de activos

Juan Carlos Rodríguez Sosa

Huancayo, 2017

Tesis para optar el Título Profesional de
Abogado



Repositorio Institucional Continental
Tesis digital



Obra protegida bajo la licencia de [Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/peru/)

AGRADECIMIENTOS

Al doctor Luis Álvaro Cárdenas Moreno, Fiscal Provincial Coordinador de la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo, por su apoyo y facilidades brindadas para la materialización del presente trabajo. Así como a todo el personal fiscal y administrativo del mencionado Despacho Fiscal.

Al doctor Edwin Sánchez Salazar, Fiscal Adjunto Superior de la Oficina Desconcentrada de Control Interno, quien desde que ingrese como secigrista al Ministerio Público se constituyó en mi principal referente de lo que significa la función fiscal, además por ser quien en medio de una conversación académica me dio la idea base del tema desarrollado en el presente trabajo de investigación.

DEDICATORIA

A mis padres, Juan y Celia, por enseñarme que la dedicación y el esmero constituyen el único camino que se sigue para alcanzar las metas trazadas.

A mi hermana, Sheyla, por ser mi compañera de siempre, y por irradiar alegría en mi familia desde su nacimiento.

A mi hermano Sebastián, quien a su corta edad nos enseña que la vida es el mejor regalo que Dios nos pudo dar.

ÍNDICE

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN	6
CAPÍTULO I.....	7
PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO.....	7
Planteamiento del problema:.....	7
Objetivos.....	11
Justificación	12
Hipótesis	13
CAPÍTULO II.....	14
MARCO TEÓRICO	14
Antecedentes del problema.	15
Bases Teóricas:	25
Conceptos generales.	32
CAPÍTULO III.....	78
METODOLOGÍA.....	78
Método de la investigación.-	78
Nivel de investigación.....	81
Diseño de la investigación.	81
Población y muestra.	82
Variables.	82
Técnicas e instrumentos de recolección de datos.....	82
CAPÍTULO IV.....	83
RESULTADOS Y DISCUSIÓN	83
CAPITULO V.....	131
CONCLUSIONES.....	131
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	137
ANEXOS.....	143

RESUMEN

El presente trabajo se acoge a la postura doctrinaria que reconoce la vinculación natural entre el delito de lavado de activos y el ilícito de relevancia penal que le dio origen desde una perspectiva constitucional. Siendo esto así en la tesis presentada encontramos un análisis detallado y constitucional del delito de lavado de activos, considerando las diversas posturas que se tienen de la relación entre el delito fuente y lavado de activos, luego de esto aplicamos los instrumentos metodológicos convenientes a nuestra investigación para concluir que en el supuesto de condenar a una persona por la comisión del delito de lavado de activos y que en posterioridad de esta condena se absuelva al mismo sujeto por la comisión del delito fuente conllevaría a nulidad de la sentencia condenatoria por el delito de lavado de activos, y en consecuencia se habrían dañado derechos constitucionales como el principio de presunción de inocencia. Finalmente y a modo de conclusión determinamos que bajo ciertas interpretaciones el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, recientemente modificado, se convierte en un instrumento jurídico peligroso que pone en gran riesgo principios constitucionales básicos de nuestro Estado.

INTRODUCCIÓN

El derecho constitucional que ha sido recogido por nuestro Estado como forma estructural define las funciones de este en dos importantes: organizar y establecer el poder público (delimitación del poder público y la autoridad que lo ejerce), y determina los derechos que tienen los gobernados. Cuando estas dos funciones se aplican dentro de la esfera social entonces se concluye que estamos frente a un Estado de Derecho (Quiroz, 2005). Partiendo de esta perspectiva es primordial que todas las normas de rango inferior a la constitucional estén en armonía con esta, de tal modo que cuando se identifique alguna regulación contraria a la constitución esta deberá de ser expulsada del sistema jurídico, lo contrario significaría poner en riesgo las propias bases del sistema de justicia y la estabilidad que otorga.

Precisamente, el presente trabajo tiene como intención determinar si el hecho de condenar a un investigado por el delito de lavado de activos sin que exista una sanción penal por el delito que dio origen al objeto del delito es constitucional, y específicamente si se afecta el principio de presunción de inocencia. En nuestra opinión inicial manifestamos que efectivamente tal suceso contravendría el principio de presunción de inocencia y en consecuencia devendría en inconstitucional la norma legal que la sostiene (artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 –recientemente modificado-).

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL ESTUDIO

1.1. Planteamiento del problema:

El 26 de noviembre del 2016 se ha publicado en el diario oficial El Peruano el Decreto Legislativo N° 1249, el mismo que mediante su artículo 5° ha modificado el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 (Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado). El texto original del referido artículo 10° era el siguiente: “El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales (...) hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria”, ahora el Poder Ejecutivo facultado por el Congreso de la República modificó el citado texto legal conforme se

describe a continuación: «El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales (...) hayan sido previamente objeto de prueba o condena». Es decir, que antes de la modificación del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 no se podía sentenciar a los investigados por el delito de lavado de activos sin que previamente se haya obtenido una condena en contra del sujeto activo por el delito fuente; aun cuando conforme a los pronunciamientos de la Corte Suprema ha venido a entender como delito fuente no solamente a una sanción efectiva sino a investigaciones sobre el delito fuente, como por ejemplo: investigación policial o fiscal.

El delito de lavado de activos es un delito autónomo e independiente, su estructura penal se encuentra regulada en el artículo 1° del ya mencionado Decreto Legislativo N° 1106 que textualmente señala: «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 la libertad (...)», es decir que para la comisión del delito de lavado de activos es necesaria que previamente se tenga identificado un delito fuente del cual se obtuvieron los beneficios.

Dada la conexión natural que existe entre el delito fuente y el lavado de activos, y bajo el contexto ya expuesto, existiría una aparente violación al derecho fundamental de presunción de inocencia, pues el líneas generales con la modificatoria al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 cabría la

posibilidad de que inicialmente se condene por el delito de lavado de activos y luego se absuelva al procesado por el delito fuente. Si se condena por el delito de lavado de activos se estaría asumiendo la responsabilidad penal del procesado por el delito fuente sin que exista una sentencia condenatoria.

Contrariamente a lo hasta ahora expuesto, basándose en la independencia y autonomía del tipo penal de lavado de activos frente al delito fuente, Rosas (2015) señala que pese a que no existe ambigüedad o duda en reconocer que el delito de lavado de activos es un delito autónomo, existe un sector de la doctrina y jurisprudencia que exige una vinculación directa del delito de lavado de activos y el delito previo, lo que conllevaría a que previamente se identifique una acreditación firme del delito que dio origen a las ganancias, lo que ha hecho que existan pocas sentencias condenatorias por el delito de lavado de activos. Al respecto, consideramos que esta postura es equivocada, pues pretender obtener mayor cantidad de sentencias condenatorias por el delito de lavado de activos, sacrificando derechos fundamentales (presunción de inocencia) en un estado constitucional de derecho es inconcebible. Es entendible la postura asumida por el doctor Rosas Castañeda toda vez que su punto de vista lo hace desde la escena que ocupa dentro del Ministerio Público en su condición de fiscal, como tal la percepción asumida por la gran mayoría de los señores fiscales que vienen laborando en el sub sistema de lavado de activos y pérdida de dominio, han asumido esta postura, es decir de que no se requiere probar el delito fuente, sin embargo a esta postura se opone los criterios esbozados por los jueces del Poder Judicial, tal es el caso de la Casación N° 333-2012-

Puno, en el que se estableció en el quinto fundamento de derecho que todas las sentencias, sin importar si se trata de una que absuelve o condena a un imputado, debe de ser el resultado de una valoración objetiva de las pruebas en el proceso, además que en el proceso penal deben de observarse los principios y garantías de carácter constitucional. Partiendo de esa idea, es que la Sala Penal permanente en el sexto considerando desarrolla la importancia de que exista una imputación cesaría, y los criterios que abarca, de muy adecuado la judicatura resalta el hecho de que las personas no pueden ser utilizadas para que se muestre una imagen funcional del derecho penal, para cuyo efecto es que se ha creado la figura jurídica de imputación necesaria (constituyendo un límite al poder del Estado), la Sala Penal también agrega que la imputación debe entenderse como aquella atribución fundada que contiene de forma clara y precisa sobre todos los hechos que se le atribuye al imputado, siendo esta una obligación que recae en el Ministerio Público como titular de la acción penal, en ese mismo orden de ideas en el noveno considerando, la Sala Penal precisa que en el caso de lavado de activos es necesario que además de enunciar los supuestos de hecho que prevé el tipo penal estos deben de tener una correcta delimitación de los hechos a subsumir, partiendo desde la debida determinación del delito fuente, siendo este conforme ya se explicó reiteradamente parte fundamental de la estructura normativa del delito de lavado de activos, el origen ilícito, así también lo ha entendido la Sala, pues en el considerando décimo resalta que el delito fuente se encuentra ligado con el lavado de activos por la propia naturaleza de este tipo penal, conforme también se ha precisado la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-

2017/CIJ-433, en el que se estableció que para la configuración del delito de lavado de activos solo necesario que se presente una conducta típica y antijurídica, con lo que se determina que el delito fuente se constituye como un requisito indispensable para relaciones determinado hecho al supuesto típico en cuestión.

1.2. Formulación del Problema:

1.2.1. Problema General:

¿Es constitucional una condena por el delito de lavado de activos sin que previamente exista una sanción penal por el delito fuente?.

1.2.2. Problema Específico:

¿Se afecta el derecho fundamental a la presunción de inocencia si se condena por el delito de lavado de activos sin que exista una sanción por la comisión del delito fuente?.

1.3. Objetivos:

1.3.1. Objetivo principal:

Determinar que si es (o no) inconstitucional una condena por el delito de lavado de activos sin que previamente exista una sanción penal por el delito fuente.

1.3.2. Objetivo específico:

Determinar si (o no) se afecta el derecho fundamental a la presunción de inocencia si se condena por el delito de

lavado de activos sin que exista una sanción por la comisión del delito fuente.

1.4. Justificación

Nuestra Constitución Política en su artículo 2° literal e) señala que: “toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”, de éste texto constitucional es que se funda el derecho fundamental de presunción de inocencia. En relación a la importancia del texto constitucional Guzmán (2015) afirma que la Constitución Política es la columna vertebral del sistema jurídico, del cual surgen todas las materias (entiéndase como especialidades), incluyendo a sus principios más fundamentales.

Siendo esto así, es deber de todo operador y estudioso del derecho identificar y hacer de conocimiento de la comunidad académica de alguna norma que contravenga los parámetros y directrices establecidos por nuestra norma suprema, con la finalidad de que la misma sea expulsada del ordenamiento jurídico por quien tenga la competencia para ello. Máxime si se trata, como es nuestro caso, de un derecho fundamental, presunción de inocencia, siendo además que conforme lo ha establecido el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005), en la Sentencia N° 0023-2005-PI/TC.: (...) los derechos fundamentales, además de su condición de derechos subjetivos del más alto nivel y, al mismo tiempo, de valores materiales de nuestro ordenamiento jurídico, les es consustancial el establecimiento de mecanismos encargados de tutelarlos, pues (...) sin garantías no son sino afirmaciones programáticas, desprovistas de valor normativo. (f.8)

Consecuentemente resulta urgente determinar si (o no) la imposición de una condena por la comisión del delito lavado antes de que se determine la responsabilidad penal del procesado por el delito fuente atenta en contra del derecho fundamental de presunción de inocencia, motivo por el cual devenga en inconstitucional.

1.5. Hipótesis

1.5.1. Al problema general

Consideramos que el resultado de la investigación será que efectivamente es inconstitucional imponer una sanción punitiva por el delito de lavado de activos sin que previamente se haya determinado la responsabilidad penal por el delito fuente.

1.5.2. Al problema específico

En el mismo sentido de lo descrito en el apartado que antecede, consideramos que devendrá en inconstitucional imponer una sanción punitiva por el delito de lavado de activos sin que previamente se haya determinado la responsabilidad penal por el delito fuente, debido a que la misma contraviene el derecho fundamental a la presunción de inocencia.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes del problema.

El presente trabajo de investigación se desarrolla a partir de la entrada en vigencia de un dispositivo normativo reciente, siendo esto así los antecedentes del problema en cuestión son limitados, los mismos que detallamos a continuación:

2.1.1. Gaceta Penal & Procesal Penal (2017) expone una respuesta a la pregunta: «¿Se puede sancionar penalmente por el delito de lavado de activos sin que se pruebe el ilícito penal previo que habría dado origen a los activos materia de cuestionamiento?», esto conforme se detalla en el propio documento se desarrolla en el contexto de la modificatoria efectuada por el Decreto Legislativo N° 1249 al artículo 10° del Decreto legislativo N° 1106, en relación a la inclusión de la palabra: sancionar, como posibilidad en contra de los investigados de lavado de activos, sin que sea necesario que la actividad delictiva que dio origen al dinero, bien, efecto o ganancia haya sido objeto de condena, es precisamente esto el tema en discusión en el presente trabajo de investigación. El artículo precisa que la indicada modificación se puede interpretar en el sentido de que el legislador habría determinado su postura a favor de la autonomía material del delito de lavado de activos, interpretación que sería equivocada, lo que en opinión del autor es correcto es que se interprete la norma en cuestión como reforzar la idea de que el delito de lavado de activos

es autónomo en relación al delito fuente pero esto no implica que no deba de probarse el origen ilícito, es decir encontrar la relación o vínculo respecto a los bienes materia de lavado de activos y el origen criminal de los mismos, más aún cuando el propio artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 sigue haciendo referencia al término «actividad criminal» que produjo el dinero, bien, efecto o ganancia. Asimismo, el artículo 2° del recientemente mencionado Decreto Legislativo, sigue exigiendo que se pruebe el origen ilícito, siendo esta la única forma en cómo se podría desvirtuar la presunción de inocencia, entender lo contrario implicaría que se condene a una persona por una simple presunción abstracta, sin haberse demostrado su verdadero origen ilícito con exactitud.

2.1.2. El profesor Lamas (2017), recientemente ha desarrollado un importante trabajo en relación a la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos, lo relevante de su trabajo en relación a la presente tesis, es que se dilucida en el marco de la reciente modificatoria al Decreto Legislativo N° 1106, siendo que este indica que el delito de lavado de activos desde su concepción en el sistema jurídico nacional siempre ha estado ligado a un delito subyacente o primigenio. Sin embargo un sector de la doctrina ha pretendido darle al tipo de lavado de activos una autonomía

sustantiva tratando de excluir de su configuración típica a la determinación del delito subyacente. A pesar de que la Corte Suprema mediante el Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116 ha establecido que el delito fuente es parte del elemento objetivo del tipo penal de lavado de activos.

Por otro lado, de conformidad a lo establecido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 tiene la particularidad de que el hecho investigado puede ser sustentado a través de la prueba indiciaria, en relación a esto, el profesor Lamas indica que de conformidad a lo establecido en el inciso 2 del artículo 158° del Código Procesal Penal que los medios de prueba deben de ser valorados bajo las reglas de la máximas de la experiencia y la lógica, teniendo como resultado un hecho probado. Por su parte cuando se trata de un indicio contingente, esta para su aplicación dentro del proceso penal debe de ser plural, concordante y convergente, siendo necesario que el mismo carezca de contradicciones consistentes, siendo esto así, el indicio propiamente no constituye un verdadero medio probatorio sino una labor lógico jurídico que desarrolla el operador jurídico. Así pues, la prueba indiciaria es la forma más subjetiva de todas las pruebas, pues en esta a diferencia de la prueba directa, lo más importante es el proceso mental del juzgador a través de un mero acto de inferencia.

El autor concluye en que establecer la responsabilidad penal a través de prueba indiciaria afecta tres ámbitos de los derechos fundamentales, siendo: a) la presunción de inocencia, b) control y producción de la prueba, y c) debida motivación de las resoluciones judiciales.

2.1.3 También el profesor Josué Pariona Pastrana ha realizado un trabajo que sirve de antecedente al presente trabajo, pues el mismo se dio con fecha posterior a la modificatoria legal materia de análisis, en el referido material académico, el maestro hace un análisis detallado del delito precedente o fuente como parte de la estructura sustantiva del delito de lavado de activos.

En el trabajo académico en cuestión, el profesor Pariona (2017) justifica la posición del estado de pretender darle un sentido autónomo procesal al delito de lavado de activos, pues por razones de político criminal no se podría regular el tipo penal de otro modo, considerando que se trata de un delito pluriofensivo. No obstante, el autor señala que por más regulación procesal que exista con la intención de ratificar la autonomía del delito de lavado de activos en relación al delito precedente o fuente, resulta

imposible negar su existencia desde una perspectiva de análisis de la norma sustantiva.

Aunado a lo descrito en el párrafo que antecede, el autor considera que el delito previo tiene como única intención la creación de riqueza que luego será sometida al lavado o blanqueamiento, ahora bien, si bien el delito fuente debe estar mínimamente demostrado y que éste cumpla con los requisitos de que el hecho sea típico y antijurídico, no siendo necesarias las siguientes categorías. Pues bien, podría ser el caso que un inimputable cometa un hecho ilícito, no obstante las ganancias que se generen de este podrían ser lavadas por un tercero pasible de ser responsable penalmente, circunstancia que no impediría subsumir el hecho ilícito al supuesto previsto en el tipo penal de lavado de activos.

2.1.4. Raúl Pariona Arana, luego de la modificatoria realizada al Decreto Legislativo N° 1106, publicó un artículo interesante titulado «La ilusión de la “autonomía” del delito de lavado de activos», este trabajo sin lugar a dudas es un precedente importante para el desarrollo del presente trabajo de investigación, pues el autor se centra específicamente en la inclusión de la palabra sancionar al

artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106 y sus implicancias.

Pariona (2017) indica que la reforma realizada por el Decreto Legislativo N° 1249 a la norma especial de Lavado de Activos, no presupone peligro alguno, pues en esencia no se le ha dotado de autonomía sustantiva al delito de lavado de activos, y en consecuencia la interpretación que se debe hacer al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 debe ser el mismo al que se tenía antes de la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1249, si se aplican los principios rectores del Derecho Penal. Lo que podría significar una reforma, según el autor, es una interpretación errónea de la norma, que suponga que el delito de lavado de activos tiene autonomía sustantiva, que conllevaría a que desde una «anacrónica perspectiva inquisidora y persecutora se podría legitimar el reclamo de una sanción por sospechas».

2.1.5. También el profesor universitario Elky Villegas

Paiva también ha comentado la cuestionada modificatoria al artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, en un artículo denominado «La autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo- comentarios a propósito de la reciente modificación del artículo 10 del Decreto Legislativo

N° 1106», con la que se ha creído la apertura de la posibilidad de imponer una sanción sin que la actividad criminal que dio origen al beneficio ilícito haya sido materia de condena.

Villegas (2016) indica que la reciente modificatoria ha traído consigo que se crea que el legislador ha tomado postura en la discusión relacionada a la autonomía material y sustantiva del delito de lavado de activos, teniendo como resultado que se ratifique la autonomía de este conforme lo antes mencionado, no obstante, para el autor, tal interpretación es equivocada. Antes de la modificatoria y después de la misma se tiene que el delito de lavado de activos cuenta con autonomía procesal por tres motivos: a) la estructura típica del delito de lavado de activos, b) el principio de presunción de inocencia y c) la forma en como está redactada la norma.

En relación a la estructura típica del delito de lavado de activos, el autor precisa que este delito exige de manera imprescindible que exista una relación entre el objeto lavado y una actividad criminal previa, si no se encontrara dicha relación sería imposible imputar el delito.

Ahora bien, en relación a la presunción de inocencia, el autor indica que este derecho fundamental se constituye en una garantía del proceso penal, y punto de referencia que sirve para medir (ponderar) entre el interés social (descubrimiento y sanción del delito) en contraposición a las libertades y derechos fundamentales, contraposición que para los fines del estado constitucional de derecho se complementan. Así pues el derecho penal debe conducirse bajo la perspectiva inicial de que todos los investigados son inocentes mientras el competente declare lo contrario. El derecho penal dentro de un Estado Constitucional se constituye en una herramienta no solo de persecución al delito y sanción para el delincuente, sino que además en un medio de control social, el mismo que se desarrolla en un marco de autocontrol del poder del Estado, en lo que vendría a ser el derecho constitucional aplicado en salvaguarda de los derechos fundamentales. Así pues el derecho fundamental de presunción de inocencia desde una perspectiva procesal se «como principio informador del proceso penal, como regla de tratamiento del imputado, como regla de prueba y como regla de juicio», siendo importante para nuestra investigación las dos últimas. Como regla de prueba, será necesario que la prueba como tal sea suficiente, siendo que ante la escases o dudas respecto a la valoración de la misma se deberá aplicar el principio *indubio pro reo*. Por su parte, la regla juicio

presume que ante la insuficiente de medios de prueba o incertidumbre se deberá preferir la absolución, aplicando el recientemente nombrado principio como garantía de que el juez no dispondrá una sanción penal sin que los hechos imputados estén plenamente acreditados.

2.1.6. Fidel Mendoza Llamacponcca en julio de 2017 “El delito de lavado de activos, aspectos sustantivos procesales del tipo base como delito autónomo”, siento esta la obra académica más novedosa en relación al delito de lavado de activos al momento de elaboración del presente trabajo. Consideramos que el trabajo de Mendoza es muy importante para el tema materia de investigación, puesto que realiza un análisis crítico a las posturas de los maestros Prada Saldarriaga, Gálvez Villegas y Rosas Castañeda quienes consideran que el delito fuente no forma parte del delito de lavado de activos, precisando que el delito precedente si forma parte de la estructura típica del delito de lavado de activos esto en consideración a lo establecido por los artículo 1°, 2° 3° del Decreto Legislativo N° 1106 siento que textualmente se señala que la fuente de activo ilícito debe corresponder a una actividad criminal. Por otro lado indica que los que apoyan la teoría de que el delito fuente no tiene relación alguna con el delito de lavado activos sostienen erróneamente que “el conocimiento” (del origen criminal de

los activos) forma parte del elemento objetivo del tipo penal, excluyendo de esta forma al delito precedente como parte objetiva del tipo penal de lavado de activos, cuando lo correcto es ubicar al conocimiento en la parte subjetiva de la estructura típica correspondiente a la determinación del dolo.

El autor también precisa que si bien la última modificatoria del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 ha establecido la no necesidad de una condena para sancionar penalmente por el delito de lavado de activos, esto hace indispensable se aplique el Acuerdo Plenario N° 03-2010/CJ-116 para dar sustento probatorio y genere certeza del origen ilícito, que si bien es posible la utilización de prueba indiciaria, esta deberá estar sujeta a los estándares de calificación establecidos por la Corte Suprema mediante la Sentencia de Recurso de Nulidad N° 2868-2014-Lima, que exige una elevada probabilidad objetiva y sospecha suficiente que conlleven a una acreditación necesaria.

2.2. Bases Teóricas:

2.2.1. Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas del 20 de diciembre de 1988.

El 20 de diciembre de 1988 en Viena, se firmó la Convención de las Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, en la misma se definió la postura de los países miembros de las Naciones Unidas frente al delito específico de tráfico ilícito de drogas, es en el artículo 3º, literal b, de éste documento internacional en el que se desarrolla por primera vez al delito de lavado de activos como norma, la misma que se encuentra conformada por dos sub niveles, el primero es en relación a la conversión y transferencia de bienes, en el que se sanciona al que directamente oculta y al que ayuda a ocultar la ganancia ilícita y su consecuencia punitiva, el segundo es respecto a la ocultación u encubrimiento del origen, la ubicación, el movimiento y destino de la ganancia proveniente del delito de tráfico ilícito de drogas.

2.2.2 Convención relativa al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito.

Este acuerdo fue suscrito en Estambul por países de Europa, Estados Unidos, Canadá y Australia, esto en noviembre de 1990, también destinado no solo de modo exclusivo para el delito de tráfico ilícito de drogas, sino para

todos, y que en esencia servía para sancionar penalmente además de aquellos que oculten y traten de evitar el decomiso de los bienes producto de actividades delictivas, se sancionen imprudencias que permiten que el agente que delinque pueda evadir su responsabilidad penal (Gálvez 2014).

2.2.3. La Convención de Varsovia de 2005.-

Mediante este instrumento internacional se estableció que los Estados deben de adoptar las medidas legislativas internas que permitan tipificar la conducta de lavado de activos como delito. En este acuerdo se desarrolla al tipo penal de lavado de activos como aquella conducta por la cual el sujeto convierte o transfiere capitales con la finalidad de ocultar o disimular la procedencia ilícita que ostentan. También se deja a discreción del Estado valorar la sanción punitiva a imponer ante estas conductas (Gálvez 2014).

2.2.4. Ley 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos).- Fue promulgada el 27 de junio de 2002.

El delito fuente también ha sido desarrollado en ítem cinco del Acuerdo Plenario 03-2010/CJ-116, es importante precisar que dicho acuerdo plenario se desarrolló cuando aún se encontraba vigente la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos). Dada la importancia de este acuerdo

plenario en la presente investigación, resulta oportuno desarrollar detalladamente los considerandos del treinta al treinta y cinco del referido acuerdo plenario.

- a. Considerando treinta.- Se establece que para la comisión del delito de lavado de activos requiere la existencia de otro delito, precisamente del cual se generó la ganancia ilegal, la misma que el agente activo pretende insertar en la economía. También se precisa que los delitos fuente pueden ser cualquiera de los tipos penales previstos en el Código Penal, en una suerte de catálogo abierto.

- b. Considerando treinta y uno.- Desde la perspectiva del derecho probatorio, en cuanto a la tipicidad objetiva del delito de lavado de activos se indica que se castiga los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia de frutos cuantificables de procedencia ilícita, por otro lado desde la tipicidad subjetiva se exige que el agente activo actúe con dolo directo (conocimiento del origen ilícito del patrimonio) o dolo eventual (que presuma del origen ilícito del patrimonio). No obstante, se indica que para imputar la comisión del delito de lavado de activos al sujeto activo primigeniamente se debe establecer el origen criminal del patrimonio ilícito.

- c. Considerando treinta y dos.- Precisa que de conformidad al artículo 6° de la derogada Ley N° 27765 (Ley Penal contra el

Lavado de Activos) establecía que no es necesario que la actividad ilícita que produjo la ganancia ilegal sea investigada, sometida a proceso judicial, o que incluso haya sido objeto de una sentencia condenatoria. Esto evidencia la conexión que existe entre el delito fuente y el lavado de activos.

- d. Considerando treinta y tres.- Considerando la naturaleza del delito de lavado de activos, que usualmente se encuentra relacionada a actividades propias a la actividad de la criminalidad organizada es que los medios probatorios idóneos serán indiciarios, en reemplazo de la prueba directa. Para cuyo efecto la prueba indiciaria requiere de lo siguiente:
- i. Existencia de indicios acreditados, plurales y que se relacionen con el hecho que se investiga.
 - ii. Perspectiva material, en base a la conducta humana.
 - iii. Perspectiva formal, que sea suficiente para argumentar un discurso lógico deductivo (global) e inductivo (enlace entre medios de prueba).
- e. Considerando treinta y cuatro.- Como política criminal, se precisa que el Estado debe establecer criterios específicos sobre ciertas actividades criminales propensas o vulnerables de servir para la comisión del delito de lavado de activos.

- f. Considerando treinta y cinco.- Se precisa que para la comisión del delito de lavado de activos solo es necesario la determinación de la procedencia delictiva del patrimonio.

2.2.5. Decreto Legislativo 1106.-

La revista especializada Gaceta Penal (2016) realizó un análisis respecto a la autonomía del delito de lavado de activos en relación al delito fuente y la prueba indiciaria en este tipo de delito, cuando aún no se promulgaba el Decreto Legislativo N° 1249°.

- a) En relación a la autonomía del delito de lavado de activos precisan que solo cuenta con una autonomía procesal y no sustantiva, lo cual conlleva a la posibilidad de que se investigue sin la necesidad de que se haya determinado la responsabilidad del delito fuente, y peor aún que no exista proceso penal por este último. No obstante el referido artículo es enfático en señalar que no cabe posibilidad de condenar por el delito de lavado de activos sin que previamente se haya determinado el carácter ilícito del patrimonio, es decir que exista una condena por el delito fuente, esto en evidente relación con la posibilidad restringida de investigar y no sancionar que se regulaba en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106. Además se agrega al referido documento académico que en el proceso penal no es que deba

determinarse la culpabilidad de los que participaron de la comisión del delito fuente, sino que bastaría determinar que se materializó un hecho ilícito del cual se produjeron las ganancias, esta posición nos parece controvertida pues consideramos que para realizar una debida (mínima) imputación por el delito de lavado de activos es indispensable se determine el hecho que dio origen al patrimonio sucio, lo cual implica determinar las circunstancias, es decir lugar, fecha y sujetos.

- b) Respecto a la prueba, precisa que dada la naturaleza del delito podría sancionarse penalmente al agente activo basada en prueba indiciaria, a excepción de la necesidad de probar la ilicitud del fruto patrimonial que forma parte de la estructura típica del delito de lavado de activos.

2.2.6. Decreto Legislativo N° 1249.-

El Decreto Legislativo N° 1249 fue publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 26 de noviembre de 2016, el cual modifica algunos artículo del Decreto Legislativo N° 1106, para Pariona (2016) esta modificatoria respondería a una circunstancia social de alarma nacional debido al incremento de los índices de criminalidad siendo la respuesta del estado optar por una política criminal “altamente represiva”, con la idea de que un mayor sanción o represión a consecuencia del desarrollo de

actos criminales, entre ellos el lavado de activos, se resuelvan de manera automática. El propio título del decreto legislativo es el siguiente: “Decreto legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo”, siguiendo la línea del mismo autor, este precisa que los cambios que realiza la norma en relación al título son en esencia inútiles, pues además de no solucionar problema alguno, ponen en riesgo las garantías y principios del Derecho Penal Constitucional.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1249, con la estudiada norma se modifican los artículos 2°, 3° y 10° del Decreto Legislativo N° 1106. En relación al artículo 2°, se ha incluido como conducta penalmente relevante la modalidad de poseer, el cual en nuestra opinión es reiterativo pues se ha mantenido como modalidad el mantener en posesión dinero como conducta propia del lavado de activos. Por otro lado, en relación al artículo 3°, este ha sido modificado en suma cuenta para introducir como modalidades del tipo penal de lavado de activos al transporte o traslado personal o por otro medio de dinero o algún instrumento financiero negociable emitido por el portador cuyo origen ilícito es conocido o debía de conocerse (presumirse) por el autor, siendo esto así se habría cambiado el término general de título valor.

Antes de la modificatoria del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, quedaba claro que no se podía condenar al procesado por la comisión del delito de lavado de activos sin que se haya probado la responsabilidad penal de éste en el delito fuente, al respecto Pariona (2016) precisó que para la configuración del delito de lavado de activos no solo es necesario una mera afirmación general y subjetiva de que la procedencia de los bienes que posee el investigado son ilícitos, sino que no debe existir duda en que provinieron de delitos graves previstos en la ley, pues bien solo era posible que se procese penalmente al presunto autor del delito de lavado de activos sin que se llegue a condenar primigeniamente antes que por el delito fuente.

2.3. Conceptos generales.

2.3.1. Lavado de Activos.

2.3.1.1. Descripción del tipo.

El delito de lavado de activos se ha desarrollado tanto en normas de carácter interno como externo (instrumentos internacionales) en las que se denomina al delito de lavado de activos como lavado de dinero, blanqueo de capitales, blanqueo de dinero, reciclaje de capitales y legalización de capitales (Prado 2007).

Debe entenderse que el lavado de activos se constituye como aquella conducta delictiva (por su

carácter ilícito) en la que un sujeto trata de incorporar en el sistema financiero caudales ilícitos como si estos provinieran de formas lícitas. Esta actividad Gálvez (2014) ha denominado como “legitimación aparente”, constituido como un conjunto de procedimientos que tienen como finalidad introducir o insertar al circuito económico fondos de procedencia ilícita, haciendo parecer como si estos provinieran de una actividad económica común, y como consecuencia poder disfrutar de los frutos de la actividad delictiva sin la opresión del Estado, pretendiendo desaparecer el nexo entre el fruto económico y el delito.

En doctrina española se tiene a Zamora Sánchez (2000), quien precisa que el lavado de activos es un procedimiento que tiene como fin transformar la identidad del resultado de la ganancia obtenida de modo ilegal, haciéndolo parecer lícito, en consecuencia, el lavado de activos o de dinero se constituye como una actividad que sirve para encubrir actividades delictivas. Nosotros consideramos que no solo sirve para encubrir actividades delictivas, sino que sirve (bajo un disfraz de legalidad) para disfrutar de los caudales ilegales

desviando la atenta mirada del Estado, esto último también es compartido por su compatriota Blanco (2012) quién detalla que el resultado final del delito de lavado de activos mediante el proceso de blanqueo de bienes adquiridos de modo no convencional, es de conferirle una apariencia de legalidad, esto con el fin de utilizarlos en las actividades comerciales convencionales evitando sospechas sobre su origen, proporcionando una explicación sobre su titularidad. Por su parte, el profesor Del Cid (2007) indica que el delito de lavado de activos es cualquier acción que se toma con la intención de que se oculte o disfrace la identidad u origen de ingresos que fueron obtenidos de manera poco amigable con la legalidad, para vestirla como si la fuera, y que esto tiene dos objetivos, el primero es de evitar que la autoridad confisque y segundo permitir que se utilice el dinero por parte de los delincuentes. Finalmente, de modo muy adecuado el doctor Blanco (2012) define al delito de lavado de activos desde una perspectiva inductiva, es decir que analiza cada elemento que forma el delito en cuestión, con el siguiente resultado: a) es un proceso ó sucesión interrumpida de alejar al dinero ilícito de su origen, b) es un delito que siempre es

realizado por sujetos u organizaciones criminales, quienes utilizan a personas naturales o jurídicas para lograr sus ilícitos objetivos, c) el fin inmediato es revestir de legalidad los bienes o activos de procedencia irregular, d) para la comisión del delito, es necesario fenomenológicamente la comisión de un delito previo con el cual se generaron las ganancias.

2.3.1.2. Fases del delito de lavado de activos:

Para Prado (2007) el delito de lavado de activos tiene tres fases las mismas que son:

- a) colocación,
- b) conversión y
- c) integración.

Por su parte Gálvez (2014) precisa que para la comisión del delito de lavado de activos no es necesario que se sigan la referidas fases, pues la conducta típica puede ser cometida por agentes espaciales o profesionales como también en una menor escala, y no por ello deja de ser lavado de activos, funda su postura argumentando que la el tipo de lavado de activos en la forma en cómo se encuentra redactado no engloba todos los indicados

procedimientos. No obstante, considerando que una importante parte de la doctrina nacional acepta como regla las indicadas fases para la comisión del delito de lavado de activos, resulta necesario conocer cada una de ellas de manera detallada.

Fase de colocación.

En relación a esta parte inicial del proceso de lavado de activos García (2012) precisa que consiste en la desvinculación del sujeto activo y el fruto generado por la conducta ilícita, ingresándola a cierta actividad económica para su normal circulación, por su parte Prado (2007) agrega que es precisamente esta etapa para la comisión del delito de lavado de activos en la que funcionan las medidas de control y prevención, siendo que en caso el dinero ilegal lograr ingresar al sistema financiero las posibilidades que existen de identificar su origen se ven considerablemente afectadas, el mismo autor precisa que esta fase se ejecuta de diferentes modalidades, siendo las principales: a) la conversión dinero de baja cuantía a una de mayor valor, b) mediante depósitos bancarios de manera integral o en partes c) colocación de dinero en casas de cambio y d) la mera transferencia.

Fase de conversión u ocultamiento.

Prado (2007) precisa que esta fase también es conocida como intercalación, transformación y ocultamiento. Gálvez (2014) precisa que esta fase tiene como objetivo o fin desvincular al dinero o fruto ilícito del delito (hecho fuente). En esta fase es irrelevante la titularidad del fruto que se pretende blanquear, sino que exista cambio en el título jurídico, es decir que puede modificarse o alterarse la titularidad del fruto obtenido de manera ilícita, Prado (2007) agrega que es en esta etapa o fase en la que se utilizan a personas jurídicas (empresas o compañías), las cuales incluso se encuentran organizadas por la internet, siendo una conducta habitual en esta fase es la adquisición de bienes.

Rosas (2015) en relación a los bienes adquiridos precisa que la compra o conversión de bienes de origen ilícito tienen como principal objetivo que se distancie el patrimonio ilícito del sistema económico.

Actos de Conversión.-

En palabras de Prado (2013) el acto de conversión se entiende como todas las alternativas de

colocación o movilización desde el primer contacto que se tiene con el patrimonio ilegítimo. Por otro lado, Gálvez (2009) desde una perspectiva específica agrega que el acto de conversión es el proceso que sufren los bienes de origen ilícito transformándolos todo o en parte dándoles apariencia de licitud. De modo similar Rosas (2015) añade que este proceso significa el conjunto de comportamientos conversores que recaen directamente sobre el patrimonio de origen ilícito, lo que hace necesario que se establezca una relación entre el objeto el objeto material y la conducta realizada por el sujeto activo, esto significa tener presente el origen real del bien ilícito cuando este haya sido convertido, el mismo autor finaliza diciendo que el acto de conversión se constituye como el proceso de colocación a nivel básico o primario en la economía primaria.

Actos de Transferencia.-

Blanco (2012) indica que desde el punto de visto del derecho civil define a los actos de transferencia como aquella transmisión de derecho que realiza una persona a favor de otra, conservando la identidad de lo transferido.

Fase de integración.-

Gálvez (2014) la denomina aquella fase en la que los capitales de origen ilícito retornan “lavados” al dominio del agente delictivo, habiéndose ingresado de manera formal a la economía y mercado oficial al fruto económico del delito.

Considerando que esta es la última fase se valora los resultados de las fases precedentes, en esta última etapa no importa la modalidad y las personas que actuaron para hacer viable la integración al sistema financiero de capitales ilícitos.

2.3.1.3. Bien jurídico protegido:

García (2012) en relación al bien jurídico indica que “La discusión sobre cómo se conforma el bien jurídico se inicia propiamente con el enfrentamiento entre la postura formalista de BIDING y la sociológica de VON LIST. Para el primero, el bien jurídico era creado por el Derecho a elegir los objetos que, en opinión del legislador, merecían protección penal”, entonces, se tiene que el bien jurídico alcanza de manera exclusiva lo que el Estado a través del poder legislativo considera

importante proteger, no obstante el mismo autor indica que en palabras de BIDING que la protección legislativa funciona en tanto exista una sana concordancia con la comunidad jurídica, y textualmente agrega: “Por el contrario, VON LISZT consideró que era la realidad social, y no el legislador, la que determinaba qué objetos merecían protección penal (...), el bien jurídico es el interés de la vida que el Derecho no crea sino que se encuentra y eleva a la categoría jurídica”. Concordamos con esta postura pues entendemos que el derecho en esencia es una herramienta creada por el hombre para poder habitar en sociedad, y regular ciertas conductas para el desarrollo y conforme a los intereses de la misma, creada desde la realidad y contexto social, en resumen el derecho debe ajustarse a la realidad, y no la realidad al derecho.

García (2012) concluye con una importante y certera definición de lo que significa el bien jurídico, partiendo de la perspectiva institucional, es decir de la protección de la vigencia de la norma.

2.3.1.3.1. Administración de justicia:

Un sector importante de la doctrina nacional en materia penal defiende la postura de que el bien jurídico que se pretende proteger en el delito de lavado de activos en la correcta administración de justicia. Así pues Gálvez (2014) indica que la administración de justicia debe entender no solo en la búsqueda del castigo penal, sino que además engloba a todas las actividades en su conjunto que conlleven o garanticen el fiel cumplimiento de la ley, siendo que para el delito de lavado de activos, el núcleo esencial del injusto penal sería el ocultamiento del fruto obtenido, impidiendo la identificación del ilícito penal. Esto tiene mayor sentido si se considera que lo pretende en el delito de lavado de activos no es la búsqueda del aprovechamiento del beneficio ilegal, sino a legitimar este.

2.3.1.3.2. Orden o sistema económico:

Pariona (2017) precisa que el sistema económico es el conjunto de operaciones que mantiene en circulación los bienes (mercado),

siendo uno de los factores de su viabilidad la existencia de ciertos principios como el de la libre competencia.

Cuando el sujeto activo pretende lavar dinero o ganancias, desarrolla actividades lícitas pero en base a un patrimonio ilícito, no siendo para el criminal importante obtener ganancias de dicha actividad económica, sino que el objetivo principal es revestir de licitud el mencionado patrimonio irregular para que pueda usarse con tal apariencia, esto claramente conlleva a que existan efectos dentro del mercado, además resulta lógico que un empresario común no pueda competir con un criminal que usa ganancias provenientes de actividades criminales. Por su parte Pariona (2017) indica que no siempre se ve afectado el sistema económico, pues para ello el sujeto activo deberá desarrollar actividades económicas lícitas ya existentes, lo cual no siempre ocurre.

2.3.1.4. Objeto material del delito:

El profesor Callegari (2012) indica que el objeto materia del delito es el sujeto sobre el cual recaen la acción del delito, en ese mismo sentido Blanco (2012) agrega que se define como objeto del delito a la persona y/o cosa (corporal e incorporal) que forma parte de la estructura delictiva.

LA PRIMERA FISCALÍA SUPREMA NACIONAL EN LO PENAL (2012) en el Dictamen N° 508-2012-MP-FN-1°FSP ha precisado que el objeto en el delito de lavado de activos corresponde a los activos ilícitos, los mismos que están constituidos por instrumentos, efectos o ganancias del delito previo.

2.3.1.5. El delito fuente:

Como bien señala Pariona (2017) el delito fuente o precedente es aquel acto ilícito que antecede a otro delito, el mismo que viene a ser un requisito sine qua non para que exista el delito posterior, lo que hace que exista una conexión entre ambos delitos, que lejos de constituirse como una mera relación fenomenológica es un vínculo jurídico, el mismo autor agrega que esta figura jurídica es propia de los delitos que por su propia naturaleza necesitan de un

delito previo, tal es el caso de los tipos penales de receptación, encubrimiento y lavado de activos.

El artículo 1° del Decreto Legislativo N° 1106, es claro al señalar que en el tipo penal de lavado de activos la conducta que se sanciona es la conversión o transferencia de bienes, efectos o ganancias, pero que estas deben de tener la particularidad de haber sido obtenidas ilícitamente, es este último término se tiene que la ganancia debió de ser originada de una conducta delictiva (ilícita), el propio artículo 10° aún con la modificatoria sufrida por el Decreto Legislativo N° 1242 textualmente señala a la “actividad criminal” que produjo el beneficio ilegal, es decir la propia norma en cuestión reconoce la existencia de un delito fuente, bajo esta misma perspectiva el doctor Caro (2012) indica que el ya mencionado Decreto Legislativo N° 1146 alude a cuatro verbos cuando se refiere a lo que denomina el proceso de contaminación de los beneficios y son: a) origen ilícito, b) producido por actividades criminales, c) provenir de determinados delitos y d) haberse generado ilegalmente. El mismo autor también mantiene la postura de que si bien no todas las conductas ilícitas son de relevancia penal, como es

el caso de las infracciones administrativas, el ya indicado artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1103 suprime todas las dudas acerca de que el origen ilícito de las ganancias corresponde a actividades delictivas.

No obstante, un sector importante de la doctrina nacional defiende la postura de que estructuralmente el delito fuente no forma parte del lavado de activos, así pues Rosas (2015) señala que el delito fuente no es una condición penalmente relevante, puesto que el lavado de activos es un delito que goza de independencia, no solo por la legislación nacional, sino como lo que se conoce en doctrina española como el principio de accesoriedad limitada. Bajo esa misma perspectiva, Paucar (2013) considera que la vinculación entre el delito fuente y el lavado de activos es meramente fenomenológico, pues normativamente no se requiere que los delitos precedentes o actividades ilícitas que generaron el activo no requieren de ser verificados ni siquiera identificados, por lo siguiente: a) el delito de lavado de activos se encuentra regulado como un delito autónomo y b) por la propia naturaleza del delito de lavado de activos desde una perspectiva de política

criminal, pues en su defecto sería una figura jurídica ineficiente y dependiente de un proceso o sentencia previa. Ese mismo sentido, Gálvez (2014) indica que el delito de lavado de activos no solo goza de una autonomía procesal, sino que también sustantiva, esto considerando que ningún cuerpo normativo considera de modo textual al delito fuente como parte del elemento del tipo penal, consecuentemente bastaría establecer una vinculación razonable entre el delito de lavado de activos y el delito fuente, sin ser necesario que este último esté probado, no obstante, el mismo Gálvez (2014) ha precisado que «(...) si bien el delito de lavado de activos es procesal y materialmente autónomo, de todos modos, los activos materia de lavado deben vincularse razonablemente a alguna actividad criminal previa (...)».

Por su parte Pariona (2017) indica que comparte la postura de que el delito precedente forma parte de la configuración típica del delito de lavado de activos, como elemento objetivo del tipo, esto pues el conocimiento del origen ilícito que tiene o debe presumir el sujeto activo debe provenir de una actividad criminal. Así pues para que exista el objeto

del delito en el tipo penal de lavado de activos es necesario que exista un delito previo que genere el objeto, lo que hace que el delito precedente sea innegablemente relevante para la comisión del delito de lavado de activos. Así también Castillo (2009) agrega que el origen de los bienes que componen el delito de lavado de activos se constituye como objetivo normativo del tipo, por lo que debe ser acreditado.

El GAFI el 20 de junio de 2003 (actualizada el 20 de junio de 2012) publicó el documento denominado “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la ploriferación”, en este documento, específicamente en la recomendación N° 03 hace mención al delito fuente o previo y propone que los Estados establezcan como catalogo (delitos pasibles de originar ganancias) a todos los delitos graves (Mendoza, 2017).

2.3.1.6. La prueba en delito de lavado de activos:

2.3.1.6.1. La prueba

La prueba según Gimeno (1993) es la actividad promovida por los sujetos procesales, con la

finalidad de que el juzgador se convenza de los hechos afirmados por estos. Esta actividad se desarrolla en la vía jurisdiccional bajo las reglas del principio de contradicción y garantías constitucionales.

Así pues, según Hernández (2012) indica que la prueba se constituye como uno de los aspectos más importantes del sistema de justicia, pues a través de esta se logra determinar la verdad jurídica, siendo que para el proceso penal permite establecer la realidad de lo acontecido (hecho delictivo), la identidad del responsable y la vinculación entre estos, además permite que el juzgador tome una decisión imparcial y objetiva a partir de las teorías del caso propuestos por el Ministerio Público y el agraviado.

2.3.1.6.2. El indicio.-

Calsin (2015) indica que para cualquier tipo penal, a modo general, en el ámbito probatorio se aplican dos tipos de pruebas, directas o indirectas, el primero revela o vincula la manera en como ha sucedido el hecho que se imputa,

mientras que el segundo permite inferir a partir de hechos probados subyacentes al delito o de la participación directa del investigado.

De conformidad a lo establecido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, la prueba en el delito de lavado de activos puede constituirse a través de indicios.

Para Lamas (2017) indica que la prueba indiciaria se constituye como el rastro, vestigio, huella, circunstancia o todo hecho conocido que conlleve a inferir el conocimiento de otro hecho desconocido, siendo esto así el indicio forma parte de la prueba pero de manera autónoma no se constituye en medio de prueba como tal.

2.3.2. Política criminal:

Como bien señalan Gaspar y Martínez (2015), la criminalidad aun estando en la segunda década del siglo XIII sigue siendo un grave problema sin solución, que en consecuencia se propicia la transformación teórica de etiología y tradiciones contemporáneas, es decir que considerando que el derecho es una herramienta social creada por el hombre para dar solución a los conflictos interpersonales y prevenirlos, es evidente que

debe de ajustarse a la realidad, pues sería descabellado considerar lo contrario, es decir que la realidad se ajuste al derecho, para cuyo fin es primordial que previamente se conozca la “causa de las cosas”, es decir el origen del problema y la situación actual.

Ahora bien, resulta indispensable para el mejor desarrollo del presente trabajo describir la importancia y necesidad que tiene el derecho penal en la política criminal, además de la inclusión de la actividad propia al lavado de activos como una actividad ilícita de relevancia penal.

Torneo (2015) al traducir el artículo denominado “Seguridad y prevención mediante el derecho penal” del italiano Massimo Donini, precisa que hace diez o quince habría resultado ilógico discutir de la relación existente entre el derecho penal y la seguridad, la misma que debido a la opinión pública ha tomado un rol protagónico, es decir que la sociedad exige que la intervención del derecho penal para asegurar que determinados bienes jurídicos sean protegidos, no solo en respuesta a daños, sino como actos preventivos. En relación a lo último el mismo autor agrega que el derecho penal busca efectividad a través de la pena como mecanismo disuasivo de conductas prodrómicas o iniciales de cierta conducta delictiva que previamente fue sancionada. Consideramos que esta

postura es lógica, más no constitucional, pues no es admisible que se utilicen a personas como objetivos disuasivos, ello en nuestra opinión conllevaría sin lugar a dudas a que dentro del proceso que se sigue se violen principios como la predictibilidad procesal o igualdad ante la ley, concordamos con el profesor cuando precisa que las actividades preventivas (como política criminal) deben de ser implementadas por el Estado no desde el ámbito penal, sino desde la infracción administrativa, la cual es menos gravosa (eficiencia), y se cumpliría con el objetivo preventivo (eficacia). Entonces solo cuando las actividades preventivas en el ámbito administrativo no son suficientes se recurría al derecho penal, a esa misma conclusión ha llegado el profesor García (2014) al tratar de diferenciar al derecho penal del administrativo, desde la perspectiva del derecho penal económico, manifiesta que el derecho penal no tiene como fin restablecer al sistema cuando existen mecanismos extrapenales, como el derecho administrativo sancionador, resaltando que solo aquellas conductas que por su peligrosidad produzcan perturbación social merecen sanciones penales.

En estricto, ahora corresponde analizar la postura que tiene el Estado peruano en relación a contrarrestar la comisión del delito de lavado de activos, Gálvez (2014) precisa que las actividades ilícitas que dan origen al lavado de activos sirven

para producir grandes beneficios económicos, que tienen dos objetivos, el primero es financiar la actividad ilícita que da origen a las ganancias irregulares (el autor denomina este fenómeno como el efecto multiplicador), y el segundo es buscar la impunidad del delito en beneficio del criminal, dentro de las cuales se encuentran las actividades de corrupción de funcionarios que específicamente se encuentran en la obligación de combatir la actividad criminal. Lo cual evidentemente trae como consecuencia el deterioro de la moral de la sociedad y peor perjudica gravemente al sistema jurídico, bajo esta misma perspectiva el colombiano Plaza (2004) indica que los efectos del delito de lavado de activos desde una perspectiva social se constituye en un grave peligro para el orden social, pues las ganancias desniveladas que genera el crimen para el agente que delinque en comparación con las actividades económicas legales, convierte al crimen en atractivo. Para contrarrestar esta lamentable circunstancia Gálvez (2014) indica que el Estado a través de los instrumentos legales internos en armonía con los externos ha impuesto que las entidades y agentes que tienen actividades inmersas en los sectores de comercio, finanzas o servicios vulnerables (como por ejemplo el servicio de hotelería), tengan la obligación de implementar dentro de su estructura mecanismos de prevención que puedan detectar oportunamente movimientos o transacciones poco usuales (sospechosas), adicionalmente

que esta pueda ser advertida por el Estado para que se tomen las acciones pertinentes, es decir, que el Estado ha tomado como estrategia para combatir este grave delito, utilizar a los propios agentes vulnerables.

Por otro lado, estando a la gravedad del daño causado a partir del hecho de lavar ganancias de procedencia irregular, el Estado ha visto por conveniente incluir a esta conducta dentro del catálogo de delitos, inclusive a dotado de autonomía penal esta actividad a través del Decreto Legislativo N° 1106.

2.3.2.1. El Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI).-

Esta institución fue creada el 16 de julio de 1989 por iniciativa del llamado G-7 (bloque de países conformado por los siete más industrializados del mundo) en la Cumbre de Paris. A esta institución en la actualidad se encuentran adscritos 35 países y 02 organizaciones regionales (dentro de los cuales no se encuentra Perú), el objetivo del GAFI es la elaboración de medidas legislativas en la lucha de blanqueo de capitales (lavado de activos) (Mendoza, 2007). Es decir, que el GAFI como entidad tiene como finalidad establecer un estándar normativo a modo de “recomendación” con la finalidad de que todos los Estados regulen en su propia legislación

conforme los estándares dictados por esta entidad, consideramos que esto es importante puesto que regularmente la comisión del delito de lavado de activos tiene implicancia en varios países, y teniendo la misma (o parecida) regulación interna facilitaría el proceso al caso en concreto, incluso cuando sea necesaria la cooperación transnacional.

2.3.3. Derecho Constitucional.-

2.3.3.1. Constitución Política.

Resulta imposible abordar el tema de constitucionalidad sin mencionar previamente a la Constitución Política, al respecto Rosas (2015) citando a la Asamblea Legislativa de El Salvador precisa que la Constitución Política es «El conjunto sistematizado de leyes fundamentales que determinan la organización del Estado y el funcionamiento de sus instituciones se denomina Constitución Política», así pues «Sus principios norman la vida de un pueblo jurídicamente organizado, estableciendo la forma de Estado y de Gobierno, y un régimen de obligaciones, derechos y garantías que permiten la instauración y el mantenimiento de un orden jurídico, apto para propiciar el bienestar individual y colectivo. Las

normas constitucionales emanan indirectamente de la voluntad popular en el Estado Democrático» (Asamblea Legislativa de El Salvador).

En el mismo sentido, el máximo intérprete de la Constitución Política en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC ha precisado que: «La Constitución no solo es la norma jurídica suprema formal y estática, sino también material y dinámica, por eso es la norma básica en la que se fundamentan las distintas ramas del derecho, y la norma de unidad a la cual se integran. Es así que por su origen y su contenido se diferencia de cualquier otra fuente del derecho. Y una de las maneras como se traduce tal diferencia es ubicándose en el vértice del ordenamiento jurídico.

Desde allí, la Constitución exige no solo que no se cree legislación contraria a sus disposiciones, sino que la aplicación de tal legislación se realice en armonía con ella misma», en ese mismo orden de ideas Eto (2011) precisa que: «una adecuada comprensión sobre la Constitución en tanto que norma jurídica, supone, entre otras cosas, asumir

necesariamente que ella no es sólo una fuente del Derecho, sino también y, esencialmente, la fuente de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; lo cual significa que esta norma se presenta como una fuente formal y una fuente material», esto resulta muy importante para el trabajo que se desarrolló, pues efectivamente el presente trabajo de investigación tiene como intención identificar a partir de la interpretación jurídica una norma aparentemente inconstitucional.

2.3.3.2. Control Constitucional.-

Respecto al control Constitucional Eto (2011) indica que como consecuencia natural del carácter normativo que ostenta la Constitución se ejerce el control constitucional, siendo esta actividad uno de los aspectos fundamentales de lo que denomina «construcción de la jurisdicción constitucional», el cual vincula el ordenamiento Constitucional a todo tipo de Órgano, y resalta la importancia de la labor judicial como actor del sistema jurídico, al interpretar la norma, y hace una especial distinción entre lo constitucionalmente necesario y lo constitucionalmente posible, pues precisamente es el juez que realiza un control de las omisiones que

realiza el legislador, y que no fueron atendidas por este pese a ser constitucionalmente necesario, estando dentro de las facultades legislativas enmarcar lo constitucionalmente posible, estando facultado el Tribunal Constitucional para intervenir en cualquiera de los dos supuestos, lo cual resulta congruente si entendemos que es el Tribunal Constitucional que se constituye como el máximo intérprete de la Constitución Política del Perú. Así también lo ha precisado el referido ente, en la Sentencia de Tribunal Constitucional del Expediente N° 0006-2008-PI/TC en el fundamento jurídico número 37 al 41 en el que textualmente dice: «(...) la necesidad de que los órganos judiciales puedan activar la acción de los demás poderes, no hay que buscarla necesariamente en un mandato expreso del constituyente, en la medida que se trata de un mandato más sustancial que formal y que responde a la misma esencia del modelo de reparto de atribuciones y competencias de los poderes públicos para hacer efectiva la tutela de los derechos fundamentales».

2.3.3.3. Protección de Derechos Fundamentales.-

Considerando que el tema en discusión en el

presente trabajo de investigación se desarrolla desde una perspectiva constitucional, en el cual se ponderan principios del derecho, la «Teoría de los derechos fundamentales» que propone Robert Alexy, se constituye en un instrumento de apoyo prácticamente indispensable. El maestro Alexy en la citada teoría propone que todo conflicto que involucre a derechos fundamentales debe tener una respuesta en la razonabilidad.

Para el doctor Robert Alexy existen tres niveles de protección de los Derechos Fundamentales, las mismas que se componen por la institucionalidad, la política y la metodología.

La Institucionalidad de los derechos fundamentales se refiere a la protección jurídica de los derechos humanos, en la medida que los derechos morales se positivizan, estas normas que contienen derechos fundamentales se interpretan bajo la sombra de la constitución.

Política, la protección de los derechos humanos por medio de la sociedad, y el control que ejerce este.

Metodológica, tanto la doctrina como la política se vinculan para tutelar la protección de los derechos humanos.

Los derechos humanos son abstractos, siendo esto realmente el conflicto, aplicar derechos abstractos a casos concretos, para cuyo efecto existen dos enfoques, el primero que denomina “el enfoque de la ponderación o análisis de la proporcionalidad” y “enfoque de la no ponderación”, todo bajo la fórmula de la argumentación jurídica.

En relación al enfoque de la ponderación, se funda en base al análisis de la proporcionalidad, basado en la integridad de los principios, según el maestro Alexy es este método más racional para la aplicación y protección de los derechos humanos. Para cuyo efecto analiza la teoría de los principios, para analizar ello resulta necesario diferencias a las reglas de los principios, precisando que las reglas son normas que contienen mandatos definitivos y se aplican en el modo en que están escritos en la medida de que estos sean válidos y se cumplan con sus requisitos, a esto es que se le conoce como la subsunción, por otro

lado, los principios son mandatos de optimización, lo cual exige que algo se cumpla en la mayor medida posible, hasta donde las posibilidades jurídicas y fácticas lo permitan, siendo el límite de un principio otro principio, cuando existe esta circunstancia es que se aplica la ponderación de principios, para cuyo efecto se utiliza la proporcionalidad la misma que está constituida con tres sub principios idoneidad, necesidad y proporcionalidad, además en algunos casos se exige la determinación de un fin adecuado.

La teoría propuesta por el maestro Robert Alexy también fue acogida por nuestro Tribunal, conforme se tiene del Expediente N° 579°-2008-PA/TC, precisando lo siguiente: “el test de proporcionalidad incluye, a su vez, tres sub principios: idoneidad, necesidad y ponderación o proporcionalidad en sentido estricto. En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar; en segundo lugar, superado este primer análisis, el

siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin. Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto”.

Respecto a esta teoría se ha dicho mucho, Zárte (2007) por ejemplo ha señalado que lo que propone el maestro Robert Alexy es dar una respuesta racional a partir de la lógica que conlleve a separar la ciencia de los derechos fundamentales de la práctica política. Para tal fin propone la necesidad de que se investigue estructuras como los conceptos de derechos fundamentales, la influencia de estos en el sistema jurídico y la fundamentación de derechos fundamentales. Ahora bien, ¿cuándo nos

encontramos con una norma fundamental?, el maestro Alexy precisa que será así de dos formas, el primero cuando así lo exprese una Ley Fundamental (Constitución Política) o que exista una norma de derecho fundamental fuera del sistema Constitucional (denominada por Alexy como norma adscrita) escrito pero que sea posible de ser contener una fundamentación iusfundamental. Por otro lado precisa que Robert Alexy divide en dos tipos a las normas de derecho fundamental, los cuales según su estructura pueden ser principios o reglas, los principios se constituyen como aquellas normas que ordenan que cierto hecho sea realizado dentro de lo constitucionalmente posible, por otro lado las reglas son aquellas «normas que pueden ser cumplidas o no», dependiendo de su validez. Nótese que la diferencia entre principio y regla no es que una esté gradualmente encima de la otra, sino que tienen objetivos distintos y alcances cualitativos evidentemente distintos.

Cuando existe un conflicto o contradicción entre reglas existe dos alternativas válidas de solución: a) introduciendo una de las reglas a la cláusula de excepción, y b) declarando inválida una de las dos

reglas a través de reglas de temporalidad y especialidad. En conclusión cuando existe un conflicto entre reglas se decide por la validez de una de ellas.

Por otro lado, cuando existe un conflicto entre principios, este no se resuelve buscando que uno se invalide, sino que se ponderan a través de lo que el maestro Alexy denomina pesos específicos a través de la ley de la colisión, esto observando las circunstancias del hecho en concreto.

El mismo autor, precisa que para Alexy la Ley Fundamental, es decir Constitución (en nuestro sistema) contiene un sistema combinado de reglas y principios, incluso alguno con carácter doble, como la dignidad humana.

2.3.3.4. Derecho Penal Constitucional.-

Como bien se ha mencionado hasta el momento, la Constitución Política se constituye como el máximo cuerpo normativo que rige nuestro sistema legal, siendo esto así, no existe duda alguna de que todas las normas en materia penal y procesal penal deben de ser adecuadas a las directrices del texto

supremo, entender lo contrario significaría un grave atentado al sistema Constitucional que rige a nuestro Estado, que conllevaría evidentemente a una inestabilidad política e inseguridad jurídica, en ese mismo orden de ideas Benavente (2011) indica que la Constitución Política por su carácter normativo es pasible de ser contravenida por otras normas, lo que hace indispensable el uso de instrumentos o mecanismos que aseguren su vigencia, ya que es inaceptable mantener una norma que contravenga la estructura ideológica y orgánica del Estado, Gustavo (2015) indica que toda ley especial (incluyendo al Derecho Penal) tiene que adecuarse a los principios fundamentales de la Constitución, siendo esto así, el Derecho Penal dentro de su propia estructura ha desarrollado principios constitucionales, así pues la Constitución no solo es fuente del derecho penal, sino que enmarca sus límites en constitución y aplicación.

Villegas (2017) indica que actualmente hemos pasado del paradigma del Estado de derecho al Estado constitucional, lo cual implica que todo ordenamiento jurídico se rige por lo que la norma fundamental ordena, no solo desde su aplicación

sino desde su origen, concepto que no le es ajeno al Derecho Penal, especialidad que por su grave intervención en su actuación necesita que la Constitución le genere límites o parámetros, por su parte Huamán (2016) agrega que el sistema penal no es autorreferencial, sino que este se encuentra vinculado al sistema que debe su existencia, siendo este el constitucional, en nuestra opinión esta postura engloba el concepto de constitucionalización del proceso penal, pues mientras el sistema penal no se ajuste al sistema constitucional significaría que su existencia es cuestionable y adversa a la propia estructura normativa del Estado.

Para finalizar, Gómez (2005) indica que si bien por su naturaleza general la Constitución Política no encubre dentro de sus articulados tipos penales, no obstante la misma se constituye como la directriz fundamental del sistema penal, y que en esencia determina el “puede ser” y el “debe ser”.

2.3.4. Presunción de inocencia.-

El artículo IX de la Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano precisa que: «(...) todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable (...)».

Desde una perspectiva Constitucional, Villegas (2015) indica que abordar el tema de presunción de inocencia aplicado al Derecho Penal es reconocer y valorizar la tutela de los derechos y garantías que tienen las partes que intervienen en el proceso, pues es obligación del estado asegurar dos cuestiones para garantizar un proceso penal que permita en primer lugar dar respuesta a los conflictos de relevancia penal y segundo brindar las garantías necesarias a quienes participan en el conflicto penal. El mismo autor refiere que el sistema garantista acusatorio garantista que se encuentra instituido en el Código Procesal Penal de 2004 lo que hace es resaltar el protagonismo normativo que tiene la Constitución Política como norma suprema positivando una serie de garantías constitucionales que rigen el proceso, y llega a una simpática conclusión, y es que las garantías para los intervinientes en el proceso penal y la persecución penal no son fines contradictorios o excluyentes, sino que muy por el contrario son complementarias, lo cual evidentemente garantiza que el proceso penal

efectivamente se ajuste a los fines que tiene el Estado Constitucional de Derecho.

Villegas (2015) agrega que el proceso penal se constituye como un instrumento de garantía, el mismo que tiene como objetivo proteger las garantías y libertades fundamentales. Estas garantías aseguran que el imputado o acusado no sea condenado a menos que se desvirtúe la presunción de inocencia a través de un proceso de garantías. En nuestra posición lo dicho por el maestro Elky Villegas es correcto, además es importante precisar que las garantías procesales no son para el proceso en sí, sino que se han creado para que los ciudadanos que participan del proceso penal vean garantizado la protección a sus derechos fundamentales ante el poder punitivo con el cual estado dotado el Estado.

Así pues, para entender mejor, y desde una perspectiva Constitucional relacionado a la presunción de inocencia, ahora corresponde realizar un análisis de las más importantes características del proceso penal acusatorio de conformidad a lo establecido por nuestro Código Procesal Penal.

Ahora bien, en el caso en concreto, es decir la implicancia que tiene la prueba indiciaria en el delito de lavado de activos y su relación con la presunción de inocencia, EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (2003), mediante el Auto N° 1375/2003 ha indicado que «(...) el contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia como regla de juicio, se identifica con el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo obtenidas con todas las garantías, a través de las cuales pueda considerarse acreditado el hecho punible con todos sus elementos, tanto objetivos como subjetivos, incluida la participación del acusado en los mismos», por su parte y relación estricta a la prueba indiciaria la SALA PENAL PERMANENTE DE LIMA (2005) en el recurso de nulidad N° 1912-2005 ha indicado que existe un grave problema cuando se pretende demostrar la certeza de un hecho cuando se tiene como sustento pruebas indiciarias, pues lo que primará será la inferencia que se tendrá sobre un hecho probado que no demuestra fehacientemente la responsabilidad penal del investigado, siendo que para llegar a dicha conclusión se deberán recurrir a las reglas de la lógica y la razón. En ese sentido el TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008) en la Sentencia contenida en el Expediente N° 00728-2008-PHC/TC ha indicado que «(...) el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso

penal pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados, no puede tratarse de meras sospechas, y el órgano judicial debe explicar el razonamiento, en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el proceso realizó la conducta tipificada como delito (...). En definitiva, si existe prueba indiciaria, el tribunal de instancia ha de precisar, en primer lugar, cuáles son los indicios probados y, en segundo lugar, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de modo que cualquier otro tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de tales indicios. Es necesario, pues (...) que el órgano judicial explicita no solo las conclusiones obtenidas sino también los elementos de prueba que conduce a dichas conclusiones y *el iter mental* que le ha llevado a entender probados tales hechos constitutivos del delito, a fin de que pueda enjuiciarse la racionalidad y la coherencia del proceso mental seguido y constatarse que el tribunal ha formado su convicción sobre una prueba de cargo capaz de desvirtuar la presunción de inocencia y una vez alegada en casación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al Tribunal Supremo incumbe analizar solo si ha

existido actividad probatoria, sino si esta puede considerarse de cargo, y, en el caso que exista prueba indiciaria, si cumple con las mencionadas exigencias constitucionales».

La presunción de inocencia es una garantía procesal que reviste a todo ciudadano cuando éste no tiene una condena firme, bajo este mismo contexto Villegas (2015) indica que la presunción de inocencia tiene la condición de derecho fundamental poliédrico, es decir que es aplicable a todo tipo de proceso y en cualquier instancia (entiéndase la última como nacional e internacional o convencional), además indica que la presunción de inocencia se manifiesta en tres formas: a) como criterio informador, b) trato que debe recibir el procesado y c) regla en el ámbito probatorio, esto en dos funciones la primera como regla probatoria (requisitos de validez de la prueba), y la segunda como regla de juicio (de carácter dirimente ante la existencia de duda sobre la prueba).

La presunción de inocencia tiene dos dimensiones, extraprocesal y procesal.

a) En relación a la dimensión extraprocesal.- La relación extraprocesal que tiene el derecho fundamental a la presunción de inocencia abarca mucho más que un

proceso, esto es lógico, si se entiende que de conformidad a lo establecido por el literal e) del numeral 24 del artículo 2° de la Constitución Política todos se presumen inocentes mientras que judicialmente no se ha probado su responsabilidad, esto implica que el trato y consideración sobre el sujeto sea basada en los estándares comunes, de modo similar el Tribunal Constitucional de España en el en la sentencia contenida en el caso N° 109/1986 ha indicado que la presunción de inocencia también se aplica a situaciones extraprocesales, y que consistente en que las personas deben de recibir la consideración y el trato de no ser autores de un delito o análogo, en consecuencia a recibir el mismo trato en todo tipo de actividad fuera del proceso, lo cual entendemos que significa que el investigado tiene derecho a que su relación o interacción de cualquier tipo (como por ejemplo el de acceder a un puesto de trabajo) no se vea mínimamente afectada, lo cual además sin lugar a dudas tiene relación con la protección de la dignidad humana.

Por su parte Villegas (2015) agrega que el derecho de presunción de inocencia extraprocesal no implica que las autoridades no informen públicamente respecto a las investigaciones penales, no obstante el derecho de

presunción de inocencia se convierte en el límite que tiene el derecho a la información, procurando se respete la libertad y demás derechos inherentes a persona, pues como bien lo ha señalado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Krase vs. Switzerland las autoridades pueden informar al público sobre la realización de investigaciones o incluso sobre la confesión del investigado, siempre en cuando no se declare la culpabilidad de la persona.

b) En relación a la dimensión procesal.- Villegas (2015) precisa que la protección al derecho de presunción de inocencia en el proceso va perdiendo fuerza, no obstante, hasta que no exista una resolución sin “firmeza” esta va no desaparece por completo, así pues Fernández (2004) indica que la garantía de presunción de inocencia se entiende a las personas que se encuentran condenadas en primer grado, pues mientras exista la posibilidad de impugnar la resolución condenatoria se debe presumir su inocencia.

Ahora bien, la aplicación de la protección de presunción de inocencia en el proceso penal se da en cuatro aspectos del proceso penal: a) informador del proceso, b) trato o consideración, c) valoración de la prueba y d) regla en el

juicio.

Finalmente consideramos oportuno indicar que el principio de presunción de inocencia se encuentra estrechamente relacionado con la dignidad de la persona, siendo la primera especie y el segundo género, así también lo ha entendido nuestro TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) en la sentencia contenida en el Expediente N° 01768-2009-PA/TC, que en su fundamento jurídico N° 4 señaló:

«En concordancia con estos instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, el artículo 2, inciso 24 de la Constitución establece que “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. De esta manera, el constituyente ha reconocido la presunción de inocencia como un derecho fundamental. El fundamento del derecho a la presunción de inocencia se halla tanto en el principio-derecho de dignidad humana (“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado artículo 1 de la Constitución), como en el principio pro hómine».

2.3.4.1. Búsqueda de la verdad.-

Gonzáles (2013) indica que el principio de presunción de inocencia conlleva a que de manera exclusiva solo condene a los culpables, motivo por el cual se tiene que el fin de la prueba es la verdad como uno de sus objetivos primordiales. Culpable es aquella persona que ha cometido el hecho por el cual se le acusa. Siendo esto así el Derecho Penal no puede construir la culpabilidad del imputado sin descubrirla, es por ello que incluso la verdad procesal o judicial si no es compatible con la verdad empírica atenta contra la presunción de inocencia.

La búsqueda de la verdad según el maestro Taruffo (2014) es una de las funciones esenciales que tiene el proceso penal, además de ser necesaria para una justa decisión, todo en el marco contextual de un estado Constitucional de Derecho. Pues bien, entendemos que una decisión punitiva será ajustada a Derecho, dentro de una perspectiva Constitucional siempre en cuando esta corresponda a la determinación de la responsabilidad a través de los medios de prueba, esta postura también es compartida por Villegas (2015) quien dice que una afirmación es verdadera cuando se demuestra que

ha ocurrido en la realidad, ahora bien para González (2013) cuando se afirma que una reconstrucción de un hecho es verdadera, no se entiende que tal verdad sea coherente, aceptable o convincente sino que se trata de una razonable aproximación de lo que realmente ocurrió, pues si se demuestra que la afirmación es falsa (o no se llega a demostrar su veracidad) lo que se cambia es la construcción de la verdad, pues resultaría imposible cambiar la realidad.

2.3.5. Derecho Penal del enemigo

De Aquino (1274) indico que «todo poder correctivo y sancionador proviene de Dios, quien lo delega a la sociedad de hombres; por lo cual el poder público está facultado como representante divino para imponer toda clase de sanciones jurídicas debidamente instituidas con el objetivo de defender la salud de la sociedad» pues «De la misma manera que es conveniente y lícito amputar un miembro putrefacto para salvar la salud del resto del cuerpo, de la misma manera lo es también para eliminar al criminal pervertido mediante pena de muerte para salvar al resto de la sociedad”. Por su parte Jackobs y Cancio (2003) hacen una distinción de personajes que actúan dentro del contexto social, a los que han denominado ciudadano e

individuo, la primera categoría (ciudadano) corresponde a aquel sujeto que convive en armonía con las reglas sociales procurando salvaguardarlas, mientras que en la segunda categoría (individuo) se encuentran los delincuentes o también llamados enemigos sociales, siendo esto así, no se podría tratar de igual forma a un ciudadano en relación a un individuo, pues en el primer caso se deberá procurar el respeto de sus derechos, lo que no ocurriría con el segundo sujeto, que incluso no debería de esperarse que incurra en una conducta delictiva pues el Estado podría intervenir antes que esto ocurra. Rodríguez (2015) señala que dicha interpretación contravendría lo dispuesto por el artículo 2, numeral 2 de nuestra Constitución Política, pues los derechos fundamentales no pueden ser tratados como medios u objetos para lograr un fin, salvo casos extremos como el estado de guerra.

El derecho penal del enemigo recientemente se ha convertido en una herramienta jurídica popular debido al azote de violencia y atentados contra la seguridad ciudadana en nuestro país, lo que ha conllevado que los actores políticos con el afán de ganar protagonismo han visto en este problema una gran oportunidad, al proponer (incluso emitir) normas sin importar si estas son coherentes con nuestra Constitución Política y derechos

fundamentales. Cancio (2015) indica que existe una conexión entre la seguridad ciudadana y el derecho penal del enemigo, pues precisa que desde una perspectiva meramente política la seguridad ciudadana implica que la comisión de ilícitos sea reducida o eliminada, a consecuencia de una política pública adecuada y exitosa desde la prevención, argumento que no sería válido si su contenido no se encuentra una transposición jurídica. Así pues se tiene que la política pública debe de ser acompañada siempre de argumento jurídico, lo cual nos parece adecuado pues solo así se logrará limitar la actuación política en salvaguarda de la protección a los derechos fundamentales. No obstante el autor precisa que los límites de la actuación política son más flexibles en consideración al contexto social, que podría ser evaluado por ejemplo con el daño o afectación producto de la comisión de un ilícito penal.

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Método de la investigación.-

Para Arazamendi (2010) el «método es el conjunto de procedimientos que permiten abordar los problemas de investigación con el fin de lograr los objetivos trazados», todo esto desde una perspectiva científica como método, el mismo autor precisa que: “En el Derecho, los métodos marcan diferencias con las otras ciencias debido a sus excepcionales características», pues para su realización se necesita conocer previamente de dogmática jurídica.

3.1.1. Enfoque metodológico.-

3.1.1.1. Enfoque general.-

El enfoque general en que realizamos en la presente investigación fue el cualitativo, pues como bien señalan Fernández y Baptisma (2014) el enfoque cualitativo «utiliza la recolección de datos sin medición numérica para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación», la misma que conlleva a «descripciones detalladas de situaciones, eventos, personas, interacciones, conductas observadas y sus manifestaciones», de las que se extraes perspectivas teóricas.

Escogimos el método cualitativo, por los siguientes motivos:

- a) Se tiene como punto de partida la interpretación de una realidad (consecuencias del Decreto Legislativo 1106).
- b) La investigación admite subjetividades, pues en el presente caso nos acogimos a una postura existente respecto al delito fuente y su relación con el delito de lavado de activos, circunstancia que no habría sido posible desde el enfoque cuantitativo.
- c) Es de aplicación inductiva, partiendo de lo específico (artículo 10° del Decreto Legislativo 1106, haciendo un análisis extra legal).

- d) Nos permite incluir una posición personal (valores y creencias) respecto al problema estudiado, no estando obligado a tomar una posición neutral.
- e) Es posible generar hipótesis durante o después del estudio realizado.
- f) Flexibilidad en la población y muestra.
- g) Los criterios de evaluación de recolección de datos y análisis de los mismos se basan en la credibilidad, confirmación y valoración, distinta a una investigación cuantitativa en la que los criterios son la objetividad y rigor.

Finalmente, Arazamendi (2010) agrega: «El enfoque metodológico en el Derecho tiene una esencia cualitativa, pues, casi siempre la investigación está dirigida a desentrañar estructuras dinámicas o sistemas, que no se componen de elementos homogéneos ni son unánimes en sus resultados y aplicación». Máxime si se considera que en el tema que investigamos se tienen diversas interpretaciones en relación al delito fuente y su vinculación con el delito de lavado de activos.

3.1.1.2. Enfoque Específico.

El método específico utilizado en el presente trabajo de investigación fue el de interpretación de la norma, respecto a este tipo de investigación Arazamendi (2010)

precisa que: «En el Derecho se ha introducido la interpretación como método (...), pero no tan solo para normas (textos legales), se incluyen las reglas del Derecho consuetudinario, principios, contratos, resoluciones judiciales, hechos empíricos o formales de relevancia jurídica (...)». Consideramos que fue el enfoque específico más oportuno pues en estricto el presente trabajo consiste en la interpretación de una norma, dentro del marco de posibilidades interpretativas sobre ella.

3.2. Nivel de investigación.

Nuestra investigación es eminentemente explicativa, pues además de identificar los componentes principales de un hecho se pretendió encontrar la causa y consecuencia del mismo.

3.3. Diseño de la investigación.

Considerando que el método y técnica que se desarrolló en la presente investigación corresponde a la interpretación un determinado texto legal, analizando posturas dogmáticas al respecto, es que no se ha recabado muestras. Pues lo que se trató en el presente trabajo fue demostrar la existencia de un artículo vigente en el sistema jurídico que tiene la calidad de inconstitucional desde mi punto de vista, y los efectos o consecuencias del statu quo.

3.4. Población y muestra.

Por la naturaleza propia de la investigación que se desarrolló es que se ha visto por conveniente omitir determinar una población y muestra.

3.5. Variables.

Variable 1:

Presunción de inocencia.

Variable 2:

Condena por el delito fuente.

Condena por lavado de activos.

3.6. Técnicas e instrumentos de recolección de datos.

Para el cumplimiento de nuestros objetivos hemos visto por necesario utilizar como instrumentos a todos aquellos que contengan información importante respecto al problema que se investigó, tales como: entrevistas, análisis de casos y recolección de bibliografía (libros, revistas, monografías y comentarios).

CAPÍTULO IV

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

4.1. Resultados.-

Se vio por conveniente primigeniamente descubrir la relación que existe entre lo que en doctrina se conoce como delito fuente y el lavado de activos, para cuyo efecto se analizó en su totalidad las carpeta fiscales en materia de lavado de activos que se encuentran en la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo, la misma que en adición a sus funciones y por mandato de la Fiscalía de la Nación es la única fiscalía especializada en lavado de activos y pérdida de dominio en el Distrito Fiscal de Junín, cabe precisar que se eligió a la misma

considerando que metodológicamente la investigación cualitativa nos permite hacerlo.

Ahora bien, con fines prácticos se analizaron todas las carpetas fiscales encontradas el 06 de mayo de 2017, y las dividimos en dos sub grupos, aquellos casos en los que se habían formalizado investigación preparatoria y los que no, conforme se describe en los siguientes cuadros:

Cuadro 01 (carpetas fiscales formalizadas)

N°	CARPETA FISCAL	FISCAL A CARGO	NÚMERO DE DISPOSICIÓN Y FECHA	ANÁLISIS
01	24-2015	Celia Rosa Camargo Mora	05-2016, de fecha 06 de abril de 2016	En relación al tema materia de estudio, la disposición analizada tiene un extremo específico que desarrolla al delito de lavado de activos, el cual se encuentra denominado “el delito previo-autonomía de lavado de activos”, en el cual resalta la autonomía procesal que tiene el delito de lavado de activos

				<p>frente al delito fuente, no obstante precisa que en el delito de lavado de activos es obligación del Ministerio Público determinar y precisar al investigado de manera mínima la conducta delictiva que habría generado el patrimonio transferido, convertido o transformado, todo bajo el principio de mínima imputación, hecho que además la fiscal a cargo del caso extiende en su explicación en el supra 1.5. desarrollando el Acuerdo Plenario N° 2-2012/CJ-116.</p> <p>En el caso en concreto el delito fuente serían los delitos de colusión y peculado.</p>
02	29-2015	Luis Álvaro Cárdenas Moreno	03-2016, de 25 de enero de 2016	El delito fuente se encuentra descrito en el considerando 5.6., en el que se precisa que el delito fuente en la

				investigación en cuestión gira en torno a la presunta comisión del delito de peculado, por el cual se habrían obtenido beneficios económicos.
03	1103-2014	Luis Álvaro Cárdenas Moreno	s/n, del 27 de enero de 2016	En el apartado IV de la disposición, el representante del Ministerio Público delimita la imputación que se realiza en contra de los investigados, precisando que se tiene que el origen ilícito de los bienes con los que se constituyó el delito de lavado de activos, tienen como origen en la conducta criminal de estafa.
04	40-2015	Luis Álvaro Cárdenas Moreno	05-2016, del 07 de octubre de 2016	Se tiene que la disposición materia de análisis tiene como ratio decidendi la existencia de elementos de convicción suficientes que hacen presumir que los investigados adquirieron

				propiedades y constituyeron empresas con la finalidad de transformar y ocultar dinero procedente de la comisión del delito de proxenetismo.
05	429-2015	Dennis Niels Rondón Castillo	02-2016, del 04 de agosto de 2016	En el considerando 8 que el fiscal denominó: “hecho punible”, determina que se investiga la comisión del delito de lavado de activos en razón al existir un desbalance patrimonial de los investigados, desbalance que tendría como origen la transformación de caudales financieros provenientes del delito de omisión de funciones.
06	1818-2016	Luis Álvaro Cárdenas Moreno	s/n, de fecha 02 de febrero de 2017	En la descripción del ítem II que se denominó “De la Noticia Criminal” se precisa que la Fiscalía Provincial Especializada contra la Criminalidad Organizada al

				<p>allanar los domicilios de los investigados logró identificar bienes que superan en cuantía a los ingresos registrados por estos (desbalance patrimonial), además que a estos se les investiga por la comisión del delito de asociación ilícita para delinquir.</p>
07	149-2016	Mélida Zapata Vega	4-2017, de fecha 27 de enero de 2017	<p>En esta disposición sucede algo particular, pues se tiene que en el ítem 1.3., la magistrada hace un análisis del tipo penal de lavado de activos y resalta el hecho de que este delito es autónomo, negando que el delito fuente forme parte de la estructura típica de este, todo esto con la finalidad de formalizar investigación preparatoria sin precisar el delito fuente, resaltado el hecho de que la</p>

				magistrada concuerda con la postura de que la forma en como se ha estructurado el delito de lavado de activos hace referencia a “origen ilícito” de los bienes, más no a un “delito específico”.
08	45-2017	Luis Álvaro Cárdenas Moreno	s/n de fecha 14 de marzo de 2017	Si bien en la disposición en cuestión no se especifica de manera expresa el tipo penal que sirve de como delito fuente, de la descripción de hechos se advierte que se trataría de tráfico ilícito de drogas.
09	602-2017	Luis Álvaro Cárdenas Moreno	s/n de fecha 21 de marzo de 2017	En el considerando 2.2. que el magistrado denominó “de la hechos materia de investigación- noticia crimines” se indica que se advirtió que los investigados crearon una empresa de transportes ficticia, adquiriendo un vehículo en el

				cual se transportaría droga desde la ciudad de Lima con destino a Huancavelica, bien mueble que estaría inscrito a nombre de la persona jurídica con la finalidad de desvincular el patrimonio ilícito de su origen.
10	638-2017	Luis Álvaro Cárdenas Moreno	s/n de fecha 03 de marzo de 2017	Si bien en la disposición en cuestión no se especifica de manera expresa el tipo penal que sirve de como delito fuente, de la descripción de hechos se advierte que se trataría de apropiación ilícita.
11	466-2017	Mélida Zapata Vega	04-2016, de fecha 13 de diciembre de 2016	En esta disposición sucede algo particular, pues se tiene que en el ítem 1.3., la magistrada hace un análisis del tipo penal de lavado de activos y resalta el hecho de que este delito es autónomo, negando que el delito fuente forme parte de la estructura

				<p>típica de este, todo esto con la finalidad de formalizar investigación preparatoria sin precisar el delito fuente, resaltado el hecho de que la magistrada concuerda con la postura de que la forma en como se ha estructurado el delito de lavado de activos hace referencia a “origen ilícito” de los bienes, más no a un “delito específico”.</p>
--	--	--	--	---

Fuente: Propia

Cuadro 02 (carpetas fiscales no formalizadas)

N°	CARPETA FISCAL	FISCAL A CARGO	NÚMERO DE DISPOSICIÓN Y FECHA	ANÁLISIS
01	51-2015	Miriam Luz Chipana Soto	24-2017, del 14 de febrero de 2017	<p>Los investigados lograron demostrar de manera fehaciente la legalidad del origen de su patrimonio.</p> <p>Resulta necesario precisar que en el último párrafo del</p>

				considerando 2.5.4. Textualmente dice: “Por tanto, respecto al patrimonio de las referidas empresas no existe indicio alguno de que los mismos o parte de los mismos haya provenido de alguna actividad ilícita”.
02	1570-2016	Dennis Niels Rondón Castillo	02-2016, del 21 de diciembre de 2016	El denunciante no precisó en la exposición de sus hechos algún supuesto que subsumirse al tipo penal de lavado de activos.
03	29-2015	Elena Figueroa Ames	102-2016, del 20 de mayo de 2016	La investigación fiscal analizada fue declarada en primera instancia con archivo liminar, la misma que fue sujeta de recurso de elevación, y que dio origen a la disposición materia de análisis, que resolvió declarar fundado en parte la queja de derecho interpuesta contra la referida disposición de archivo

				<p>liminar, en esencia debido a que para la Segunda Fiscalía Superior Penal de Junín existen indicios suficientes para formalizar denuncia penal, instruyendo se practiquen una diversidad de actos de investigación, no obstante en el segundo extremo del pronunciamiento fiscal se confirma el archivo liminar respecto a un grupo de investigados, precisando literalmente lo siguiente: “Respecto a (...) la queja FUNDADA EN PARTE, para lo que se deberá remitir copias a fin de que la Fiscalía Especializada en Corrupción de Funcionarios proceda según sus atribuciones, y si de ello, se advierte alguna situación irregular, queda abierta la posibilidad de reexaminar el delito de lavado</p>
--	--	--	--	--

				<p>de activos cuando se aporten elementos de convicción.</p> <p>En el sexto punto correspondiente al apartado quinto denominado “análisis fiscal”, literalmente se consignó: “Desde analizar el delito de Lavado de Activos, según lo descrito en la Disposición de Formalización y Continuación de Investigación Preparatoria tenemos lo siguiente: que el investigado (...) habría transferido activos patrimoniales producto de la actividad delictiva de peculado, con el ánimo aparente de dar origen lícito (...)”.</p>
--	--	--	--	--

04	24-2015	Celia Rosa Camargo Mora	05-2016, del 06 de abril de 2016	La referida disposición materia de análisis decide la actuación fiscal en dos extremos, el primero es de formalizar y continuar con la investigación preparatoria, y el segundo declarar que no procede formalizar investigación preparatoria. En relación a la no formalización de investigación preparatoria se tiene que la misma responde a lo existencia de elementos de convicción suficientes.
----	---------	----------------------------------	--	--

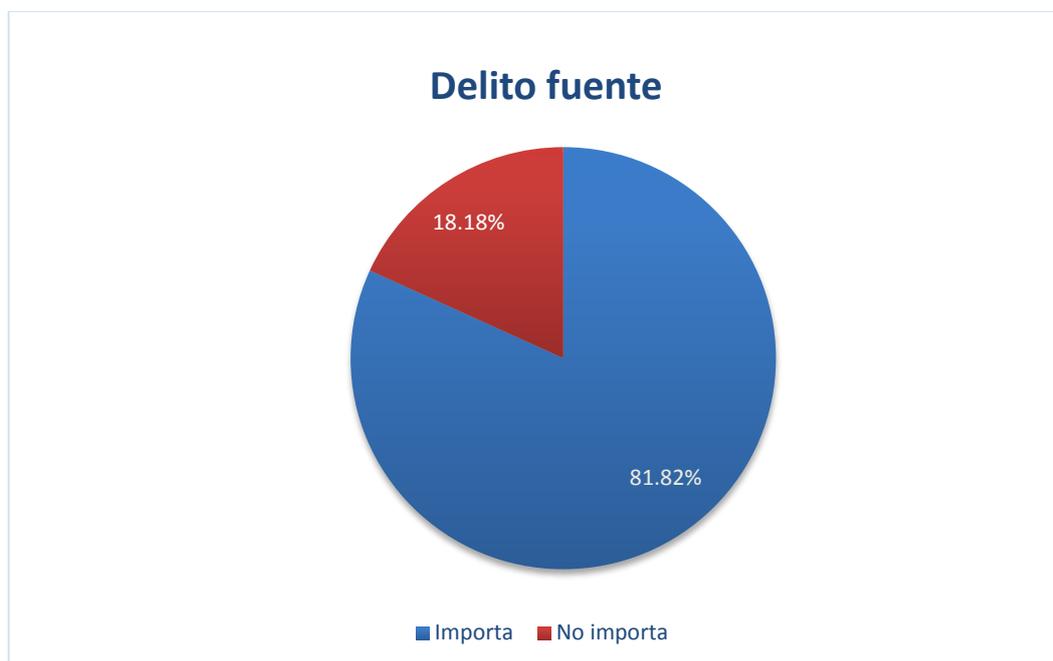
Fuente: Propia

Expuesto el análisis que se realizó a todas las carpetas fiscales en materia de lavado de activos, tramitadas en la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo, ahora corresponde analizar cuál es el grado de incidencia que tiene el delito fuente en relación al lavado de activos,

a) Sobre las carpetas fiscales formalizadas.-

Se tiene que el universo corresponde a once carpetas fiscales, de las cuales nueve hacen mención al delito fuente y resaltan su importancia (casos: 24-2015, 29-2015, 1103-2015, 40-2015, 429-2015, 1818-2016,

45-2017, 602-2017 y 638-2017), mientras que dos no señalan el delito fuente y resaltan su no importancia (casos 149-2016 y 466-2017).



Fuente: Propia

Esto quiere decir, que el Ministerio Público como titular de la acción penal y defensor de la legalidad en el Distrito Fiscal de Junín, considera que el delito fuente es necesario y que existe una vinculación con el delito de lavado de activos en un porcentaje de 81.82%.

También es importante señalar que del análisis realizado se tienen que las dos carpetas fiscales en las que se consideró que el delito fuente no era importante al relacionarlo con lavado de activos, estas corresponden o tenían como responsable a una fiscal de los cuatro, la misma que tenía la condición de fiscal adjunta provincial y que actualmente no ejerce funciones como tal.

b) Sobre las carpetas fiscales no formalizadas.-

Dentro del acervo documentario que maneja la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo, y con apoyo del Sistema de Gestión Fiscal se pudo identificar cuatro carpetas fiscales en las que se declaró no ha lugar formalizar investigación preparatoria, dos de ellas (carpetas fiscales 1570-2016 y 24-2015) debido a que no se pudo identificar algún supuesto de hecho que sea pasible de subsumirse al tipo penal de lavado de activos y por carencia de medios de prueba, respectivamente. Por otro lado, se tiene que en las otras dos carpetas fiscales (1570-2016 y 29-2015) se hace referencia a la no formalización de investigación preparatoria debido a la no identificación del ilícito penal que dio origen al lavado de activos.



Fuente: Propia

Con esto queda claro que la Fiscalía Especializada en delito de lavado de activos y pérdida de dominio del Distrito Fiscal de Junín en la práctica

reconoce la vinculación que existe entre el delito fuente y el lavado de activos.

El instrumento que aplicamos a casos reales en el Distrito Fiscal de Junín no solo ha servido para poder resaltar la vital importancia que tiene el delito fuente en relación al lavado de activos, sino también nos ha permitido conocer que en la práctica los fiscales haciendo uso de su deber de objetividad en las investigaciones (es decir la búsqueda del esclarecimiento de los hechos buscando no solo teorías que contribuyan a la tesis inculpativa, sino también a la absolutoria) han resuelto por archivar las investigaciones debido a la falta de certeza de que el patrimonio supuestamente ilícito corresponda efectivamente a una actividad criminal, puesto que cabe la posibilidad de que los activos correspondan a una infracción administrativa u otra conducta que no revista relevancia penal.

También consideramos de suma importancia citar de manera literal lo que encontramos de una Disposición en un caso emblemático en la SEXTA FISCALÍA PROVINCIAL PENAL CORPORATIVA DE HUANCAYO, específicamente en la Disposición N° 03-2016-MP-6FPC-1D-HUANCAYO en la Carpeta Fiscal N° 29-2015, la misma que declaró no ha lugar a formalizar investigación preparatoria en contra de Ángel Dante Unchupaico Canchumani existiendo dos argumentos de especial relevancia para nuestro trabajo de investigación:

«Estando a lo antes señalado, precisamos que en el caso de la imputación al ciudadano Ángel Dante Unchupaico Canchumani no se ha podido establecer hasta el momento de manera objetiva a través de algún elemento de prueba directa o prueba indiciaria, la existencia de una organización criminal integrada por el referido denunciado quien en su calidad de Ex Alcalde de la Municipalidad de El Tambo, sería el cabecilla de toda una maquinaria criminal, la cual esta línea de imputación estaría conformada por sus entonces funcionarios de dicha comuna Fredy Walter LEON RIVERA (Asesor Legal) Arquitecto Edison CERRON VALVERDE, Sub Gerente de Catastro Control Urbano y Rural, Arquitecta Nereida V. VASQUES MOYA Verificadora Habilitación Urbana, Arquitecto Ronald VALENCIA RAMOS (Gerente de Desarrollo Urbano y Rural) de la MDT; y los empresarios Mariela Miluska VILLAFUERTE CASSANA, Gabriela ALARCON ONOFRE y Gerente General Fernando LARCON ONOFRE, Aida Esperanza CAMINO VILLAREAL y la Notaria Publica Víctor ROJAS POZO, personas que se habrían concertado para cometer el ilícito de lavado de activos, relacionado a la construcción del Edificio Storby, de propiedad de la empresa “Constructora, Consultora y Servicios Generales STORBY SAC».

Es decir que el Ministerio Público antes de hacer un análisis de la existencia de un patrimonio balanceado de desbalanceado analiza si por su propia teoría del caso se ha podido determinar que efectivamente el

delito fuente existe y si este efectivamente ha generado algún patrimonio que se convierta en objeto de delito en lavado de activos, lo cual queda aún más claro cuando de manera literal en la misma disposición dice:

«(...) si bien del informe policial se tiene que Ángel Dante UNCHUPAICO CANCHUMANI, Registra Operaciones Sospechoso, desde el año 2007 al 2011, en su movimiento Financiero tanto en moneda Nacional hasta por un monto de S/ 189,996 soles y Extranjera US\$ 122.200 DA, por los cuales fue sometido a una investigación por la presunta comisión del delito de Enriquecimiento Ilícito, lo cierto también es conocido que por dicho delito habría sido sometido a una investigación y habría salido airoso; por lo tanto sostener que a razón de la referida investigación, el investigado aludido haya optado por utilizar a terceras personas para la administración de fondos dinerarios y bienes muebles e inmuebles de procedencia ilícita, revela una mera especulación, que no puede ser utilizado como un elemento indiciario para vincular al ciudadano Ángel Dante Unchupaico con el ilícito imputado (...)».

Por otro lado, consideramos oportuno realizar entrevistas a dos reconocidos especialistas en derecho penal, uno local y uno con trayectoria internacional.

Es así que logramos entrevistarnos con los maestros Cristóbal Rodríguez Huamaní y Andy Carrión Zenteno. El primero es Juez Superior Titular y que actualmente se encuentra a cargo de la ODECMA en el Distrito Judicial de Junín, además de ser docente universitario en la Universidad Continental, el segundo es docente universitario de la Escuela de Post Grado de la Universidad Continental, con estudios en Alemania y Colombia, además de ser abogado asociado del reconocido Estudio Caro & Asociados.

A los referidos especialistas, en relación al delito fuente, se les realizó dos interrogantes, y obtuvimos el siguiente resultado:

Especialista	En relación al lavado de activos, ¿considera usted que existe el delito fuente?, y, ¿considera usted que existe una vinculación directa entre el delito fuente y el lavado de activos?, tenga a bien explicar su respuesta.
Mg. Cristóbal Rodríguez Huamaní	Dijo: "Si. Entiendo la pregunta en el sentido de que siempre en el plano fáctico existe el delito fuente. Que es diferente a que sea necesario el procesamiento y sanción del delito fuente como presupuesto del lavado

	<p>de activos (...) la calidad de autónomo del L.A. y el D.F. están reconocidos por el Derecho Penal (objetivo), sin embargo es posible que estas disposiciones merezcan más de una interpretación y que alguna de ellas no sea constitucional.</p> <p>“Que se reconozca la autonomía entre L.A. y D.F. no niega la relación entre ambos. El carácter ilícito de los activos implica que fueron frutos o efectos del delito (delito fuente). Activos que luego son objeto del delito de L.A. Como puede entenderse, en el delito fuente los activos son efectos del delito, en el delito de lavado de activos objeto del delito. Esto explica que el sujeto activo de D.F. y de L.A. no necesariamente sea la misma persona, pero los vinculan los activos”.</p>
Mg. Andy Carrión Zenteno	Dijo: “El delito fuente es una exigencia del propio tipo penal, por tanto, su existencia, o para decirlo más

	propriadamente, su requerimiento típico resulta una garantía del principio de legalidad”.
--	---

Como se puede observar, de las respuestas dadas por los especialistas entrevistados, ambos coinciden en que en hechos prácticos y dogmáticos existe una vinculación natural entre el delito de lavado de activos y el delito fuente, el profesor Carrión va más allá al señalar que entender que no existe tal vinculo atentaría contra el principio de legalidad, puesto que se estaría interpretando en contra de la propia estructura típica del delito de lavado de activos.

4.2. Sobre la modificatoria del artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106.

El presente trabajo se sustenta inminentemente en un análisis Constitucional respecto a una norma penal. Pretendiendo resolver la interrogante ¿es constitucional la modificatoria que realiza el Decreto Legislativo N° 1249, el mismo que mediante su artículo 5° ha modificado el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 (Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado), en el que se ha agregado que la autonomía del delito de lavado de activos permite que para su sanción no es necesario que las actividades criminales que dieron origen al fruto hayan sido previamente objeto de prueba o sentencia condenatoria?.

En nuestra hipótesis sostuvimos que sancionar por la por la comisión del delito de lavado de activos sin que previamente se haya sancionado por el delito que dio origen a las ganancias ilícitas, constituiría una grave afectación al derecho fundamental a la presunción de inocencia.

Para resolver esta interrogante consultamos también a los especialistas en derecho penal Cristóbal Rodríguez Huamaní y Andy Carrión Centeno, y se les realizó las interrogantes, las cuales fueron respondidas conforme se plasma en el siguiente esquema:

Sobre la importancia de la Constitución Política en el derecho penal	
Especialista	¿Qué importancia tiene el derecho constitucional en relación al derecho penal?
Cristóbal Rodríguez Huamaní	“La constitucionalización del derecho implica que comprende al derecho penal. Por ello, este debe su validez a aquel. En ese sentido, puede decirse que el marco de actuación de todo sector público es la Constitución, el legislador, la administración pública, los jueces, los ciudadanos en el ejercicio y defensa de sus derechos están

	sometidos a la Constitución. De todos se espera la actuación proscribiendo cualquier actuación arbitraria; este es un valor supremo en el Estado Constitucional de Derecho”.
Andy Carrión Centeno	“El Derecho penal solo puede ser entendido dentro de los márgenes establecidos por la Constitución. Tan es así su importancia, que los principios que informan el Derecho penal se derivan de la Constitución”.

Al igual que la doctrina contemporánea, ambos especialistas manifestaron que el Derecho Constitucional es una herramienta indispensable para la aplicación debida del Derecho Penal, siendo que la norma suprema actúa como garante del respeto de los derechos humanos, máxime si se considera que el Derecho Penal implica la máxima intervención punitiva y dañina, pues implica restricciones de en la libertad, que tiene el Estado como herramienta de regulación de conductas.

Así pues, toda norma para que sea válida debe de ser interpretada bajo los estándares Constitucionales, considerando que las normas son pasibles de ser interpretadas de distinto modo.

<p>¿Considera constitucionalmente válido que se sancione por el delito de lavado de activos sin que exista una condena por el delito que dio origen al patrimonio ilícito?</p>	
<p>Cristóbal Rodríguez Huamaní</p>	<p>Sí, pero antes debe decirse sobre la constitucionalidad del tipo penal, artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 modificado. Considero que si es constitucional, sin embargo, alguna de sus interpretaciones puede resultar inconstitucional, es tema de análisis minucioso aún pendiente. Pero en principio es constitucional, declarando lo contrario, falta un análisis desde la perspectiva del principio de legalidad.</p> <p>Desde la perspectiva fáctica, si se prueba la comisión de la conducta imputada (lavado de activos) debe sancionarse, se duce entonces que se cumple con las exigencias del debido proceso formal y sustancial.</p>

<p>Andy Carrión Centeno</p>	<p>El parámetro impuesto por la norma, respecto a la no exigencia de una condena para sancionar por el delito de lavado de activos, no transgrede la Constitución. Es más, su demostración se da ya en torno al delito de enriquecimiento ilícito, o al de receptación, donde no hay cuestionamientos constitucionales en juego en la medida que se respeten principios como el de ley previa, ley cierta y ley estricta. Los problemas con esta modificación han sido zanjados. Que haya ciertos niveles de nebulosidad interpretativa en la norma, no es indicio suficiente de su inconstitucionalidad.</p>
-----------------------------	---

Ambos especialistas concuerdan en la validez del supuesto en que se condene por el delito fuente sin que previamente se haya condenado por el delito fuente. No obstante, los entrevistados no coincidieron al manifestar en el caso de Cristóbal Rodríguez Huamaní que la reciente modificación al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 podría ser interpretado de manera inapropiada y contraria a los intereses de la constitución, la misma que es necesita un análisis exhaustivo al

respecto; por su parte para Andy Carrión Centeno la discusión generada a partir de la modificación de la referida modificatoria ya ha sido zanjada, y finaliza diciendo que la existencia de algún nivel de nebulosidad no amerita que se declare su inconstitucionalidad.

Nosotros coincidimos con la posición del maestro Cristóbal Rodríguez Huamaní, en el sentido de que la modificación del artículo 10° del Decreto Legislativo 1106 si necesita ser interpretada, puesto que como bien afirma el profesor Andy Carrión Centeno existe cierta nebulosidad, así las cosas, en aras de protección del principio de legalidad estamos convencidos de que una norma penal debe de ser clara y precisa en su contenido, sin existencia de nebulosidad.

¿Qué consecuencia jurídica traería que se condene por el delito de lavado de activos y que posteriormente se absuelva por el delito que supuestamente dio origen al patrimonio ilícito	
Cristóbal Rodríguez Huamaní	Los presupuestos de un proceso penal son: a) que exista un hecho con relevancia penal, b) que se individualice al sujeto activo, c) que existan pruebas de cargo suficientes para la condena. En este tercer presupuesto, sino existen pruebas del hecho imputado o de su autor,

	<p>debe absolverse, Pero que se absuelva por el delito fuente no significa que el (dinero o efectos) activo lavado sea lícito, si no se absuelve porque el efecto del delito fuente se probó que es lícito. Si se absuelve porque el efecto del D.F. se probó que es lícito, toda condena por L.A. debería anularse; pues no se cometió en realizad delito alguno del cual provengan activos ilícitos.</p> <p>En cambio, si se absuelve porque está probado el hecho pero no se identifica al autor del delito fuente, y el efecto activo del L.A. no justifica los efectos, ello no invalida la sanción que se le imponga. Aquí aparecen con claridad las virtudes de la autonomía de ambos delitos y la relación por los activos.</p>
	<p>De acuerdo al principio de unicidad del derecho, ello podría conllevar a anular la sentencia. La misma estructura de razonamiento podría</p>

	<p>trasladarse al delito de receptación cuando se haya absuelto por el hurto o robo previo del bien. En todo caso, es un supuesto que hasta ahora no se ha desarrollado jurisprudencialmente, pero que traería problemas interpretativos a la hora de calificar como judicialmente inexistente el delito previo. Ello en la medida que el autor debe tener conocimiento de un delito o presumir el origen ilícito, derivándose un problema de error de tipo al revés, con lo cual podría absolverse a quien esté siendo juzgado por lavado de activos en atención a la inexistencia del conocimiento, es decir, del dolo.</p>
--	---

El doctor Cristóbal Rodríguez Huamaní da una interesante respuesta a la interrogante planteada, pues indica que la consecuencia sobre una condena por el delito de lavado de activos en una circunstancia de absolución del delito fuente dependerá del motivo de este, siendo el caso que si se absuelve por falta de elementos de convicción que conlleven a determinar la responsabilidad penal del investigado por el delito fuente, conllevaría a que la condena por el delito de lavado de activos se declare

nula, lo que no ocurriría en caso se tengan suficientes elementos de convicción que demuestren la comisión del delito fuente, mas no se haya identificado al autor, lo que en suma no afectaría la condena por el delito de lavado de activos.

Por su parte, el doctor Andy Carrión Centeno es contundente al precisar que la circunstancia materia de interrogante devendría que la condena por lavado de activos se declare nula.

Qué consecuencia jurídica traería la afectación del Derecho Constitucional a la presunción de inocencia respecto al recientemente modificado artículo 10° del Decreto legislativo N° 1106?	
Cristóbal Rodríguez Huamaní	<p>En general cualquier sea la circunstancia que conlleve la afectación del derecho a la presunción de inocencia la sentencia que es la razón de esa afectación no es válida; en cuanto vulnera un derecho constitucional. Por ello, lo mismo puede decirse de un proceso que conlleve a la aplicación del artículo 10 del D. 106.</p> <p>Pero debo aclarar que la presunción de inocencia, tiene relación con el</p>

	desarrollo a no de la suficiente actividad probatoria de cargo y no conlleve y no con el carácter inconstitucionales perse del artículo 10° del D. Leg 1106 modificado.
Andy Carrión Centeno	La presunción de inocencia no va referido a un determinado tipo penal, salvo este se enmarque dentro de un delito de sospecha. En el presente caso, el derecho de presunción de inocencia se ve resguardado en tanto se requiera para la configuración del delito el conocimiento o presunción de la existencia del delito previo. Sin dolo no hay tipo subjetivo.

Para el doctor Cristóbal Rodríguez Huamaní, cualquier sea la circunstancia (incluyendo un proceso en el que se aplique al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106) que contravengan al principio de presunción de inocencia conllevaría a una nulidad de sentencia, no obstante, agrega que este principio solo está ligado a la actividad probatoria, más no podría determinar la constitucionalidad o no del referido dispositivo legal. Respecto a lo último debemos señalar que es una posición que no compartimos, pues consideramos que la calidad de principio y derecho fundamental que tiene la presunción de inocencia no

solo sirve para efectos de la calidad probatoria, pues claramente si una norma contraviene a un derecho fundamental, bajo la estructura normativa (constitucional) debería de salir del sistema legal.

Por su parte el especialista Andy Carrión Centeno indica que la presunción de inocencia enmarcada dentro del vigente artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 se ve salvaguardada en cuanto para la configuración del delito de lavado de activos se necesita del conocimiento (dolo).

4.3. Interpretación.-

El 25 de octubre de 2017 se ha publicado la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, emitida por las salas penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República, con esta Sentencia Plenaria Casatoria se ha dejado sin efecto la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa del 08 de agosto de 2017. El plenario en cuestión fue emitido durante la realización del presente trabajo de investigación y por la importancia de su contenido se convierte en un material de análisis que merece especial atención, pues precisamente interpreta el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 y su reciente modificatoria con el Decreto Legislativo N° 1249.

Conforme se puede advertir de los antecedentes que se muestran en el documento, consideramos oportuno resaltar el hecho de que el plenario materia de análisis se realizó debido al requerimiento que hizo el Fiscal

de Nación mediante el Oficio N° 287-2017-MP-FN como una muestra de protesta a la Sentencia Casatoria N° 92-2017/Arequipa del 08 de agosto de 2017, y que canalizó el levantamiento de voz de parte del fiscal superior y maestro de nuestra escuela de post grado Frank Almanza Altamirano, el fiscal supremo Tomas Gálvez Villegas, entre otros.

Con mucha atención, en un curso respecto al delito de lavado de lavado de activos, organizado por el Colegio de Abogados de Lima y la revista digital LEGIS, un par de semanas antes del 25 de octubre de 2017, tuvimos la oportunidad de escuchar a los magistrados recientemente descritos, los mismos que participaron como amicus curiae en las ponencias preliminares. La exposición brindada por el profesor Gálvez Villegas, en gran medida constituyó la postura asumida por los jueces supremos en el pleno en cuestión (salvo una observación que expandiremos más adelante) significó en cierta forma un triunfo para el Ministerio Público, o eso pretende que se crea al dejar sin efecto la Sentencia Casatoria número 92-2017/Arequipa. El maestro Gálvez en la ponencia, por ejemplo, precisó que la modificatoria que realiza el Decreto Legislativo N° 1249 significa una “ratificación” o una mera “aclaración” del contenido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, en relación al agregado de la palabra “sancionar” mediante el Decreto Legislativo N° 1249, pues para el profesor esta ya se encontraba primigeniamente (antes de ser modificada) con la palabra “procesar”, entendiendo que el proceso termina con la ejecución de la sentencia, con esto según sus propias palabras desvirtuó la postura del profesor

Pariona Pastrana, quien conforme lo ya expuesto en el marco teórico defiende la postura en contra, evidentemente desde una visión litigante.

Ahora bien, a continuación describiremos los lineamientos dogmáticos que nos dejó el Pleno Casatorio que estamos analizando, además de nuestra opinión personal respecto a los alcances de la misma.

En el extremo referente al extremo de la parte decisoria (29° de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433) se fijaron los siguientes fundamentos jurídicos:

N°	Lineamiento	Apreciación Personal
01	“El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para efectos de su persecución procesal”.	El fundamento 12 de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 es claro al indicar que el delito de lavados de activos es autónomo, y que en palabras del profesor Hurtado Pozo no concebible realizar una interpretación que impida evitar que se investigue, juzgue y sancione a un imputado, pues lo contrario significaría dejar sin efecto alguno a lo estipulado en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106. Lo resaltante es que el pretexto que se usa para validar tal afirmación es el contexto de “preocupación

		<p>social”, y el “rebrote generalizado de corrupción”, y la impunidad que representaría una interpretación contraria a los jueces supremos.</p> <p>Bajo la premisa antes expuesta, consideramos que esta si bien se trate de forzar la idea de que el delito de lavado de activos no está vinculada con el delito fuente es una fantasía, o ilusión como bien lo señaló el profesor Pariona Aliaga, pues la misma composición normativa del delito de lavado de activos es claro al precisar que las diferentes conductas constitutivas de delito deben de recaer sobre bienes que no sólo deben de ser ilícitos, sino que además criminales.</p> <p>Si bien somos conscientes de la necesidad social de implementar políticas criminales eficientes para combatir el delito de lavado de activos, también somos conscientes que bajo los cimientos de un Estado Constitucional de Derecho no es plausible que se violen derechos fundamentales. Más aún cuando existen otras alternativas con mayor alcance de eficiencia</p>
--	--	--

		<p>que la vía propia vía penal, como bien lo expuso Gálvez Villegas en la ponencia a la cual hicimos alusión con anterioridad, y es que lo que se pretende es desincentivar la comisión de delitos que tengas ánimo de lucro, lo cual se puede lograr con la sustracción del producto de manos del delincuente o tercero.</p>
02	<p>“El artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento. No es un tipo penal o un tipo complementario.</p>	<p>La conclusión en cuestión se desarrolló de manera resumida en el considerando N° 11, en esta se aclara que la modificatoria que se materializó con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 1249, respecto al artículo 10 del Decreto Legislativo N° 1106, en relación al agregado de la palabra “sancionar”, tiene como finalidad ratificar la postura inicial del legislador al pretender contener a la sanción como parte del proceso. Para cuyo efecto se ha citado de manera literal a la Exposición de Motivos del Decreto Legislativo N° 1249.</p> <p>En efecto, y tal como señalamos en la parte introductoria de este apartado, esta aclaración que se hace en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 fue quizás la más celebrada</p>

		por los juristas que pertenecen al Ministerio Público.
03	<p>“El origen delictivo” mencionado en el artículo 10 es un componente normativo. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. La ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente, no aptó por el enfoque del “umbral”.</p>	<p>Esta conclusión es importante en el sentido de que reconoce la importancia natural que tiene el “delito previo” para que se pueda procesar por la comisión del delito de lavado de activos, considerar que el origen delictivo constituye un “elemento normativo”, y no un mero elemento descriptivo o material relativa como defendió el profesor Gálvez Villegas en su ponencia, en el cual de manera literal precisó: “si consideramos que el delito previo es un elemento normativo del delito de lavado de activos tenemos que acreditar todos los elementos para considerarlo acreditado, para decir que un delito se probó debemos acreditar todos sus elementos, si solamente uno de sus elementos quedara a nivel de duda no se acreditó el delito (...) si no acreditamos el delito previo más allá de la duda razonable no estamos ante el delito”.</p> <p>Luego, además se aclaró que en relación a los delitos fuentes en el delito de lavado de activos, se tiene que podrán considerarse delitos</p>

		<p>previos a todos aquellos que tengan capacidad de generar activos, sin importar la gravedad lesiva que contengan estos.</p>
04	<p>La noción de “actividades criminales” no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronológica, intervención o roles de los agentes delictivos individualizados y objeto. Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.</p>	<p>Esta conclusión, para nuestro trabajo, se constituye como una de la más importante pues tiene una relación directa con el tema en concreto, y que evidentemente es contradictoria con nuestra hipótesis. La explicación para que los integrantes del pleno tomen dicha postura es clara, y a nuestro entender cuestionable, puesto que han desarrollado dicha conclusión teniendo en consideración premisas meramente legales, restando importancia a derechos fundamentales, como la presunción de inocencia.</p> <p>Además de contravenir nuestra posición inicial, también contradice con la conclusión descrita con reciente anterioridad (emitida por los mismos integrantes del pleno), pues inicialmente indica que “el origen delictivo” forma parte de la estructura normativa del tipo de lavado de activos y en seguida le resta importancia indicando que solo es necesaria la</p>

		acreditación de la actividad criminal de modo genérico.
05	El estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal: la ley fija esos niveles de conocimiento. Varía, progresivamente, en intensidad.	Esta conclusión no hace más que ratificar que la actividad probatoria en el Código Procesal Penal es escalonada, así pues, encontramos que para apertura diligencias preliminares basta con que el fiscal advierta una duda o posibilidad respecto a la comisión de un hecho punitivo (artículo 329° del Código Procesal Penal), luego para que el representante del Ministerio Público formalice y continúe con la investigación preparatoria se necesitan de indicios reveladores (artículo 336° del Código Procesal Penal), formando las antes mencionadas la etapa de recolección en cuando a actividad probatoria se refiere. Ahora bien en la etapa de ofrecimiento o admisión (etapa intermedia) se requieren de elementos de convicción suficientes (artículo 334° del Código Procesal Penal), para finalmente llegar a la etapa probatoria de certeza o seguridad (en la etapa de juzgamiento) con la valoración que realiza el juez del medio de prueba que se le

		presenta (artículo 398° del Código Procesal Penal).
06	Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una sospecha inicial simple, para formalizar la investigación preparatoria se necesita sospecha reveladora, para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa sospecha suficiente, y para proferir auto de prisión preventiva se demanda sospecha grave – la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia. La sentencia de condenatoria requiere elementos de prueba más	<p>Existen diferencias resaltantes en la actividad probatoria exigible en los procesos que se siguen por la comisión de delitos comunes en comparación con el delito de lavado de activos.</p> <p>Haciendo una comparación con la reciente descripción de la actividad probatoria a lo largo del proceso penal, tenemos lo siguiente:</p> <p>1. Etapa de recolección.-</p> <p>1.1. Apertura de diligencias preliminares.-</p> <p>a) En delitos comunes: Existencia de duda o posibilidad.</p> <p>b) En lavado de activos: Sospecha inicial simple.</p> <p>1.2. Formalización de la investigación preparatoria.-</p> <p>a) En delitos comunes: Indicios reveladores.</p>

	allá de toda duda razonable.	<p>b) En lavado de activos: Sospecha reveladora.</p> <p>2. Etapa de ofrecimiento.-</p> <p>a) En delitos comunes: Elementos de convicción suficientes.</p> <p>b) En lavado de activos: Sospecha suficiente.</p> <p>3. Etapa probatoria de certeza o seguridad.-</p> <p>a) En delitos comunes: Elementos de prueba.</p> <p>b) En lavado de activos: Elementos de prueba más allá de toda duda razonable.</p>
--	------------------------------	--

Habiendo realizado una pequeña descripción con matices personales del contenido de las conclusiones llegadas en la Plenaria materia de análisis, y considerando que en el presente trabajo de investigación se tiene como herramienta a la interpretación de la norma, a continuación, a partir de la interpretación que realiza el Poder Judicial al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 es compatible con el test de ponderación planteado por Rober Alexy y aceptado por nuestro Tribunal Constitucional. Es decir que evaluaremos si lo resuelto en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 supera el análisis de idoneidad, necesidad y ponderación.

Ahora bien, para poder determinar si el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 bajo la interpretación establecida en el la Sentencia Plenaria Casatoria materia de análisis nos haremos las siguientes preguntas:

- 1) Sobre la idoneidad ¿la norma persigue una finalidad constitucionalmente válida?.
- 2) Sobre necesidad ¿la medida es adecuada y benigna al derecho afectado, es decir existe una correspondencia racional entre medio y fin?.
- 3) Sobre la ponderación, ¿la intervención al derecho fundamental es por lo menos equivalente o proporcional al derecho fundamental que se pretende tutelar?

Para P1

P1 = Peso en Concreto x Peso en Abstracto x Seguridad de la
Premisas Empíricas

P2= Peso en Concreto x Peso en abstracto x Seguridad de la
Premisas Empíricas

Para P2

P2= Peso en Concreto x Peso en abstracto x Seguridad de la Premisas
Empíricas

P1 = Peso en Concreto x Peso en abstracto x Seguridad de la
Premisas Empíricas

PC: 4= Intenso, 2= medio y 1= leve.

PA: 4= Intenso, 2= medio y 1= leve.

SPE: 1= seguro, ½= posible y ½= Imposible.

Habiendo establecido los parámetros técnicos para realizar el test de proporcionalidad, ahora corresponde aplicarlo a nuestro caso en concreto.

Como bien se ha expuesto en el esquema recientemente descrito la Sentencia Plenaria Casatoria que es objeto de estudio ha establecido una serie de criterios como doctrina legal, siendo importante para el presente trabajo los siguientes lineamientos jurídicos:

- a) Que el delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.
- b) El artículo 10 del Decreto Legislativo, modificado por el decreto legislativo N° 1249, no es un tipo penal complementario, sino uno de mero reconocimiento.
- c) Basta con la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.

Conforme se puede apreciar de estas tres líneas jurídicas establecidas en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, se tiene que la Corte Suprema de Justicia de la República, en esencia indica que es posible condenar a una persona por el delito de lavado de activos sin que previamente exista una condena por el delito fuente (actividad criminal que dio origen al patrimonio ilegal).

Habiendo determinado claramente la premisa a ser objeto de análisis bajo el test de ponderación procederemos a aplicar el referido método:

4.3.1. Idoneidad.- Para verificar si la premisa obtenida de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 es idónea, es decir busca un fin constitucional, será necesario remitirnos al propio contenido de la Sentencia Plenaria Casatoria, con la finalidad de identificar la razón que conllevó a la premisa que se evalúa.

Los jueces supremos para explicar la autonomía del delito de lavado de activos frente al hecho delictivo fuente o generador de activos, hacen mención a la exposición de motivos del Decreto Legislativo N° 1249 en relación a la modificación que se realiza al artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106, en la que se agregó la palabra sancionar –fundamento jurídico 11° de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433-, haciendo una crítica a la interpretación que sostiene una vinculación necesaria entre el delito fuente y delito de lavado de activos, explicando que de entenderse como cierta esta última conllevaría a que exista un vacío –entiéndase como ineficacia de la norma- en la utilidad dentro de los objetivos de política criminal que maneja el Estado, es decir que si se entiende que el delito de lavado de activos

se encuentra vinculado naturalmente al delito previo se debilitaría la función preventiva que tiene la norma sobre lavado de dinero en concreto, lo contrario, explican, sería incoherente e inoportuno si se consideran las circunstancias en que a nivel social existe una preocupación por los altos índices de corrupción en las que se investigan a personas que potencialmente no serán sancionados (impunidad).

Siendo esto así, entendemos que la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 si persigue o tiene un fin constitucional, y es que la tranquilidad o paz que se encuentra regulado en el numeral 22° del artículo 2° de la Constitución Política evidentemente corresponde a políticas criminales que el Estado utiliza para efectivamente lograr tranquilidad y paz social, conforme también se ha descrito en el marco teórico del presente trabajo.

4.3.2. Necesidad.- Ahora bien, habiendo determinado que lo resuelto por la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 que es materia de análisis, por lo menos en el extremo que nos compete, efectivamente persigue un objetivo constitucional, ahora corresponde verificar si esta medida (interpretación) es la más adecuada y benigna al

derecho afectado, es decir que determinaremos si (o no) existe una correspondencia racional entre el medio y el fin.

Como también se ha desarrollado en el presente trabajo, el Estado establece las medidas que son necesarias para garantizar que los niveles o estándares de crimen se encuentren lo más levemente posible, para cuyo efecto utiliza mecanismos o herramientas dependiendo el caso en concreto, es así que por ejemplo se pueden penalizar y sancionar ciertas conductas o simplemente se pueden sancionar administrativamente.

En el caso en concreto nos encontramos ante un supuesto, que dentro de nuestro sistema penal es en cierta forma *sui géneris*, pues además que el medio probatorio deja de tener cierto valor dejando el lugar al indicio, también cabe la posibilidad, bajo la interpretación que hacen los jueces supremos de condenar bajo estas circunstancias.

Volvemos entonces a la razón de ser del presente trabajo, que pretende responder la pregunta ¿qué sucede si se condena por el delito de lavado de activos, y posteriormente se absuelve por el delito que supuestamente dio origen al patrimonio ilícito que fue objeto de delito en el lavado del activo o activos?.

Bajo el contexto que se propone consideramos que conforme incluso lo ha señalado el profesor Gálvez Villegas, la medida no es proporcional al derecho fundamental que se afecta (presunción de inocencia), puesto que sin tener certeza de la ilicitud del supuesto objeto de delito se pretende imponer condenas so pretexto de hacer eficiente al Decreto Legislativo N° 1106, máxime si se considera que el extremo mínimo de la pena del delito de lavado de activos es de ocho años de pena privativa de la libertad, es decir que además se encuentra relacionado un derecho tan fundamental como es la libertad.

El profesor Gálvez Villegas conforme se ha expuesto líneas arriba ha señalado que lo que se pretende en realidad es hacer que el crimen no beneficie al que lo comete económicamente, y consideramos que la política criminal que establece el Estado podría ser más eficaz si se imponen medidas de coerción reales, las cuales se encuentran establecidas en nuestro Código Procesal Penal que se encuentran reguladas en los artículos artículo 302° (embargo), 310° (orden de inhibición) y 316° (incautación).

Siendo esto así, consideramos que lo resuelto por los jueces Supremos no supera el nivel de necesidad.

4.3.3. Ponderación.- Si bien se ha podido establecer que la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 en el extremo de la premisa que es materia de análisis no supera el nivel de necesidad, con fines didácticos proponemos realizar el ejercicio de ponderación. Siendo esto así, será necesario extraer y precisar los derechos constitucionalmente relevantes que colisionan entre sí bajo la fórmula que previamente se ha establecido.

En el presente caso encontramos que colisionan dos principios, la política criminal relacionada con la tranquilidad o paz social y en contraposición a esta el principio de presunción de inocencia vinculado con la dignidad humana, esto último recordemos lo ha señalado el Tribunal Constitucional conforme se detalló en el Marco Teórico del presente trabajo.

En consecuencia tenemos por un lado a la tranquilidad o paz social frente a la dignidad humana, siendo esto así ahora corresponde analizarla conforme el esquema establecido por el maestro Robert Alexy.

$$\text{Tranquilidad o paz social} = \text{PC (4)} \times \text{PA (4)} \times \text{SPE (1/2)} = 8$$

$$\text{Dignidad humana} = \text{PC (4)} \times \text{PA (4)} \times \text{SPE (1)} = 16$$

Valor de tranquilidad o paz social = 0.5.

Valor de dignidad humana= 2.

Habiendo realizado el test de proporcionalidad o ponderación hemos logrado determinar que la premisa propuesta por los jueces supremos afecta en demasía el principio constitucional de la dignidad humana entendida esta última como la presunción de inocencia, siendo además desproporcional la medida (política criminal) para cubrir el fin que para el caso es la seguridad ciudadana.

CAPITULO V

CONCLUSIONES

El presente trabajo de investigación se basa en la existencia del delito precedente dentro de la estructura normativa del delito de lavado de activos, motivo por el cual, luego de haber desarrollado en su conjunto una serie de conclusiones dogmáticas al respecto concluir en lo siguiente:

1.- En relación al delito fuente existe doctrina y jurisprudencia actual que contiene posturas muy marcadas y contradictorias entre sí en relación a la vinculación natural entre el delito fuente y el lavado de activos, la primera que describe al delito fuente como elemento objetivo del tipo, lo cual evidentemente implicaría que se encuentra sometida a probanza y la segunda postura que separa al delito fuente o previo del delito de lavado de activos, bajo el sustento de la autonomía, interpretación que conllevaría a la plena independencia del proceso penal por lavado de activos, sin necesidad de probar de manera suficiente la procedencia ilícita de los bienes materia de delito. Logrando identificar que los juristas que mantienen un vínculo con el Ministerio Público han tomado con mayor aceptación la última posición descrita, lo cual es contrario a los juristas que tienen mayor apego a la participación procesal como defensa que aseguran que

efectivamente existe una vinculación natural entre el delito de lavado de activos y el delito precedente.

2.- La colisión de posturas en relación al delito fuente y su vinculación (o no), ha merecido que el Poder Judicial, quien es el ente encargado de la administración de justicia, se pronuncie al respecto, lo cual se ha materializado en la emisión de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, en el cual precisamente se pretendió dejar por cerrada tal discusión, no obstante a la buenas intenciones del Poder Judicial, se ha logrado determinar que dicha Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 contiene fundamentos contradictorios que otorgan a las posturas en discusión la posibilidad de pre existir. Esto, debido a que en la parte resolutive de la Sentencia Plenaria Casatoria se establece como lineamientos jurídicos que el delito de lavado de activos es autónomo en su configuración material y procesal (lineamiento A) y después de manera contradictoria indican que el origen delictivo contenido en el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 y su modificación por el Decreto Legislativo N° 1249 es un componente normativo (lineamiento C), es decir que inicialmente indican que no es necesario probar el delito fuente para procesar (y sancionar) por la comisión del delito de lavado de activos, y dos lineamientos después, reconocen al delito fuente como elemento normativo lo cual implica que se pruebe que los activos provienen de una actividad criminal.

3.- Teniendo en consideración la ambigüedad de posturas existentes en relación al delito de lavado de activos y el denominado delito precedente, en el presente trabajo se ha hecho un estudio de casos a partir de la labor que viene realizando el Ministerio Público (Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo- la misma que es competente para ejercer la acción penal en las investigaciones de lavado de activos en el Distrito Fiscal de Junín). Así pues, se analizó el total de Carpetas Fiscales en materia de lavado de activos que se encuentran en trámite y se concluyó que en un 81.82% los fiscales consideran como *ratio decidendi* la vinculación existente entre el delito precedente y el lavado de activos. Siendo esto así, se ha logrado determinar que en la práctica aquellos actores jurídicos que en teoría deberían de acogerse más a la postura radical que niega la existencia del delito fuente dentro de la estructura normativa del tipo penal de lavado de activos, en realidad hacen lo contrario, reconocimiento la validez de la postura que acoge la vinculación natural que existe entre el delito fuente y el lavado de activos.

Además, hemos podido advertir que los Fiscales en la práctica ejerciendo su deber de objetividad han desestimado continuar investigando casos en los que no se tenía certeza de la real procedencia ilícita (criminal) del objeto de delito en el lavado de activos.

Haber logrado determinar que efectivamente existe una vinculación natural por la propia estructura normativa del tipo penal de lavado de activos nos sirve para llegar a las conclusiones que a continuación expondremos.

4.- Mediante las entrevistas y doctrina desarrollada, se ha determinado que la Constitución Política como norma suprema nacional, sirve de cimiento para la construcción del sistema jurídico en su conjunto, en consecuencia de ella emanan los principios generales del derecho, circunstancia que sin lugar a dudas involucra al derecho penal, en tal sentido para que el sistema penal cumpla con su función social no debe de apartarse de los parámetros exigidos por la Constitución Política (lo contrario implicaría un conflicto de normas y principios que terminaría en la derogatoria de la norma). Siendo que para el caso particular, el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 debe estar en armonía con la Constitución Política (en cuanto a su interpretación), caso contrario no podría aplicarse en un sistema constitucional de derecho como el peruano. Ahora bien, en relación al principio constitucional de presunción de inocencia, para lograr determinar si es, o no, inconstitucional una condena por el delito de lavado de activos sin que previamente exista una sanción penal por el delito fuente, hemos concluido que efectivamente se afecta el principio de presunción de inocencia

en términos generales, si se interpreta el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 de modo literal, puesto que el objeto jurídico del delito de lavado de activos exige la existencia de activos ilícitos, cuya procedencia debe estar mínimamente determinada.

5.- En relación a la afectación del principio de presunción de inocencia a la cual se hace referencia en la anterior conclusión, existe un supuesto en el cual nuestra teoría no es válida, pues dentro del desarrollo de uno de los instrumentos (entrevista al Dr. Cristóbal Rodríguez Huamaní), se ha logrado identificar tres supuestos de hecho en los que se absuelve o archiva el proceso por la comisión del delito fuente, en los que se desenvuelve el presente trabajo, y son los siguientes:

- a) Que el sujeto activo sea el mismo en el delito precedente y lavado de activos (auto-lavado). Y que no exista prueba suficiente.
- b) Que el sujeto activo sea distinto al de lavado de activos. Y que no exista prueba suficiente.
- c) Que el sujeto activo sea distinto al de lavado de activos. Y que no se haya logrado identificar plenamente al sujeto activo.

De estos tres supuestos, la excepción a nuestra teoría sería la tercera, puesto que se tiene plena certeza, a través de los medios de prueba, de que efectivamente el delito fuente se cometió, en consecuencia también se tiene certeza de que este delito originó

activos ilícitos. No siendo necesaria la existencia de una condena previa para que proceda una sentencia condenatoria por la comisión del delito de lavado de activos.

6.- Para que el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 1106 subsista dentro del sistema legal, y sea armonioso con los principios constitucionales, debe de ser interpretada de manera sistemática, es decir, debe de tomar en consideración los supuestos de hecho que se encuentran contenidos en los artículos 1°, 2° y 3° que hacen referencia a la procedencia ilícita, incluso con el artículo 7° el cual precisa como regla de investigación que el levantamiento del secreto bancario, comunicaciones, bursátil y tributario debe de ser utilizado con la investigación de los hechos que la motivaron, siendo esto así mínimamente se debe de determinar la procedencia ilícita del activo y que esta efectivamente corresponda a una actividad criminal. De esta única forma no se afectaría el principio de presunción de inocencia, la misma que conforme hemos determinado a través del test de proporcionalidad es superior (en cuanto a su peso constitucional) al de tranquilidad pública, por formar parte de la dignidad de la persona.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alexy, R. (2015), conferencia “Como proteger los derechos fundamentales”- Colombia, publicado el 02 de septiembre de 2015.

Arazamendi, L. (2010), La investigación jurídica- diseño del proyecto de investigación estructura y redacción de tesis, Lima: Grijley.

Blanco, C. (2012). *El delito de blanqueo de capitales*, 3° edición, Navarra: Aranzadi.

Callegari, A. (2012). El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Caro, D (2012). “Sobre el tipo básico del lavado de activos”. En: Anuario de Derecho Penal Económico y de la Empresa (ADPE) N° 02/2012.

Castillo, J (2009). La necesidad de determinación del delito previo en el delito de lavado de activos, Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal.

Clansin, H (2015). “Prueba indiciaria en la investigación preliminar y sus implicancias en el archivamiento de las denuncias penales, en: Revista de Investigaciones Altoandinas, vol. 17 n°. 1, Puno: 2015. Recuperado de <bit.ly/2hebxvV>.

Del Cid, J. (2007) *Blanqueo internacional de capitales*, Madrid: Deusto.

Eto, G (2011) El Tribunal Constitucional reescribe el Derecho- Estudios sobre la incidencia de la jurisprudencia constitucional en las diferentes especialidades del derecho. Lima: Gaceta Jurídica.

Gaceta Penal (2016), Tomo 80- Febrero, p.160. Lima: Gaceta Jurídica.

Gálvez, T (2009). El delito de lavado de activos- Criterios sustantivos y procesales-Análisis de la Ley N° 27765, p. 77 Lima: Jurista Editores.

Gálvez, T. (2014) El delito de lavado de activos- criterios sustantivos y procesales, Lima: Instituto Pacífico.

Gálvez, T (2014). Autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo. Comentario al R.N. N° 399-2014-Lima. En: Diálogo con la Jurisprudencia. Tomo 213, Lima: Gaceta Jurídica.

Gaspar, A., Martínez, R.E., Camarena, G., Zelada, E., Yshikawa, L., Torres, F.F.,..., Mellado, V. (2015) Estudios de Política Criminal y Derecho Penal actuales tendencias Tomo I, Lima: 2015.

García, P (2012), Derecho Penal Parte General, Lima: Jurista Editores.

García, P (2012), Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento. En: imputación y sistema penal. Coord: Abanto Vázquez, Caro John y Mayhua Quispe. Ara Editores, Lima, 2012,

p.27.

García, P (2014), Derecho Penal Económico, 3° edición, Lima: Jurista Editores.

Gimeno, V (1991), Derecho Procesal, 3° edición, Tomo III, Valencia: Tirant lo Blanch.

Gustavo, Á (2015). Derecho Penal Elemental: Parte General. Lima: Instituto Pacífico.

Guzmán, C. (2015). *La Constitución Política: un análisis funcional*. Lima: Gaceta Jurídica.

Gómes, J. (2005). Tratado de Derecho Penal. Parte General Tomo I, Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

González, D. (2013). "Presunción de inocencia, verdad y objetividad". En: La argumentación jurídica en el Estado Constitucional. Lima: Palestra Editores.

Huamán, D. (2016). El sistema jurídico penal. Fundamentos dogmáticos y criterios para una interpretación integrada del Derecho Penal y Procesal Penal, Lima: Fondo editorial de la PUCP.

Fernández, C & Baptiasta, P(2014), Metodología de la investigación- 6° edición.

Fernandes, M. (2004) Presunción de inocencia y carga de la prueba en el proceso penal, tesis doctoral. Universidad de Alicante, Alicante.

México D.F.: Mc Graw Hil. P. 7.

Ministerio Público, Primera Fiscalía Suprema Nacional en lo Penal, Expediente N° 55-2008- Dictamen N° 508-2012-MP-FN-1°FSP.

Mendoza (2017). El delito de lavado de activos, aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Lima: Instituto Pacífico.

Rosas, J. (2015). *La prueba en el delito de lavado de activos*. Lima: Gaceta Jurídica.

Rosas, J (2015). El derecho constitucional y procesal constitucional en sus conceptos claves. Lima: Gaceta Jurídica.

Salas, C. (2013). “Juicio previo, oral y público y contradictorio- Principios fundamentales del nuevo proceso penal”, Lima: Gaceta Jurídica.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2005), Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0023-2005-PI/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00023-2005-AI.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0579-2008-PA/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00579-2008-AA.html>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2009) en la sentencia contenida en el Expediente N° 01768-2009-PA/TC. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01768-2009-AA.html>

Pariona, J (2017), El delito precedente en el delito de lavado de activos, Lima: Instituto Pacífico.

Pariona, R (2016, 04, 25). ¿Puede condenarse a una persona por lavado de activos sin que se pruebe el delito previo?. *La Ley*. Recuperado de <http://laley.pe/not/3249/-puede-condenarse-a-una-persona-por-lavado-de-activos-sin-que-se-pruebe-el-delito-previo-/>

Pariona, R (2016). La ilusión de la “autonomía” del delito de lavado de activos en: Gaceta Penal p. 11-17 Tomo 90 Lima: Gaceta Jurídica.

Páucar, M (2013) La investigación del delito de lavado de activos, Lima: Ara.

Plaza, L (2004). La ley de la extinción de dominio. 7° Edición, Bogotá: Carrera.

Prado, V (2007). Lavado de activos y financiación del terrorismo, Lima: Grijley.

Prado, V (2013). Criminalidad Organizada y Lavado de Activos, Lima: Grijley.

Quiroz, A (2005) Teoría de la Constitución, México: Porrúa.

Villegas, E (2016). La autonomía del delito de lavado de activos y la prueba del delito previo, Lima: Gaceta Penal & Procesal Penal Tomo 90.

Villegas, E. (2017). Cómo se aplica realmente la teoría del delito- un enfoque a partir del análisis de los casos jurisprudenciales, Lima: Gaceta Jurídica.

Zamora, P (2000), Marco Jurídico del lavado de dinero. México: Oxford University Press.

Villegas, E (2015), La presunción de inocencia en el proceso penal peruano. Lima: Gaceta Jurídica.

ANEXOS

- ✓ Instrumentos.
- ✓ Disposiciones Fiscales emitidas por la Sexta Fiscalía Provincial Penal Corporativa de Huancayo.
- ✓ Entrevistas.