

CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LA CIENCIA PENAL ANALIZADAS DESDE LA ÓPTICA DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO

**PROCURADURÍA
GENERAL DEL ESTADO**

CENTRO DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

**CUESTIONES PROBLEMÁTICAS
DE LA CIENCIA PENAL ANALIZADAS
DESDE LA ÓPTICA DE LA DEFENSA
JURÍDICA DEL ESTADO**

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

**CUESTIONES PROBLEMÁTICAS
DE LA CIENCIA PENAL ANALIZADAS
DESDE LA ÓPTICA DE LA DEFENSA
JURÍDICA DEL ESTADO**

CENTRO DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN



PERÚ

Ministerio
de Justicia
y Derechos Humanos



PGE

Procuraduría General
del Estado

**CUESTIONES PROBLEMÁTICAS DE LA CIENCIA PENAL
ANALIZADAS DESDE LA ÓPTICA DE LA DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO**

**© PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO
© CENTRO DE FORMACIÓN Y CAPACITACIÓN**

Coordinadores:

- © Rudy Santiago Guzmán Fiestas
- © Diego Antonio Tapia Zúñiga

Autores:

- © Miguel Ángel Sánchez Mercado
- © Héctor Aurelio Paz Solano
- © Luis Alberto Casaverde Reyna
- © Héctor A. Castillo Figueroa
- © Rudy Santiago Guzmán Fiestas
- © Diego Antonio Tapia Zúñiga
- © Rafael Eduardo Girao Berrocal
- © Robinson Alonso Jiménez Begazo
- © Gonzalo Lozano Arévalo
- © Diana Mercedes Caycho Ramos
- © Ángela Talía Avellana Díaz

Prólogo:

Laura Zúñiga Rodríguez
Universidad de Salamanca

**LIBRO EDITADO POR LA
PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO**

centrodecapacitacion@pge.gob.pe
<https://www.gob.pe/procuraduria>
Germán Schreiber Gulsmanco N° 205
San Isidro, Lima – Perú.

Diseño y diagramación:

Tarea Asociación Gráfica Educativa

Primera edición: Lima - diciembre 2022

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2022-13037
ISBN: 978-612-49160-0-7

Editor:

© Marco Mejía Acosta

Tiraje: 500 ejemplares

Se terminó de imprimir en diciembre de 2022 en
Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156-164
Breña, Lima – Perú.

PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO

DANIEL SORIA LUJÁN
Procurador General del Estado

LUIS MIGUEL IGLESIAS LEÓN
Miembro del Consejo Directivo

RAMÓN FERNANDO ALCALDE POMA
Miembro del Consejo Directivo

OSCAR MARIO DEL RÍO GONZALES
Gerente General

ARELÍ SERAYA VALENCIA VARGAS
Directora del Centro de Formación y Capacitación

ÍNDICE GENERAL

Presentación	15
Prólogo	
Laura Zúñiga Rodríguez	19
Catedrática de la Universidad de Salamanca	

DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

El problema de los juicios contra familiares dependientes y las conductas neutrales. Análisis crítico del recurso de nulidad N.º 33-2014-Lima	
Miguel Ángel Sánchez Mercado	25
Procurador Público de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos	
I. Los hechos del caso	25
II. Primera teoría	26
III. Segunda teoría	27
IV. Conclusiones	32
V. Anexos	33
Referencias	41

La no exigencia del nombre de la actividad criminal previa para sancionar por el tipo base del delito de lavado de activos

Rudy Santiago Guzmán Fiestas

43

Abogado sénior de la Procuraduría Pública

Especializada en Delitos de Lavado de Activos

I. El problema	43
II. El estado actual de la problemática en el Perú	44
III. Toma de posición	51
IV. Conclusiones	58
Referencias	59

Carácter trascendental, decisivo y neurálgico de determinar el “saldo inicial” de la pericia contable en el delito de lavado de activos

Robinson Alonso Jiménez Begazo

61

Coordinador del área pericial – Procuraduría Pública

Especializada en Delito de Lavado de Activos

I. Problemática actual	61
II. El saldo inicial	62
III. El bloque de principios y normas técnicas que regulan al saldo inicial	63
IV. Ubicación normativa del efectivo o equivalente de efectivo	74
V. La necesidad de consistir la determinación y fiabilidad técnica del “saldo inicial” de la pericia contable en el proceso penal	75
VI. Propuesta técnica de determinación del saldo inicial, enfoque pericial contable y “cooperación” procesal penal (artículo 177, numeral 2, CPP)	88
VII. Conclusiones	91
Referencias	96

La medida real de incautación en la investigación preliminar por lavado de activos: análisis de sus aspectos sustantivos y procesales, así como de su eficacia en la recuperación del patrimonio ilícito

Gonzalo Lozano Arévalo

99

Abogado sénior de la Procuraduría Pública

Especializada en Delitos de Lavado de Activos

I. Introducción	100
II. Cuestiones preliminares: el lavado de activos en el contexto actual	101
III. La investigación en el delito de lavado de activos	104
IV. Medida cautelar de naturaleza real: cuestiones preliminares	107
V. La medida cautelar real de incautación como mecanismo procesal para neutralizar el patrimonio criminal	109
VI. La incautación real durante la investigación preliminar es la medida más idónea para la recuperación de los activos ilícitos	119
VII. Conclusiones	123
Referencias	124

CRIMINALIDAD ORGANIZADA

La importancia de una adecuada aplicación del delito de organización criminal en la lucha contra la trata de personas

Luis Alberto Casaverde Reyna

129

Procurador Público Adjunto de la Procuraduría Pública

Especializada en Delitos contra el Orden Público

I. Introducción	129
II. El delito de trata de personas	131
III. Principales dificultades en la lucha contra la trata de personas	140
IV. Trata de personas y criminalidad organizada	143
V. Legislación comparada	147
VI. Propuestas	149
VII. Conclusiones	149
Referencias	153

La cuantificación de daños extrapatrimoniales en el delito de organización criminal (Análisis de los criterios de determinación del quantum indemnizatorio y la alternativa del uso de baremos)
Diego Antonio Tapia Zuñiga **157**

Abogado sénior de la Procuraduría Pública
Especializada en Delitos contra el Orden Público

I. Descripción general del escenario problemático	157
II. Generalidades sobre la responsabilidad civil y los daños extrapatrimoniales	160
III. Criterios de determinación del quantum indemnizatorio	163
IV. La pluriofensividad del delito organización criminal	165
V. La reparación civil en el delito de organización criminal	167
VI. La utilización de baremos en la determinación del quantum indemnizatorio	171
VII. Conclusiones	177
Referencias	179

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

Incrementos remunerativos aislados a una adecuada gestión fiscal de los recursos humanos: ¿delito de peculado, exacción ilegal o infracción administrativa?
Diana Mercedes Caycho Ramos **183**

Especialista Penal y Procesal Penal en la Procuraduría Pública
Especializada en Materia Hacendaria

I. La gestión fiscal de los recursos humanos	183
II. El delito de peculado	187
III. El delito de exacción ilegal	193
IV. Infracción administrativa	195
V. Toma de postura respecto de los incrementos remunerativos aislados a una adecuada gestión fiscal de los recursos humanos, ¿configuran delito de peculado, exacción ilegal o infracción administrativa?	197
Referencias	201

DELITOS ADUANEROS Y TRIBUTARIOS

Reflexiones sobre el delito aduanero

Héctor A. Castillo Figueroa

205

Procurador Público Adjunto de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

I. Introducción	205
II. La relación jurídica aduanera	206
III. Los ilícitos aduaneros	215
Referencias	236

El delito de defraudación de rentas de aduana: análisis de su tipo base como mecanismo de protección de los intereses del Estado en el ámbito aduanero

Rafael Eduardo Girao Berrocal

237

Abogado de la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

I. Concepto de aduana	237
II. Consideraciones previas	240
III. Tipicidad objetiva	241
IV. Tipicidad subjetiva	254
V. Consumación y tentativa	255
VI. Autoría y participación	256
VII. Pena	256
VIII. Concurso con otros delitos	257
Referencias	258

El delito fiscal: análisis de la participación del proveedor de facturas en los delitos tributarios a partir de la incorporación del artículo 5C de la Ley Penal Tributaria

Ángela Talía Avellaneda Díaz

261

Abogada de la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT

- I. El delito de defraudación tributaria o delito fiscal 261
- II. El Decreto Legislativo N.º 813, Ley Penal Tributaria peruana 264
- III. La participación del proveedor de facturas en el delito de confección, obtención, venta o facilitación de facturas 266
- IV. La participación del proveedor de facturas en el delito de obtención del crédito fiscal, saldo a favor, compensaciones y otros incentivos tributarios previstos por el inciso 'a' del artículo 4 de la Ley Penal Tributaria 272
- V. La aplicación del principio de concusión en los casos en los que el proveedor de facturas no se limite a la facilitación, sino realice también actos ejecutivos 273
- VI. Conclusiones 277
- Referencias 278

DERECHO PROCESAL PENAL

Análisis crítico a la viabilidad del Proyecto de Ley N.º 6623-2020. ¿Mecanismo de solución a las falencias de la regulación del proceso especial de colaboración eficaz?

Héctor Aurelio Paz Solano

281

Procurador Público Adjunto de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos

- I. Introducción 281
- II. El proceso de colaboración eficaz en el ordenamiento jurídico peruano 283
- III. Proyecto de Ley N.º 6623-2020, que pretende modificar el proceso de colaboración eficaz 286
- IV. Conclusión 293
- Referencias 295

Los autores

297

PRESENTACIÓN

Este libro se denomina *Cuestiones problemáticas de la ciencia penal analizadas desde la óptica de la defensa jurídica del Estado*, y tiene por objetivo abordar discusiones de la práctica jurídica cuyas soluciones brindan propuestas con el fin de defender los intereses legítimos del Estado como parte perjudicada de delitos cometidos en su agravio.

Se abordan los siguientes temas: delito de lavado de activos, criminalidad organizada, corrupción de funcionarios, delitos aduaneros y tributarios, y derecho procesal penal.

Respecto del delito de lavado de activos, el doctor Miguel Ángel Sánchez Mercado, Procurador Público Especializado en Delitos de Lavado de Activos, desarrolla “El problema de los juicios contra familiares dependientes y las conductas neutrales, analizando críticamente el Recurso de Nulidad N.º 33-2014-Lima”; Rudy Santiago Guzmán Fiestas, abogado sénior en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos, identifica y explica “La no exigencia del nombre de la actividad criminal previa para sancionar por el tipo base del delito de lavado de activos”; Robinson Alonso Jiménez Begazo, Perito contable de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos, analiza “El carácter trascendental, decisivo y neurálgico de determinar el ‘saldo inicial’ de la pericia contable en el delito de lavado de activos”; y Gonzalo Lozano Arévalo, abogado sénior de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos, aborda “La incautación de bienes en la investigación preliminar por lavado de activos”.

Un tema importante que se presenta en el libro es la criminalidad organizada. Luis Alberto Casaverde Reyna, Procurador Público Adjunto de la Procuraduría

Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público, desarrolla “La importancia de una adecuada aplicación del delito de organización criminal en la lucha contra la trata de personas”; y Diego Antonio Tapia Zúñiga, abogado sénior en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público, explora el escenario problemático de la responsabilidad civil respecto de “La cuantificación de daños extrapatrimoniales en el delito de organización criminal”.

Así también, en el apartado de corrupción de funcionarios, Diana Mercedes Caycho Ramos, Especialista Penal y Procesal Penal en la Procuraduría Pública Especializada en Materia Hacendaria, analiza los “Incrementos remunerativos aislados a una adecuada gestión fiscal de los recursos humanos: ¿delito de peculado, extracción ilegal o infracción administrativa?”, determinando si, en el fuero penal, ello corresponde con ser subsumido en el tipo penal de peculado o exacción ilegal, y, en el ámbito administrativo, si corresponde calificarlo como una infracción.

Por otro lado, en la sección de delitos aduaneros y tributarios, se cuenta con la participación de Héctor A. Castillo Figueroa, Procurador Público Adjunto de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), quien nos presenta “Reflexiones sobre el delito aduanero”; Rafael Eduardo Girao Berrocal, abogado de la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), que desarrolla la estructura del tipo penal de “El delito de defraudación de rentas de aduana: análisis de su tipo base como mecanismo de protección de los intereses del Estado en el ámbito aduanero”; y Ángela Talía Avellaneda Díaz, abogada de la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT), examina “El delito fiscal: análisis de la participación del proveedor de facturas en los delitos tributarios a partir de la incorporación del artículo 5C de la Ley Penal Tributaria”.

Finalmente, respecto del estudio de temas de derecho procesal penal, Héctor Aurelio Paz Solano, Procurador Público Adjunto de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos, estudia la “Viabilidad del Proyecto de Ley N.º 6623-202: ¿mecanismo de solución a las falencias de la regulación del proceso especial de colaboración eficaz?”.

Esta publicación espera estimular, en el ámbito de la ciencia penal, nuevas investigaciones para la defensa jurídica del Estado. La calidad de las contribuciones

está garantizada por el perfil académico de los autores, las labores que desarrollan y sus años de experiencia en procuradurías públicas.

Se agradece a los autores, por el carácter científico de sus aportes; a los abogados Rudy Santiago Guzmán Fiestas y Diego Antonio Tapia Zúñiga, por su iniciativa y coordinación de la presente obra, promoviendo la edición de publicaciones con integrantes del Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado (SADJE).

PRÓLOGO

Tengo el enorme placer de escribir unas palabras introductorias a la obra del Centro de Formación y Capacitación de la Procuraduría General del Estado sobre *Cuestiones problemáticas de la ciencia penal analizadas desde la óptica de la defensa jurídica del Estado*.

La defensa jurídica de los intereses del Estado se articula para salvaguardar el ejercicio de las funciones públicas y que estas se desarrollen de acuerdo con los principios constitucionales de respeto a la dignidad de la persona humana (artículo 1, Constitución). Es decir, el fin supremo del ejercicio de las funciones públicas consiste en propiciar el desarrollo de la persona humana como ciudadano con derechos personales (a la vida, la salud, la integridad, etcétera), pero también sociales (a la salud, la vivienda, la educación, etcétera). Pero esta finalidad el Estado no la puede desarrollar si hay personas que, desde los propios funcionarios públicos (corrupción pública) o desde los particulares (corrupción privada), tuercen la función pública en favor de sus propios intereses.

Sin duda, la corrupción socava los cimientos del Estado democrático, merma el erario público para hacer frente a las políticas sociales necesarias para el bienestar de los ciudadanos, altera la libre competencia entre los actores económicos, afecta la confianza hacia las instituciones; en suma, produce una dañosidad social tremenda que requiere de aparatos del Estado especializados para hacer frente a tamaño desafío. De ahí que se deba saludar la iniciativa del Centro de Formación y Capacitación de fomentar la investigación del personal de la Procuraduría, con el fin de dotarles de herramientas jurídicas idóneas para la defensa de los intereses del Estado.

Porque los delitos de los que se trata son de importante complejidad. En su mayoría consisten en sujetos colectivos, esto es, tramas organizadas donde confluyen organizaciones criminales y empresas lícitas; las víctimas suelen ser difusas al tratarse de bienes jurídicos colectivos; se suceden a lo largo del tiempo, por lo que la determinación de los agentes causantes y el daño perpetrado son difíciles de esclarecer. Los procesos que desencadenan su juzgamiento suelen ser macrocausas, con plazos interminables, juicios engorrosos que se ven trastocados por los medios de comunicación, donde la imparcialidad y la equidad dejan mucho que desear.

Nos encontramos, pues, ante todas las dificultades del denominado derecho penal económico que, por sus propias características, no puede responder al modelo ideado desde paradigmas diseñados desde un delito en que A mata a B, o, como diría un Fiscal General en España, un “roba-gallinas” y se trata de bienes jurídicos individuales, cuya lesión es observable por los sentidos. En cambio, en los delitos socioeconómicos la complejidad de las figuras, propias de una tutela de represión y prevención en una sociedad de riesgos, dibujan una tipología distinta: dependencia de la normativa extrapenal (cuestiona el principio de legalidad); bienes jurídicos colectivos cuya lesión es más difícil de verificar porque no es observable por los sentidos (cuestiona el principio de lesividad); proliferación de tipos de omisión e imprudencia; requerimiento de la teoría de la imputación objetiva (no es posible verificar la causalidad naturalística), etcétera.

Incluso la discusión sobre la naturaleza jurídica de estos delitos parece vislumbrar una nueva teoría del delito, conforme lo plantean autores como Donini, en clara referencia a su célebre frase: “Hemos construido un Derecho Penal fuerte para los débiles, pero débil para los fuertes”. Aspectos de Parte General y de Parte Especial requieren de un análisis detenido desde la óptica de la defensa de los intereses del Estado.

De ahí que en el libro que presento a los lectores peruanos, profesionales de la propia Procuraduría que están cercanos a los casos de la realidad, impregnados por el desiderátum de la defensa de los intereses del Estado, desarrollen temas tan apropiados como el delito de lavado de activos, los delitos de funcionarios públicos y su relación con las infracciones administrativas, la criminalidad organizada, la reparación civil, las conductas neutrales, los delitos aduaneros y tributarios, el proceso de colaboración eficaz, entre otros.

Merece una especial atención la relación entre teoría y práctica. Continuamente se presentan como dos polos opuestos, pero lo cierto es que ambas son necesarias para el abordaje de propuestas razonadas pero atentas a sus consecuencias. Mientras la teoría es capaz de analizar la racionalidad de las ideas que se debaten, la práctica ayuda a que esas ideas sean realizables en la realidad y no queden en mera quimera. Una buena defensa de los intereses del Estado debe combinar teoría y práctica, como lo hacen los estudios que se relacionan en este libro, elaborados por profesionales de la propia institución. El tener a la mano los casos que han conocido en su ejercicio profesional, las necesidades jurídicas de resolver problemas, las deficiencias de las regulaciones son insumos clave para elaborar propuestas que no se quedan en el *pensamiento sistema* sino que aterrizan en el *pensamiento problema*.

Siguiendo los postulados de Ihering, para quien el jurista práctico es el que impulsa el Derecho, mientras que el teórico se debe limitar a clasificar los resultados del primero¹, es preciso valorar positivamente esta vinculación entre teoría y práctica. Este jurista del siglo XIX, en su Lección Inaugural de 1868 para acceder a la cátedra de la Universidad de Viena, ponía de relieve que el Derecho no puede quedar reducido a conceptos jurídicos, sino que tiene detrás intereses concretos. Conciliando la Historia, la Filosofía y el Derecho, considera que el jurista debe tener presente este “trío mágico”, es decir, desde una visión de la vida práctica (la historia), el científico del Derecho debe construir categorías bajo el ideal de Justicia (la filosofía).

Para finalizar estas palabras introductorias, invito a seguir investigando sobre estos temas de manera razonada en pleno diálogo entre teoría y práctica, para fortalecer los mecanismos de defensa de los intereses del Estado, tan necesarios con el fin prevenir y sancionar las diversas formas de esquilmar el patrimonio patrio.

En Salamanca, a 3 de noviembre de 2022.

Laura Zúñiga Rodríguez
Catedrática de Derecho Penal
Universidad de Salamanca

1 IHERING, Rudolf, *¿Es el Derecho una ciencia?*, Granada, Comares, 2002, p. 21.

DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

EL PROBLEMA DE LOS JUICIOS CONTRA FAMILIARES DEPENDIENTES Y LAS CONDUCTAS NEUTRALES. ANÁLISIS CRÍTICO DEL RECURSO DE NULIDAD N.º 33-2014-LIMA

Miguel Ángel Sánchez Mercado

25

Sumario

I. Los hechos del caso. II. Primera teoría. III. Segunda teoría. IV. Conclusiones. V. Anexos.

I. LOS HECHOS DEL CASO

El año 2015, la Corte Suprema (RN N.º 33-2014-Lima) analizó un caso en el que, tras denunciarse que una empleada del hogar sustrajo a un juez, en un año, entre USD50 000 y USD 80 000 del dinero que en efectivo guardaba en el clóset de su cuarto, se investigó al magistrado por enriquecimiento ilícito. Se determinó así que el juez presentaba un desbalance patrimonial, y dentro de las líneas de investigación se analizó la responsabilidad de los familiares dependientes (hijas), que recibían este dinero de su progenitor y lo depositaban en cuentas bancarias. Además, adquirieron con él varios autos, que vendieron. La defensa planteó aquí una defensa basada en la prohibición de regreso.

La Corte Suprema sostuvo básicamente estas posturas:

II. PRIMERA TEORÍA

Esta tesis afirma que ya el Acuerdo Plenario N.º 3-2010, del 16 de noviembre de 2010 (FJ 23 al 26), ordena considerar una conducta neutral la conducta de los familiares dependientes (cónyuge e hijos) que administran dinero sucio entregado por el progenitor criminal. Para ello, sostienen las siguientes razones:

1. Quien interviene en calidad de familiar dependiente, aunque contribuya causalmente a un acto de colocación, ensombrecimiento o reintegración de capitales, siempre deberá considerarse que realiza una conducta ajena a la del lavado de activos, porque estaría ausente y le faltaría el aspecto subjetivo, el ánimo que sí tiene un lavador de activos, esto es, legitimar el dinero sucio que le entrega su progenitor, es decir, poner a seguro la ganancia oscura de su padre o de esconderle ese dinero.

26

Sostienen que la conducta y la voluntad de ejercer su rol de familiar dependiente los diferencia de la voluntad que guía la conducta de un lavador, que busca asegurar una ganancia sucia o mejorar patrimonialmente a quien delinque, pretendiendo una consolidación aparente o fáctica del patrimonio oscuro. Y si un hijo tiene la mala suerte de tener un padre delincuente, y este maneja dinero sucio, el hijo o esposa siempre se mantiene dentro de su espacio neutral de familiar, y nunca actuará con esa finalidad, ni brindará servicios de consolidación lucrativa, por lo que el servicio que brinde al progenitor que lo mantiene carecería de tipicidad y no sería actos de colocación, transformación u ocultamiento.

2. Debe analizarse la conducta del familiar dependiente con el principio de prohibición de regreso y, con ella, su conducta no sería típica, sino una conducta neutral, al faltarle la función de un lavador, cual es consolidar el patrimonio del criminal previo, o brindar una mejora patrimonial a quien usa sus servicios de lavador.

3. Si un familiar dependiente, al igual que ocurre con una empleada doméstica, que ofrece su rol o servicios, y quien usa sus servicios, posee dinero sucio que les entrega para pedirle que compre víveres, pague los servicios básicos y, al final de mes, les paga con ese mismo dinero su sueldo, no realizan estas acciones

con la finalidad de lavar, ni de darle un servicio de consolidación lucrativa, por lo que carecería de tipicidad.

4. Que los actos de hijos o cónyuges queden impunes no afectaría la prevención general, ni requiere una prevención especial, aunque aquí hay que señalar que el propio Ramón Ragués I Vallés (2001) indica que sí hay necesidad de prevención general negativa, y se requiere sancionar al abogado para disuadir a otros abogados de lavar activos (prevención general negativa), si cualquier tercero imparcial puede decir que quien comete el delito precedente lo hace porque contaba con que ese abogado le daría sus servicios para lavar sus activos.

Es decir, señala que la imputación objetiva, o prohibición de regreso, en la categoría de conductas neutrales, se aplica *ex-ante* y no *ex-post* a la actividad de investigación, y aunque se demuestren irregularidades o anormalidades o se acredite una conducta dolosa, el hecho siempre debe quedar impune, por lo que se afilia a la postura radical de la imputación objetiva.

III. SEGUNDA TEORÍA

Esta postura sostiene que, como en todo delito, el dolo del delito de lavado tiene una parte cognitiva, que consiste en conocer los elementos normativos y descriptivos del tipo penal de lavado de activos. Un elemento del tipo es conocer o al menos deber presumir el origen en algún acto delictivo (elemento normativo) que no llega a exigirle que sepa el nombre de ese delito. A su vez, el tipo penal subjetivo exige la voluntad específica de evitar que las autoridades detecten el origen no legal del dinero de su padre, encubrirlo (disfrazarlo) u ocultarlo, y no le apliquen las consecuencias legales que corresponderían, es decir, su incautación con fines de decomiso. Quien cometa esa conducta o ayude a ella debe ser sancionado.

1. Por uso de las reglas de la experiencia. Es muy frecuente que se use como testafierros a los hijos o esposas dependientes (Recurso de Nulidad N° 3373-2009 Lima, del 25 de mayo de 2010; Recurso de Nulidad N°3309-2010 Lima, del 20 de mayo de 2011; Recurso de Nulidad N° 2780-2017 Lima, del 23 de mayo de 2018, y Recurso de Nulidad N° 997-2017-Ayacucho, del 24 de mayo de 2018) por el alto nivel de confianza que se tiene en ellos. Los indicios periféricos o el contexto que rodeó a los hechos son determinantes. Si el monto depositado

en soles era muy poco y se compra solo un auto, es distinto que si se deposita una suma muy elevada en dólares cuando su padre solo gana en soles y se compraron y vendieron varios autos, pues se determina la ausencia de una conducta neutral.

2. Por reglas de la lógica. Un razonamiento deductivo partiría de la premisa mayor: sabían que su padre solo trabaja como magistrado, y solo le pagan en soles; y una premisa menor: saben que no es normal que guarde altas sumas de dólares en su clóset y no en su cuenta bancaria. De ello se concluye que, cuanto menos, debieron formarse la hipótesis de que esos dólares no tenían un origen legal, sino algo ilícito; y pudiendo elegir no vincularse, optaron libremente por continuar con su conducta, aceptando el riesgo prohibido (dolo eventual), colocando ese dinero en el sistema financiero, al ingresarlo en cuentas bancarias, o adquirir y vender vehículos, para fingir lo obtuvieron que de esas ventas.

2.1. Por violar el principio de no contradicción. Una conducta no puede ser y no ser al mismo tiempo. Es decir, que no sea impune abrir, depositar dinero y transferir vehículos a sabiendas de su origen espurio si lo hace un familiar, pero que esa misma conducta sea sancionable si lo hace un no familiar.

2.2. Por configurar una falacia de generalización. Crear una regla que ordene de plano que siempre un familiar dependiente sea impune. Afirmar, *prima facie*, que el ejercicio de un rol no puede generar responsabilidad por ser una conducta neutral, es un argumento incompleto: le falta la otra mitad, que enseña que lo que parece conducta neutral, pero favorece un hecho previsto como delito, deja de serlo, debiendo considerarse para ello las variables (indicios) del contexto donde recayó la conducta.

No se debe abrir las puertas a la impunidad, al admitir que la sola acreditación de una dependencia familiar —ser hijos o cónyuge— automáticamente califique la conducta de neutral. Ninguna regla es absoluta —todas admiten excepciones—, y las conductas neutrales no son la excepción. El mismo Acuerdo Plenario N.º 3-2010 deja en claro que no son una patente de corso, y que no siempre se da una conducta neutral. Por ejemplo, señala que no se sanciona al abogado sino “solamente cuando se limite a la realización de actos propios y compatibles con una defensa penal técnica” (FJ 24), es decir, cualquier otra conducta es posible de ser considerada por lavado de activos.

3. Por la nulidad de los actos jurídicos contrarios al orden público. Como los lavadores siempre buscan disfrazar el origen ilícito detrás de conductas permitidas por la ley, el derecho penal lo ha previsto y usó para evitarlo la frase “con la finalidad de ocultar su origen o evitar su decomiso”.

Es frecuente postular que se da una conducta neutral cuando se imputa un hecho a un cónyuge (Código Civil, artículo 288: “Los cónyuges se deben recíprocamente fidelidad y asistencia”), o a un hijo (Código Civil, artículo 454: “Los hijos están obligados a obedecer, respetar y honrar a sus padres”), o por firmar un contrato (Constitución Política, artículo 62: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato”). Lo que en esos casos solicitan es que se aplique la teoría de los elementos negativos del tipo, para la cual, cuando recae una causa de justificación, se elimina la tipicidad. Esto es así porque el Código Penal, en su artículo 20, numeral 8, exonera de responsabilidad a: “El que obra por disposición de la ley, en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”; pero como el lavado de activos se camufla, entrelaza o se esconde bajo el cumplimiento de un deber civil de obediencia al padre o cónyuge, un oficio de abogado o contador, o comerciante, la propia norma imputa instrumentalizar ese deber, oficio, profesión o derecho para cometer lavado (“con la finalidad de”, la propia norma se ha puesto en el supuesto de aplicar el artículo V del Código Civil, que señala: “es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público”), es decir, a normas que no se pueden desobedecer y que son esenciales al sistema legal, por lo que no existirá causa de justificación cuando ese acto jurídico fuera contrario a una norma que interesa al orden público, esto es, a la norma penal de lavado de activos.

4. Por *actio liberae in causa dolosa*. Puede haber casos en los que se ha preplanificado, autoinstrumentalizado o autocolocado en el rol de familiar dependiente (cónyuge o hijo), abogado, contador, empleado, para cometer delitos de lavado de activos, y ser postulado por la defensa como disfraz o coartada, lo que se sanciona como un “*actio libera in causa dolosa*”.

5. Por las categorías del delito. Se debe ser consciente de que, en el pedido de calificar la conducta como neutral, se afirme superar la categoría de la tipicidad y se pase a descartar la categoría de la antijuridicidad. Y que, por la teoría de los elementos negativos del tipo, se diga que no existe tipicidad. Sin embargo, esto no es viable, porque de seguir investigando por el hecho a otros

procesados, si se acredita, por ejemplo, que el contrato fue preacordado para ocultar los activos maculados, decae la causa de justificación, y nos daremos con la ingrata sorpresa de que ya se le ha impedido al juez entrar a analizar la categoría de la culpabilidad de una conducta que es típica y antijurídica. Es un error muy frecuente que la defensa sostenga que lo imputado es atípico y neutral en los casos en que el fiscal imputa haber participado en un delito, pero le faltó precisar con más detalle y enumerar las irregularidades o anormalidades que forman la hipótesis de una sospecha inicial simple, de esa conducta que no era conforme a ley, hipótesis que se irá concretando progresivamente en lo que dure la investigación. Por lo demás, si se ha planteado una excepción de improcedencia de acción, o se la ha declarado fundada en primera instancia, bastará al fiscal con emitir una disposición de precisión de hechos que supere esas irregularidades (Casación 277-2018, Ventanilla, del 21 de marzo de 2019; Casación 392-2016 Arequipa, del 12 de septiembre de 2017).

El supuesto de hecho del tipo penal del lavado de activos está diseñado para abarcar actos jurídicos permitidos. Por regla, lo frecuente es que se encuentren imbricadas con actos jurídicos reconocidos por el derecho civil, comercial, bursátil, etcétera, pero no por eso merecen un juicio automático de atipicidad, porque la norma penal los considera lavado de activos cuando reúnan la finalidad específica de querer cometer un lavado de activos. Si, a partir del contexto, cualquiera apreciaría que el contrato podría estar vinculado a un delito, se habría concretado la categoría de la antijuridicidad, pues sería nulo el acto jurídico contractual por ir en contra del orden público.

6. Por interpretación dogmática. No se puede elevar a la categoría de regla general que a quien tiene relación de parentesco le falta capacidad delictiva. No existe preimpunidad para roles de parentesco, profesiones u oficios. Como señala literalmente García Caveró (2005):

Límites a la prohibición de regreso. La realización de una conducta estereotipada no implica siempre la exclusión de tipicidad objetiva del hecho, pues sería un fácil argumento para cualquier interviniente en el delito decir que siempre realiza prestaciones similares, aunque en contextos no delictivos (taxista, médico, etc). En este sentido, una conducta neutral (...) deja de serlo si se entra en un contexto marcadamente delictivo. (p. 70)

En el mismo sentido, Villavicencio Terreros (2007) sostiene: “Es posible afirmar responsabilidad si el aporte, calificable de inocuo, se prestó en un contexto

marcadamente delictivo” (p. 265). Por eso podemos concluir, junto a ese autor, que quien señale lo contrario debería ser consecuente y reconocer que está creando una nueva teoría de las conductas neutrales, muy diferente, y que deja de ser compatible con los siguientes autores:

Günther Jakobs (1997), que postula que:

Las soluciones matemáticas exactas solo pueden estar basadas en premisas erróneas (...) lo que determina el sentido de un comportamiento no solo depende de la configuración del comportamiento, sino también de su contexto (...) puede que un contexto marcadamente delictivo repercuta en un comportamiento que de por sí está estereotipado. (p. 90)

Es decir, ni siquiera el propio Jakobs avala una postura radical de la aplicación de la prohibición de regreso o las conductas neutrales.

Para Claus Roxin (2007), la neutralidad conductual no es un dato impuesto desde el exterior, y desaparece si se actúa con dolo directo, debiendo tomar en cuenta que, en el caso del delito de lavado de activos, la ley admite expresamente el dolo eventual. Además, señala este autor (2000) que la inclusión consciente “en un contexto delictivo” le hace perder ese carácter de cotidiano. En este sentido, refiere (2007) que no hay acciones cotidianas *per se*, ni una exclusión general de la responsabilidad penal: “El problema no puede ser solucionado de una forma que excluya, de manera general, a las acciones cotidianas de la punibilidad” (p. 515); o (2016) que “la acción cotidiana pierde su carácter de inofensivo y no es adecuada socialmente, ni está cubierta por el principio de confianza” (p. 144). Es de resaltar aquí cómo Claus Roxin da importancia —y no carece de sentido— recurrir a un elemento subjetivo para determinar qué es y qué no es una conducta neutral.

Según Robles Planas (2003), la neutralidad no es una regla y se debe analizar en cada contexto concreto. Dicho en palabras de Feijóo Sánchez (1999), la neutralidad de la conducta “no opera (...) como filtro objetivo o (...) causa de justificación”, y con esta idea se alinea Puppe al sostener que el problema “no se puede resolver mediante una regla única” (2001, p. 133).

7. Por razones de libertad en el desarrollo de las teorías. Existen dos posturas: la de la aplicación radical, que se atribuye a Jakobs, y la de la aplicación moderada, mantenida por Claus Roxin, para la cual se debe analizar el aspecto

subjetivo. No se puede, por ejemplo, mediante una excepción de improcedencia de acción, tomar partido para establecer como regla general que vincule a todo el proceso, incluso al juicio oral posterior, respecto de los otros intervinientes, cuando el fiscal imputa que la conducta no debe ser calificada de neutral (Casación 1974-2018- La Libertad).

8. Por interpretación de la jurisprudencia. Por lo demás, la postura que solicita aplicar de plano, y sin tomar en cuenta el contexto y lo que el sujeto conocía, ha sido ampliamente rechazada en la jurisprudencia peruana, como lo demuestra el caso de la sanción de taxistas (Sala Penal Permanente, RN N.º 214-2019-Lima), la sanción de notarios (Casación N.º 702-2017-Ucayali), la sanción de esposas y la investigación de abogados que emiten informes legales (Primera Sala Penal de Apelaciones Nacional Permanente Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, Expediente N.º 3-2017-25-5002-JR-02, resolución 7, del 2 de febrero de 2021, FJ 13).

IV. CONCLUSIONES

1. No se pueden crear islas de impunidad.
2. No se puede tomar partido e imponer como regla única una sola posición de la doctrina, la postura radical de Jakobs, y dejar de lado la postura de Claus Roxin (postura subjetiva), que tiene un amplio y casi unánime respaldo de la jurisprudencia peruana.
3. Jakobs no admite la aplicación radical de la prohibición de regreso o de una conducta neutral en todos los casos; es decir, admite que lo que parece neutral puede responder penalmente.
4. Existen más argumentos, más consistentes, por la postura que rechaza el uso como regla general *ex-ante* o de rechazo de plano de atipicidad a las relaciones familiares dependientes, pues para decidir sobre ellas se requiere actividad probatoria, y el análisis del contexto donde se dio la conducta. De ahí que lo resuelto en el Recurso de Nulidad analizado no sería compatible con el estado actual del entendimiento de la imputación objetiva.

V. ANEXOS

Anexo 1. EXP. N.° 06792-2008-PA/TC. Resolución del Tribunal Constitucional del 13 de mayo de 2009

VISTO: El recurso de agravio constitucional interpuesto por **José Fernando Soberón Ricard**, contra la sentencia expedida por la Sexta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de folios 242, su fecha 17 de julio de 2008, que declaró improcedente la demanda de autos;

FJ 4. Que de la revisión de los autos se aprecia que las resoluciones del CNM desarrollan un análisis detallado del cargo atribuido al recurrente. Así, en primer lugar es de precisar que el proceso disciplinario seguido al recurrente se inicia por *no haber consignado en sus declaraciones juradas de bienes y renta del 2003, 2004, 2005, y enero de 2006, el dinero que guardaba en el closet de su dormitorio*. De ahí que el procedimiento administrativo haya girado en torno al incumplimiento de su obligación como juez del artículo 184, inciso 15, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FJ 5. Que de igual manera el CNM analiza el caso estableciendo que si bien nadie puede prohibir ni limitar a un magistrado mantener dinero en su domicilio, *ello debe ser consignado en sus declaraciones juradas a efectos de mantener la confianza y aceptación de la ciudadanía*, por parte del cuerpo de jueces del Poder Judicial. En tal sentido, el CNM observa una serie de contradicciones en las que incurre la argumentación del demandante, a partir de lo cual se deduce correctamente la omisión de la declaración jurada del demandante. Así, por ejemplo, contradicciones entre la documentación que acredita la venta de un inmueble del demandante y el adelanto de legítima efectuado a las hijas del actor. De igual forma se toma en cuenta contradicciones entre lo declarado por la hija del recurrente en el Atestado N.° 071-VII-DIRTEPOL.JSC.SI-CSB-DEINPOL-SEINCRI-G2, en donde denuncia un hurto sistemático de dinero por la suma de 80 mil dólares americanos y para luego indicar en la preventiva que la suma era 50 mil dólares americanos, hecho que también fue advertido por el Juez del Cuadragésimo Octavo Juzgado en lo Penal de Lima, en la sentencia de fecha 19 de octubre de 2006 del Expediente N.° 2867-2006 (25-06), obrante a folio 163. De ahí que el CNM haya motivado adecuadamente las resoluciones que se cuestionan.

FJ 6. Que respecto la proporcionalidad de la sanción es claro que esta ha sido ponderada en virtud de los deberes de los jueces y la situación del recurrente que *no ha declarado un importante suma de dinero, vulnerando con ello el deber de transparencia respecto de su patrimonio*, que tiene por finalidad que la sociedad confíe en el sistema de justicia, así como en la integridad moral y ética de quienes la imparten. En efecto se percibe como razonable y totalmente desprovisto de arbitrariedad el que la demandada, al valorar la prueba haya concluido en la aplicación de la sanción. (Cursivas añadidas)

Anexo 2. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Recurso de Nulidad N.º 33-2014, Lima, del 29 de abril de 2015

VISTOS: Los recursos de nulidad interpuestos por el Fiscal Superior y por la Procuradora Pública Adjunta Especializada en Delitos de Lavado de Activos y Procesos de Pérdida de Dominio, contra la sentencia de fecha uno de octubre de dos mil trece, de fojas cuatro mil trescientos veintiséis, en el extremo que por unanimidad absolvió de la acusación fiscal a **Libia Olimpia Ricard Velásquez** Vda. de Soberón y a **Mónica Libia Soberón Ricard**, por la comisión del delito de lavado de activos, en agravio del Estado; así como el extremo que por mayoría absolvió de la acusación fiscal a **Mirella Soberón Alayza y Melissa Soberón Alayza**, por la comisión del delito de lavado de activos, en agravio del Estado. Interviene como ponente el señor Juez Supremo Rodríguez Tineo.

CONSIDERANDO:

De los agravios planteados por los recurrentes:

Primero. Que, los recurrentes al fundamentar sus recursos de nulidad han sostenido lo siguiente:

a) El Fiscal Superior mediante escrito de agravios (...), alega que el Tribunal Superior no ha valorado la prueba en forma conjunta, conforme lo dispone el artículo doscientos ochenta del Código de Procedimientos Penales, habiéndose realizado una valoración errada y sesgada, pues existen abundantes elementos probatorios que acreditan, que las procesadas han tratado de dar apariencia lícita al dinero obtenido ilegalmente por **José Fernando Soberón Ricard**, cuando se desempeñaba como Juez Civil.

b) La Procuradora recurrente, mediante escrito de fundamentación de agravios (...), alega que el Tribunal Superior incurre en error al sostener que la operación comercial referida a la simulación de anticipo de legítima de bien mueble y posterior transferencia de propiedad, no se subsume dentro del tipo penal imputado, lo que vulnera la debida motivación de las resoluciones judiciales. El Colegiado Superior también sostiene que en cuanto a la apertura de las cuentas bancarias del Banco Continental, entre los años mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve, que dichas conductas no constituían delito, pues aún no se encontraba vigente la Ley de Lavado de Activos, argumento que también resulta errado, toda vez que, aun cuando las cuentas fueron aperturadas [sic] antes de la entrada en vigencia de la referida Ley, estas se mantuvieron vigentes hasta el quince de marzo de dos mil seis, cuando ya había entrado en vigencia la Ley en comentario. Añade que igualmente se incurre en error cuando se sostiene que no se acreditó la preexistencia del dinero de origen ilícito para la adquisición de los vehículos y que por ello, no se produce la subsunción de los actos de conversión y transferencia, sin embargo, el tipo penal de Lavado de Activos no requiere acreditar las actividades criminales generadoras del dinero ilícitamente adquirido y que luego fuera materia de un acto de conversión.

Cargos atribuidos por el señor Fiscal Superior

Segundo. Que, según los términos de la acusación fiscal (...), se tiene que los días nueve y diez de marzo de dos mil seis, diversos medios de comunicación dieron cuenta de una noticia consistente en que una empleada del hogar (Eda Martínez Vítor), había hurtado sistemáticamente entre los años dos mil cinco a dos mil seis, a su empleador **José Fernando Soberón Ricard, quien por ese momento se desempeñaba como Juez Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima**, la suma aproximada entre cincuenta a ochenta mil dólares americanos, dinero que se encontraba guardado en el closet de la habitación del mencionado Magistrado. Dicho hecho motivó que la Fiscalía de la Nación iniciara una investigación en contra del entonces Magistrado, por la presunta comisión del delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, al existir un desbalance patrimonial.

En este sentido, se atribuye a las procesadas Libia Olimpia Ricard Velásquez Vda. de Soberón, Mónica Libia Soberón Ricard, Mirella Soberón Alayza y Melissa Soberón Alayza, familiares del referido Magistrado, haber realizado actos de conversión, transferencia y ocultamiento de dinero, bienes, efectos o ganancias, cuyo origen ilícito conocían o podían presumir, con el único propósito de evitar

la identificación de su origen. Estando a lo antes citado, específicamente se sindicó a cada una de las procesadas la comisión del delito de Lavado de Activos, respecto a los siguientes actos:

a) Transferencia del departamento número cuatrocientos dos del inmueble, sito en el cruce de las calles Pedro Venturo y María Reiche número ciento noventa y seis – Urbanización Higuiereta – Santiago de Surco y del estacionamiento vehicular número cuatro, ubicado en el mismo edificio.

Se les atribuye a las procesadas Melissa y Mirella Soberón Alayza conjuntamente con [sic] sus coprocesadas Mónica Soberón Ricard y Libia Ricard Velásquez Vda. de Soberón, haber aparentado la compra-venta del inmueble antes citado, realizando para ello una serie de figuras jurídicas, siendo la primera un “Anticipo de Legítima”, otorgada por José Fernando Soberón Ricard a sus hijas, las coprocesadas Melissa y Mirella Soberón Alayza, mediante minuta de fecha uno de abril de dos mil cuatro, luego de lo cual, ellas vendieron a sus coencausadas Mónica Soberón Ricard y Libia Ricard Velásquez Vda. de Soberón por la suma de treinta mil dólares americanos, el quince de julio de dos mil cuatro, accionar que se ha dado en concierto de voluntades con la única finalidad de justificar parte del dinero que fuera sustraído del interior del domicilio de José Fernando Soberón Ricard y así darle licitud al mismo.

b) Certificados de Depósito a nombre de las procesadas Mirella y Melissa Soberón Alayza en el Banco Continental.

A este respecto, se les incrimina a las referidas procesadas haber actuado en concertación con **María de las Mercedes Alayza Tijero** (madre de ellas), para la apertura de varios depósitos de dinero por un monto total de cuarenta y tres mil dólares americanos, entre los años mil novecientos noventa y seis a mil novecientos noventa y nueve, ello, sin contar con ingresos suficientes que puedan dar sustento a dicha operación bancaria y que por cierto, fueron canceladas el quince de marzo de dos mil seis, luego de que saliera a la luz, la denuncia por hurto sistemático de aproximadamente cincuenta a ochenta mil dólares americanos, por parte de la empleada doméstica al domicilio de su señor padre; por lo tanto, dicho accionar fue para ocultar la procedencia ilícita del dinero, el mismo que vendría a ser producto del enriquecimiento ilícito por parte de José Fernando Soberón Ricard.

c) Adquisición y Transferencia de Vehículos por parte de las procesadas Mirella y Melissa Soberón Alayza

Se atribuye a las mencionadas encausadas haber realizado actos de conversión y transferencia de diversas unidades vehiculares durante los años dos mil cuatro y dos mil cinco, con el único propósito de darle legalidad al dinero mal habido del padre, haciendo ingresar de esta manera, el dinero al tráfico económico.

Tercero. Que, el delito de lavado de activos se enmarca en una política criminal particularizada, en el sentido de que su tipificación penal en la codificación punitiva, responde a una necesidad esencialmente preventiva y sancionadora; a la vez, de cerrar el circuito delictivo de aquellas actividades típicamente lesivas para los bienes jurídicos individuales y colectivos preponderantes, en cuanto a la lucha contra el tráfico ilícito de drogas, corrupción de funcionarios, proxenetismo y otras figuras delictivas graves, que reportan ingentes sumas de dinero a sus agentes. Bajo tal entendimiento, lo que se pretende es identificar las diversas formas en que se ocultan y encubren las ganancias económicas de estas actividades delictivas y, así, la reacción punitiva ha de recaer, no sobre los autores del delito “precedente”, sino sobre aquellos que participan posteriormente en la consumación de este hecho punible, los que intervienen en los actos de ocultamiento y/o encubrimiento del “verdadero origen de los bienes”, revistiendo de un supuesto ropaje de licitud las ganancias, dineros y utilidades del delito precedente, lo que se denomina “blanqueo de dinero”. Conforme lo anotado, lo que se requiere únicamente es determinar la vinculación del objeto del delito de lavado de activos con el delito previo y, para determinar esta vinculación, así como para determinar la propia existencia del delito previo, es suficiente con que exista prueba por indicios, que en la doctrina procesal es entendida, por lo general, como aquella prueba que se dirige a convencer al órgano jurisdiccional de la verdad o certeza de hechos que no constituyen la hipótesis de incriminación, pero que, en atención a leyes científicas, reglas de la lógica o máxima de la experiencia, permiten tenerla razonablemente por cierta [1].

Cuarto. Que lo anotado, es una posición uniformemente sostenida por la doctrina, la normatividad nacional y la jurisprudencia, entre otras, la referida al Acuerdo Plenario N.º 03-2010/CJ-116, que en su fundamento jurídico 34, de efectos vinculantes, dispone que al no ser posible, por las propias características y el dinamismo de la delincuencia organizada, así como por las variadas y siempre complejas actividades del delito de lavado de activos —gran capacidad

de camuflaje y hermetismo, que se vale de un inagotable catálogo de técnicas o procedimientos en continua transformación y perfeccionamiento—, establecer criterios cerrados con parámetros fijos en materia de indicios y de prueba indiciaria en ese sector delictivo; de ahí que describe y califica ciertos actos irregulares y atípicos desde una perspectiva financiera a tenerse en cuenta y que no viene sino a indicar en el fondo la clara intención de ocultar o encubrir los objetos materiales del delito; así pues, debe meritarse [sic] la inexistencia o notable insuficiencia de negocios lícitos que justifiquen el incremento patrimonial o las transmisiones dinerarias; de otro lado, también ha de valorarse la explicación razonable del imputado sobre sus adquisiciones y el destino que pensaba darles o sobre las anómalas operaciones detectadas; además, de la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas previas o con personas o grupos relacionados con las mismas [2].

Estos criterios serán útiles para el examen de los actuados, y poder arribar con mayor certeza a establecer si las absoluciones dispuestas por la Sala Penal Nacional son conformes a Ley o no.

PRIMER HECHO

Transferencia del departamento número cuatrocientos dos del inmueble, sito en el cruce de las calles Pedro Venturo y María Reiche número ciento noventa y seis – Urbanización Higuiereta, Santiago de Surco, y del estacionamiento vehicular número cuatro, ubicado en el mismo edificio.

Quinto. Que, como ya se anotó en la acusación fiscal, uno de los hechos materia de imputación corresponde a la transferencia del departamento número cuatrocientos dos, del inmueble ubicado en el cruce de las calles Pedro Venturo y María Reiche número ciento noventa y seis – Urbanización Higuiereta, Santiago de Surco, y del estacionamiento vehicular número cuatro, ubicado en el mismo edificio.

La Fiscalía calificó este traspaso de bien inmueble como acto de conversión y transferencia. En principio, el acto de conversión propiamente dicho se encuentra relacionado con el accionar de agente para insertar el dinero de origen ilícito en el sistema financiero, para lo cual se realizará adquisiciones de bienes, esto es, tratará de ejecutar una primera inversión con las ganancias o, en su defecto, usará los efectos para insertarlo en el tráfico jurídico. El acto de transferencia,

contrariamente, está relacionado a la segunda etapa del circuito de lavado de activos: intercalación. Aquí la conducta concreta que se puede desarrollar varía según la modalidad y estrategia determinada al inicio de la operación de lavado; así, por ejemplo, usar varios testaferros para simular compra-venta de bienes inmuebles, tales como departamentos, terrenos, hoteles, bienes muebles, etc., lo cual generará que en la copia literal del Registro Públicos aparezcan un sinnúmero de propietarios, creando con ello trabas para la investigación.

Sexto. Que, en el extremo analizado se coincide con la decisión de la Sala Penal Nacional, esto es, con el fallo absolutorio, fundamentalmente por dos razones, en principio, porque el citado inmueble fue adquirido por José Fernando Soberón Ricard, el uno de agosto de mil novecientos noventa, según testimonio de fojas tres mil trescientos treinta y siete, cuando el antes mencionado, aún no ejercía el cargo de Juez Especializado, en el entendido, que fue nombrado recién en el año mil novecientos noventa y cuatro y concluyó en el año dos mil seis; y por el cual, se le viene procesando por el delito de enriquecimiento ilícito, en agravio del Estado, según copias certificadas de fojas cuatro mil treinta y cinco. En segundo lugar, la denominada Ley de Lavado de Activos número veintisiete mil setecientos sesenta y cinco —ahora derogada—, fue expedida con fecha veintisiete de junio de dos mil dos, es decir, con fecha muy posterior a la minuta de contrato de compra-venta de fecha uno de agosto de mil novecientos noventa, conforme consta del testimonio de fojas tres mil trescientos treinta y siete, cuando igualmente, aún no ejercía el cargo de Juez, por lo tanto, es innegable que planteado así el caso, el hecho atribuido resultaría atípico.

Que, no está por demás incidir en la idoneidad del acto de transferencia de bien inmueble, en principio, por el hecho de que el anticipo de legítima de José Fernando Soberón Ricard a favor de sus hijas, las ahora procesadas Melissa y Mirella Soberón Alayza, era un acto jurídico manifiestamente inválido, pues había quedado en minuta y no fue levantado a escritura pública, sino también y de manera sustancial, nunca se acreditó la preexistencia del dinero, esto es, de aproximadamente treinta mil dólares americanos, que habrían pagado Libia Ricard de Soberón, hermana de José Fernando Soberón Ricard y de Libia Olimpia Ricard Vda. de Soberón, abuela de las procesadas.

Séptimo. Que finalmente, tampoco se puede pasar por alto, la conducta descrita y atribuida a las procesadas, pues de su lectura y de los propios términos consignados en la acusación fiscal, se colige que la conducta que habrían desarrollado

las procesadas constituía un accionar que tenía como única finalidad, la de justificar, parte del dinero que fuera sustraído del interior del domicilio de José Fernando Soberón Ricard y así darle licitud al mismo, esto es, propiamente un acto de encubrimiento real y no así, uno de lavado de activos.

Que siendo así, el anticipo de legítima y posterior venta en las que intervinieron las procesadas, simulando tales actos resulta atípico, por lo que, lo resuelto en dicho extremo resulta conforme a ley.

DECISIÓN

Por estos fundamentos, de conformidad con lo opinado por el señor Fiscal Supremo en lo Penal, solo en este extremo, declararon por unanimidad: **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de fecha uno de octubre de dos mil trece, de fojas cuatro mil trescientos veintiséis, en el extremo que por unanimidad absolvió de la acusación fiscal a Libia Olimpia Ricard Velásquez Vda. de Soberón y a Mónica Libia Soberón Ricard, por la comisión del delito de lavado de activos, en agravio del Estado. Con lo demás que sobre el particular contiene; y los devolvieron.

Interviene la señora Jueza Suprema Barrios Alvarado por impedimento del señor Juez Supremo Loli Bonilla.

Villa Stein / Rodríguez Tineo / Pariona Pastrana / Barrios Alvarado / Neyra Flores

REFERENCIAS

- García Cavero, P. (2005). *Estudios de derecho penal*. Ara Editores.
- Feijóo Sánchez, B. (1999). *Límites de la participación criminal. ¿Existe una prohibición de regreso como límite general del tipo en derecho penal?* Editorial Comares.
- Jakobs, G. (1997). *Imputación objetiva en el derecho penal*. Editorial Ad Hoc.
- Puppe, L. (2001). *La imputación objetiva: presentada mediante casos ilustrativos de la jurisprudencia de los altos tribunales*. Comares.
- Ragués I Vallés, R. (2001). Lavado de activos y negocios standard. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado. En *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Libro homenaje a Claus Roxin* (pp. 621-653). Universidad de Córdoba.
- Robles Planas, R. (2003). *La participación en el delito. Fundamentos y límites*. Marcial Pons.
- Roxin, C. (2000). Las formas de intervención en el delito. Estado de la cuestión. En *Sobre el estado de la teoría del delito* (pp. 157-178). Cuadernos Civitas.
- Roxin, C. (2007). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley.
- Roxin, C. (2016). *La teoría del delito en la discusión actual*. Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. (2007). La imputación objetiva en la jurisprudencia peruana. *Derecho PUCP*.

LA NO EXIGENCIA DEL NOMBRE DE LA ACTIVIDAD CRIMINAL PREVIA PARA SANCIONAR POR EL TIPO BASE DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Rudy Santiago Guzmán Fiestas

Sumario

I. El problema. II. El estado actual de la problemática en el Perú. 2.1. Pronunciamientos de la Corte Suprema. 2.2. Planteamientos doctrinales. III. Toma de posición. IV. Conclusiones. Referencias.

43

I. EL PROBLEMA

¿Es obligatorio que se informe el nombre de la actividad criminal precedente para sancionar por el tipo base del delito de lavado de activos? Considero que el punto de partida para encontrar la respuesta lo ubicamos en el artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, que establece: “El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su (...) sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas (...)”.

La cuestión planteada resulta relevante en virtud de que de su respuesta se concluirá si se exige o no que el presunto autor conozca el delito generador del activo o, si es necesario, que fiscalía indique, en todos los casos, el nombre de la actividad criminal de la cual proceden.

II. EL ESTADO ACTUAL DE LA PROBLEMÁTICA EN EL PERÚ

2.1. Pronunciamientos de la Corte Suprema

2.1.1. Pronunciamientos que sostendrían la obligación de mencionar el nombre de la actividad criminal previa

2.1.1.1. Se debe mencionar el nombre de un delito previo grave específico, generador del activo a lavar

Los pronunciamientos que sostienen esta posición se amparan principalmente en el Acuerdo Plenario N.º 3-2010, del 16 de noviembre del 2010, emitido cuando se encontraba vigente la Ley 27765, y que estableció en su fundamento 32 lo siguiente: “el delito fuente (...) es un elemento objetivo del tipo legal —como tal debe ser abarcado por el dolo— y su prueba condición (...) de tipicidad (...)”.

En ese sentido tenemos, por ejemplo, el Recurso de Nulidad N.º 435-2010-Ucayali, del 20 de mayo del 2011, que exige a la autoridad fiscal que especifique el delito fuente especialmente grave al cual estaría vinculado el activo o el imputado.

Así lo dijo la Corte:

Tercero: (...) no es posible que la ilicitud de la procedencia del dinero se sostenga en meras sospechas, que no se asocien a probadas vinculaciones con los delitos graves citados en la Ley de Lavado de Activos (...) el Fiscal Superior no asoció a ningún delito específico ni se verificó conexión del procesado con algún ilícito, únicamente se mencionaron sospechas del origen ilícito del dinero encontrado, básicamente por la forma oculta en que se halló y la conducta del procesado frente a la investigación de ello. (...).

Como bien se advierte, se exige la mención del nombre de un delito grave específico, y la vinculación de este al activo o imputado.

2.1.1.2. Se debe mencionar el nombre de un hecho previo grave específico, circunstanciado en tiempo y lugar, generador del activo a lavar

Este criterio lo ubicamos en la Casación N.º 92-2017-Arequipa, del 8 de agosto del 2017, que, además de exigir un nexo de causalidad entre el activo generado y

el hecho previo, considera necesario que se acredite de este sus efectos lesivos y el detalle de su tiempo y lugar:

30: (...) Para arribar a una condena por lavado de activos, bastará con acreditar los extremos indispensables que hagan a la materialidad del hecho previo —esto es, sus efectos lesivos y las circunstancias de tiempo y lugar—, a su dominabilidad por parte del autor y a su condición de evento originante de los bienes sometido a maniobra del lavador (...) resulta materialmente imposible probar el “origen ilícito” de un bien, sin tener certeza de qué hecho delictivo concreto —idóneo para producir cierta cantidad de ganancias— proviene (...) 52. (...) una interpretación [del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106] hace exigible que solamente pueda constituir delito fuente —subsumible en la cláusula abierta “o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales”— ciertos delitos graves, que tengan capacidad para generar ganancias ilegales (...).

En esta sentencia, resulta un imposible jurídico soslayar el nombre de la actividad criminal previa, pues estima indispensable la indicación de un delito previo grave, sus efectos y las circunstancias de tiempo y lugar.

2.1.1.3. Se debe mencionar el nombre de una actividad criminal genérica, a nivel de injusto, apta o capaz de generar activos a lavar

La Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, del 11 de octubre del 2017, asume esta postura al señalar que la actividad criminal previa se acredita a nivel de un injusto penal. Así se establece en su fundamento 19, cuando señala que: “19: (...) basta la acreditación (...) de un injusto penal (...)”.

Al respecto, conforme señala Roxin (2009), en el concepto de injusto se reúnen las tres categorías delictivas de acción, tipicidad y antijuricidad, razón por la cual presupone un tipo penal. En ese sentido, se exigiría la mención del nombre de la actividad criminal precedente.

Esto se confirma con los fundamentos 24 y 25 de la precitada sentencia, cuando señala que su nivel de fijeza se va ultimando desde la formalización de investigación preparatoria, conforme avanzan las averiguaciones:

24: (...) B. La sospecha reveladora (...) el nivel de fijeza de la actividad criminal previa, siempre presente por estar incorporada al tipo penal de lavado de activos, es intermedio. Se debe indicar de qué actividad genéricamente advertida

se trata (...) C. Sospecha suficiente (...) en lo atinente al delito de lavado de activos, debe mencionarse la actividad criminal precedente, en los ámbitos y conforme a las acotaciones ya anotadas, de la que proceden los activos cuestionados (...). 25: (...) Conforme avanzan las averiguaciones, el grado de determinación de la actividad criminal previa, apta o capaz para generar determinados activos objeto de lavado, se va ultimando (...).

La Suprema exige el nombre de la actividad criminal previa, el cual, señala, se determina progresivamente a lo largo del proceso, desde la formalización de investigación preparatoria.

2.1.2. Pronunciamientos que no mencionan el nombre de la actividad criminal previa

2.1.2.1. Recurso de Nulidad N.º 2773-2015, del 6 de febrero del 2017

Los hechos en este recurso se circunscriben a que dos ciudadanos extranjeros fueron intervenidos en el Aeropuerto Internacional Jorge Chávez transportando, en sus abdómenes, mediante cápsulas, más de USD100 000 cada uno. La Sala Superior solo fundamentó el *quantum* de pena, sin mencionar el nombre del hecho precedente, dada la confesión de los imputados de la comisión del delito de lavado de activos.

Posteriormente, el fiscal superior interpuso recurso de nulidad porque la Sala Superior condenó por el tipo base; sin embargo, desde su posición, debió condenar por la agravante de TID, toda vez que uno de los imputados, en Venezuela, se encontraba vinculado al tráfico ilícito de estupefacientes, y el otro, en Colombia, a la fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, razón por la cual se solicitó el incremento de la pena.

Sin embargo, en la etapa recursal el fiscal supremo se mostró conforme con la sentencia de la Sala y dejó sin sustento el agravio recurrido. Al respecto, la Corte Suprema confirmó la sentencia condenatoria por el tipo base, y no mencionó el nombre de la actividad criminal previa.

La Corte manifestó lo siguiente:

SÉTIMO: En atención a los agravios expuestos por el señor Fiscal Superior, que cuestiona la reconducción del tipo penal Lavado de Activos del artículo 3 del

Decreto Legislativo N.º 1106 concordado con el artículo 4 segundo párrafo del mismo decreto, por el artículo 3 del citado decreto, es de señalar, en principio, que el señor Fiscal Supremo está conforme con tal desvinculación procesal, dejando sin sustento el agravio que invocó el recurrente. Sin perjuicio de lo señalado, es claro que en el presente caso no se ha corroborado que el dinero incautado a los procesados provenga del delito de tráfico ilícito de drogas, pues aun cuando el acusado Edinson Carrillo Mogollón haya sido condenado por el delito de transporte ilícito de sustancias estupefacientes y psicotrópicas en el país de Venezuela y José Eduardo Sepúlveda Rodríguez por el delito de hurto calificado y agravado, así como de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego en Colombia, aquellos hechos que sustentaron sus condenas no pueden ser considerados elementos de cargo para que de forma subjetiva, se determine que la incautación del dinero provenga de dicha actividad ilícita; más aún cuando según la Denuncia N.º 136- 2012 (fojas 485), en el numeral 2.8., señala que: “(...) la perito químico de la DIRANDRO PNP, conforme a lo dispuesto por esta Fiscalía Especializada, practicó la prueba de adherencias de droga en los billetes que les fueron incautados a los denunciados, obteniéndose como resultado NEGATIVO”. En consecuencia, la reconducción del tipo penal realizado por la Sala Penal Superior, se encuentra debidamente motivada dentro del marco legal establecido en el artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1106; por lo que, no corresponde evaluar la pena fijada contra los condenados en base a los márgenes punitivos del artículo 3 del Decreto Legislativo N.º 1106 concordado con el artículo 4 segundo párrafo del mismo decreto. Los agravios se desestiman.

Como se deja ver, solo es exigible mencionar el nombre de la actividad criminal previa en supuestos de circunstancias agravantes, que, de no probarse, la autoridad jurisdiccional puede desvincularse y condenar por el tipo base, sin necesidad, en este supuesto, de mencionar el nombre de la actividad criminal previa.

2.1.2.2. Recurso de Nulidad N.º 1740-2016, del 11 de julio del 2017

En este pronunciamiento, la Corte Suprema tampoco exigió el nombre de la actividad criminal precedente. Los hechos que se evaluaron se circunscribieron a que el 17 de septiembre del 2012:

(...) la imputada arribó a Lima [al aeropuerto Jorge Chávez] procedente de Venezuela, y negando que portaba consigo dinero, de su revisión con el equipo de BODY SCAN se le detectó una imagen densa a la altura del vientre, procediendo con su registro personal y equipaje, hallándose un total de € 100.000.00 euros, en detalle de 200 billetes de 500 euros cada uno (de los cuales 50 billetes

fueron hallados en su cuerpo, y 150 en el equipaje), sin probar su licitud en el plazo de 72 horas ante la UIF.

La imputada manifestó que el dinero provenía de operaciones comerciales lícitas, lo cual, según ella, se corroboraría con un informe pericial contable que obraba en autos. Así lo dijo la Corte:

2.3. La defensa alegó que el dinero tuvo origen lícito, por cuanto provino de operaciones comerciales entre la empresa peruana Exportaciones Vivanco SAC y la venezolana Corporación Ramírez y Seijas C.A. y que la licitud del dinero se corroboraría con el Informe Pericial Contable en el que se indicó que el dinero corresponde a una transacción comercial (...).

Sin embargo, nuestra máxima instancia declaró no haber nulidad de la condena impuesta por la Sala Superior, confirmando la sentencia condenatoria sin exigir el nombre de la actividad criminal previa, recurriendo a la prueba indiciaria para acreditar el origen ilícito:

La Corte valoró lo siguiente:

2.3. (...) en el informe de Unidad de Inteligencia Financiera de la Superintendencia de Banca y Seguros, se señaló que la empresa venezolana Corporación Ramírez & Seijas C.A., no registraba autorización para transferir fondos de CADAVI.

2.4. (...) se aprecia contradicción en el contrato realizado por ambas empresas (...) ya que en la cláusula cuarta de dicho contrato se precisó que se deberían cumplir las normas de bancarización y que no se reconocerían pagos que pretendan realizarse en efectivo o fuera de cuenta corriente (...).

2.5. (...) se valoró que a lo largo del proceso la encausada incurriera en contradicciones respecto al origen del dinero incautado; a escala policial refirió que el dinero fue producto del comercio de compra y venta de ropa de vestir, sin embargo, inicialmente no mencionó a los representantes legales de las empresas, lo que posteriormente citó en su declaración indagatoria, donde precisó que recibió dinero de don (...) representante legal de la Corporación Ramírez Seijas (...).

2.6. (...) la encausada evidenció su pretensión de ocultar dinero, pues negó que lo traía consigo mismo y en el equipaje, dado que hizo declaración negativa (...).

En la decisión se recurre a la prueba indiciaria para acreditar el origen ilícito, vinculándolo a una actividad criminal en general, no siendo necesario, en todos los casos, mencionar el nombre en concreto de un tipo penal. Se valoró lo siguiente:

- a) El informe de UIF señaló que la empresa venezolana no contaba con autorización para transferir fondos en dólares.
- b) La imputada negó que traía consigo el dinero.
- c) La imputada incurrió en contradicciones al momento de justificar la procedencia del dinero incautado.
- d) La forma como trasladaba el dinero, camuflado en su cuerpo y en el equipaje.
- e) La cantidad de dinero en cantidades prohibidas.

2.2. Planteamientos doctrinales

2.2.1. Posiciones que sostendrían la obligación de mencionar el nombre de la actividad criminal previa

2.2.1.1. Se debe mencionar un injusto

Tanto Mendoza Llamacpompá (2017) y Caro Coria (2020), que estiman el delito previo elemento normativo del tipo de lavado de activos, como García Caveró (2015), Hanco Llocle (2019) y Galvez Villegas (2018), que no lo consideran, son de la posición que aquella se debe acreditar a nivel de un injusto.

Para esta posición solo es necesario que la conducta previa que genera los activos ilegales sea típica y antijurídica. En esa línea, Balmaceda (2014) sostiene que el lavado de activos, tipo penal subsiguiente, cuenta con un injusto dependiente del injusto del hecho previo, que se seguirá lesionando con la realización del injusto del lavado, razón por la cual, para el citado autor, el momento “cero” del injusto de lavado está en el hecho previo, y para entenderlo tendríamos que remitirnos a este.

Ahora bien, Hanco Llocle (2019) considera que el injusto no debe ser uno genérico, sino concreto y objetivo, a lo cual, desde su posición, se arriba mediante el triple pilar indiciario. Por el contrario, Almanza (2018), mostrando su respaldo a la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, que, como señalé líneas arriba, resuelve que se debe acreditar un injusto penal, es de la posición que debe ser uno genérico.

2.2.1.2. Se debe hacer referencia a un nombre genérico de la procedencia delictiva

Oré Sosa (s.f.) estima que para una condena por lavado de activos no se puede exigir la concreción del delito previo hasta sus más mínimos detalles. Refiere que podría sostenerse una acusación y condena cuando se determinó más allá de toda duda razonable que las ganancias provienen de un delito de corrupción imputable a un funcionario público, aun cuando existan dudas sobre el específico tipo penal que concurre (*v.gr.*, cohecho, colusión, tráfico de influencias, etcétera). Para el citado autor, esto es así porque se está valorando la procedencia delictiva del bien: es este el elemento del tipo penal de lavado de activos, no se está juzgando el delito previo.

2.2.2. Posiciones que niegan la obligación de mencionar el nombre de la actividad criminal previa

En la doctrina nacional, Prado Saldarriaga (2013) sostiene la posición de que el delito fuente adquiere relevancia normativa y es objeto de prueba solo en casos de agravantes específicas, constituyendo presupuesto y requisito indispensable la conexión directa o indirecta de los bienes objeto de los actos de lavado que ejecuta el agente, con, cuando menos, uno de los delitos que de modo taxativo se señalan en el artículo 4 del Decreto Legislativo N.º 1106.

En esa línea, Páucar Chappa (2013) considera que resulta válido concluir que “fenomenológicamente” el lavado de activos sí demanda en forma previa de delitos precedentes o actividades ilícitas que le generen el dinero para lavar, en tanto que, “normativamente”, el delito de lavado de activos no requiere verificar o identificar a los delitos precedentes ni su conexión específica con ellos, solo que aquellos tengan un origen ilícito, ese y no otro puede ser el sentido comunicativo de la norma penal.

III. TOMA DE POSICIÓN

Desde mi posición, lo que se debe probar es el origen ilícito, como: i) injusto genérico, o ii) actividad criminal genérica, razón por la cual no en todos los casos necesariamente se debe acreditar el nombre de la actividad criminal previa, conforme los siguientes fundamentos:

3.1. Por interpretación literal

Los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.º 1106 no hacen referencia a delito previo, sino al origen ilícito. Así mismo, el artículo 10 del precitado decreto emplea la conjunción copulativa “y” para señalar expresamente que resulta factible la investigación, procesamiento y sanción del lavado en el supuesto que la actividad criminal previa no es descubierta; descartándose que este supuesto solo se aplique para iniciar la investigación.

Entonces, en este supuesto, que no se ha declarado inaplicable o inconstitucional por la Corte Suprema o el Tribunal Constitucional, la norma habilita la sanción del lavado de activos sin exigir el nombre de la actividad criminal previa.

3.2. Por interpretación histórica

El delito de lavado de activos se reguló en nuestro ordenamiento penal con el Decreto Legislativo N.º 736, publicado el 12 de noviembre de 1991, insertando al Código Penal los artículos 296-A y 296-B, vinculándose únicamente como actividad criminal previa el tráfico ilícito de drogas.

Su exposición de motivos señaló que se actualizaba la legislación del tráfico ilícito de drogas al comprobarse el incremento de su incidencia por su “vinculación con organizaciones internacionales que posibilitan procedimientos logísticos para blanquear y lavar las ganancias obtenidas (...)”.

Sin embargo, tres meses después se deroga el citado decreto, mediante el artículo 1 de la Ley N.º 25399, publicada el 10 de febrero de 1992. Luego, y sin dos meses de normativa que la regule, el 11 de abril de 1992, se publica el Decreto Ley N.º 25428, que incorpora nuevamente los artículos 296-A y 296-B al Código Penal.

Posteriormente, el 27 de junio del 2002, se promulga la Ley N.º 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), ya no circunscrita al tráfico ilícito de drogas, sino, conforme su artículo 6, con título “disposición común”, a *conductas punibles* tales como delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, tráfico de menores, defraudación tributaria, delitos aduaneros *u otros similares que generen ganancias ilegales*, con excepción de los actos contemplados en el artículo 194 del Código Penal. Indicando su segundo párrafo que no es necesario que las *actividades ilícitas* que produjeron los activos se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria.

Más adelante, se le modifica mediante el artículo 3 de la Ley N.º 28950, publicada el 16 de enero del 2007, agregando como conductas punibles que generan ganancias ilegales a la trata de personas y el tráfico ilícito de migrantes. Después, por el Decreto Legislativo N.º 986, publicado el 22 de julio del 2007, se vuelve a agregar conductas punibles similares, tales como el terrorismo, extorsión y delito contra el patrimonio en su modalidad agravada. De estas dos modificaciones a la ley, se advertiría el afán del legislador, en ese momento, de ejemplificar la actividad criminal precedente.

Con el Decreto Legislativo N.º 1106, publicado el 19 de abril del 2012, el asunto varía desde su denominación, “Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado”. Su artículo 10 ya no lleva la etiqueta de “disposición común”, como el de su predecesora, sino el nombre “autonomía del delito y prueba indiciaria”, estableciendo: “El lavado de activos es un delito autónomo, por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas (...)”.

Según su exposición de motivos, el artículo 10 tiene una función de norma declarativa que reconoce su autonomía *absoluta*, tanto a nivel de configuración típica como probatoria. Así lo dijo:

(...) se ha reformulado el supuesto contemplado en el artículo 6 de la Ley N.º 27765, que será consignado ahora como artículo 10, para evitar que este siga siendo distorsionado en su función declarativa, que reconoce la autonomía absoluta del delito, tanto para su configuración típica, como para lo atinente a la actividad probatoria que demanda desplegar para su acreditación judicial.

Luego, el Decreto Legislativo N.º 1249, Decreto Legislativo que dicta medidas para fortalecer la prevención, detección y sanción del lavado de activos y el terrorismo, publicado el 26 de noviembre del 2016, modificando el artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, agrega la precisión de que para *sancionar* el lavado no es necesario que la actividad criminal previa haya sido descubierta, sometida a investigación, proceso, objeto de prueba o condena.

En la exposición de motivos de este decreto se señala que tal modificación obedece a que no debe quedar duda de que la autonomía del lavado de activos no solo se restringe a la investigación o proceso, sino también a la condena:

(...) en el artículo 10 del Decreto Legislativo 1106 si bien se señala expresamente la autonomía del delito de lavado de activos, una interpretación literal de la norma puede llevar a concluir que dicha autonomía se circunscribe al ámbito de la investigación y procesamiento, mas no al de la sanción. En consecuencia, se introduce la expresión “sanción” para clarificar que la autonomía del LA abarca los tres ámbitos: investigación, procesamiento y sanción.

Sobre la base de lo expuesto, se advierte que del devenir histórico de nuestra normativa no se hace depender el delito de lavado de activos de la actividad criminal precedente. En efecto, en un primer momento se le vinculó solo al tráfico ilícito de drogas; luego, con la Ley N.º 27765, se abre el catálogo haciéndose referencia a “conductas punibles” que generan ganancias ilegales, restringiéndosele a las similares que se regularon en su artículo 6.

Posteriormente, con el Decreto Legislativo N.º 1106 y su modificatoria, el Decreto Legislativo N.º 1249, se precisa que la autonomía del lavado de activos destaca en tres ámbitos: material, procesal y punitiva. Así mismo, ya no hace referencia a lo punible, similar o exigir concretamente que genere ganancias ilegales, sino que se refiere a actividad criminal, cualquiera que sea esta, poniendo el acento en su capacidad de generar ganancias ilícitas. Por último, de los tres supuestos reconocidos en la Ley N.º 27765, que la actividad criminal previa no esté sometida a: i) investigación, ii) proceso o iii) sentencia condenatoria, se agrega uno más: que no haya sido descubierta.

Entonces, resulta válido concluir que en nuestra legislación se descarta cualquier dependencia del delito de lavado de activos respecto a la actividad criminal previa, tanto así que para la sanción de aquella no es necesaria que esta se haya descubierto, y, en consecuencia, indentificado su nombre.

3.3. Por interpretación sistemática

Como bien señala Luzón (2016) las leyes penales están “coordinadas entre sí e integradas en un sentido general”; de ahí que, de los artículos 1, 2, 3 y 10 del Decreto Legislativo N.º 1106, se infiere que el origen ilícito puede acreditarse como: i) injusto genérico y ii) actividad criminal genérica.

En efecto, la acreditación a nivel de injusto genérico se advierte cuando el legislador, en el artículo 10 del precitado decreto, establece como ejemplos algunos tipos penales: el secuestro, la extorsión y el robo, artículos 152, 200 y 188 del Código Penal, respectivamente.

La acreditación a nivel de actividad criminal genérica se confirma cuando el legislador, en el mismo artículo 10, ya no solo señala tipos penales, sino además indica que para sancionar el lavado no es necesario que aquella esté descubierta.

Considero que estos dos niveles se correlacionan con los cinco supuestos en los que puede encontrarse el origen ilícito al momento de sancionar el lavado de activos, conforme se señala en el artículo 10: condena, proceso, investigación, descubierta pero no investigada y no descubierta.

Gráficamente, podemos detallarlo como se muestra en el cuadro.

No es elemento del tipo: delito previo	Elemento del tipo de lavado de activos: origen ilícito	
	Supuestos	Objeto de prueba
Delito previo generador de activos	1.º supuesto Condena de actividad criminal previa	Injusto genérico
Delito previo generador de activos	2.º supuesto Proceso de actividad criminal previa	Injusto genérico
Delito previo generador de activos	3.º supuesto Investigación de actividad criminal previa	Injusto genérico
Delito previo generador de activos	4.º supuesto Actividad criminal previa descubierta, pero no investigada	Injusto genérico
Delito previo generador de activos	5.º supuesto Actividad criminal previa no descubierta	Actividad criminal genérica El nombre del injusto no es relevante

Elaboración propia.

3.4. Por interpretación teleológica

Conforme señaló la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, en sus fundamentos 11 y 12, la opción política criminal del artículo 10 del Decreto Legislativo N.º 1106 es declarar la autonomía sustantiva, procesal y punitiva del delito de lavado de activos, no resultando legítima su reducción teleológica a exigir que, para su investigación, procesamiento y sanción, se identifique específicamente de la actividad criminal precedente su *calidad, actores, roles de los agentes, circunstancias, destino jurídico, naturaleza, cronología y objeto*.

La Corte señaló expresamente lo siguiente:

11. Las posteriores reformas puntuales que introdujo en el Decreto Legislativo 1106 el Decreto Legislativo 1249, tampoco han cambiado la opción política criminal asumida por el artículo 10 sobre la autonomía, sustantiva, procesal y punitiva del delito de lavado de activos (...). 12. (...) no es posible, rechazar o poner en duda la autonomía declarada del delito de lavado de activos en nuestro sistema penal. *No cabe, por tanto, merced a prácticas hermenéuticas de reducción teleológica negativa que resultan afectando el principio de legalidad (...) obstruir o evitar la investigación, juzgamiento y sanción de un delito de relevante significado político criminal como el lavado de activos, colocando como condición necesaria y previa la identificación específica de la calidad, circunstancia, actores o destino jurídico que correspondan a los delitos precedentes que pudieron dar origen o de los cuales derivaron los bienes objeto de posteriores operaciones de colación, intercalación e integración. Optar por una forzada interpretación de esas características, conllevaría vaciar de contenido el objetivo y la utilidad político criminal del artículo 10, debilitando con ello el efecto preventivo general que hoy tiene la criminalización nacional e internacional del delito de lavado de activos; lo cual, además, deviene incoherente e inoportuno en un contexto evidente de preocupación social por el rebrote generalizado de la corrupción de sistema atribuidas a personas expuestas políticamente y su potencial impunidad.* (Cursivas nuestras)

Entonces, la finalidad del artículo 10 es establecer una autonomía sustantiva, procesal y punitiva del delito de lavado de activos, sin dependencia de algún delito (injusto culpable, para algunos incluso punible) precedente.

Lo expuesto se confirma cuando, en el Acuerdo Plenario N.º 3-2010, fundamento 32, se estableció que el delito previo era elemento normativo del tipo; sin

embargo, en la Sentencia Plenaria Casatoria N.º 1-2017, fundamento 14, deja de considerarse así, estimándose como tal el origen ilícito.

Además, porque al comprender el dolo todos los elementos del tipo, y al no ser el delito previo elemento normativo, no se exige conocer su nombre al agente para la configuración del tipo base, conforme al Acuerdo Plenario N.º 3-2010: “18. (...) no es una exigencia del tipo penal que el agente conozca *de qué delito previo se trata* (...). 31. (...) su conocimiento, por cierto, se refiere al hecho y circunstancia pero *no a la calificación jurídica*” (cursivas nuestras).

3.5. Por aplicación jurisprudencial

La Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú, en su “II informe de sentencias de lavado de activos en el Perú. Análisis de sentencias condenatorias firmes 2012-2019”, señala que, de un universo de 126 sentencias de lavado de activos, existen 14 en las que no se determinó el delito precedente, que pertenece principalmente a la modalidad de transporte de dinero en efectivo de origen ilícito.

56

En el “III informe de sentencias de lavado de activos en el Perú. Análisis de sentencias condenatorias firmes (2012-2020)”, se señala que, de un universo de 140 sentencias, solo en 122 se identificó delitos precedentes, las 18 restantes hicieron referencia a origen ilícito.

El procurador público, Miguel Ángel Sánchez Mercado, en el material de trabajo interno que elaboró para la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos, también identificó 14 sentencias condenatorias en las que no se exigió el nombre de la actividad criminal previa, conforme el detalle que se muestra en el siguiente cuadro.

N°	Año	Distrito Judicial	Expediente de 1ra Instancia	Norma procesal aplicable	Fecha de sentencia de 1ra instancia	Tipo	N° (nulidad)	Fecha	Sala	Casación	Fecha	Sala	Estado de la sentencia
1	2013	Moquegua	328-2011	Código procesal penal del 2004	1/3/2013	Conclusión anticipada							Consentida
2	2013	Moquegua	396-2011	Código procesal penal del 2004	8/20/2013	Conclusión anticipada							Consentida
3	2013	Nacional (SPN)	74-2009	Código de procedimientos penales de 1940	12/18/2013	Juicio oral	RN Nº 1058-2014	1/8/2015	Sala Suprema Penal permanente				Ejecutoriada
4	2014	Puno	212-2010	Código procesal penal del 2004	8/21/2014	Juicio oral							Ejecutoriada
5	2015	Tacna	721-2014	Código procesal penal del 2004	1/23/2015	Terminación anticipada	721-2014 (2da instancia)	4/24/2016					Ejecutoriada
6	2015	Puno	1880-2010	Código procesal penal del 2004	6/24/2015	Juicio oral	1880-2010 (2da instancia)	10/26/2015	Sala Suprema Penal permanente	144-2016	5/27/2016		Ejecutoriada
7	2015	Callao	4459-2012	Código de procedimientos penales de 1940	8/26/2015	Juicio oral	RN Nº 2773-2015	6/2/2017	2da. Sala Suprema Penal Transitoria				Ejecutoriada
8	2015	Nacional (SPN)	94-2013	Código de procedimientos penales de 1940	9/3/2015	Conclusión anticipada							Consentida
9	2016	Callao	3964-2016	Código de procedimientos penales de 1940	5/20/2016	Juicio oral	RN Nº 1740-2016	7/11/2017	1ra. Sala Suprema Penal Transitoria				Ejecutoriada
10	2016	Callao	2328-2014	Código de procedimientos penales de 1940	7/20/2016	Conclusión anticipada							Consentida
11	2017	Puno	1370-2012	Código procesal penal del 2004	1/27/2017	Juicio oral							Consentida
12	2017	Callao	4486-2014	Código de procedimientos penales de 1940	4/5/2017	Conclusión anticipada							Consentida
13	2019	Tumbes	1020-2015	Código procesal penal del 2004	1/18/2019	Juicio oral							Consentida
14	2019	Lima	25679-2010	Código de procedimientos penales de 1940	1/31/2019	Juicio oral							Consentida

Fuente: Material de trabajo interno de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos. Elaborado por Miguel Ángel Sánchez Mercado.

IV. CONCLUSIONES

El nombre de la actividad criminal precedente no es elemento normativo del tipo base del delito de lavado de activos, lo es el origen ilícito, el cual se puede acreditar, mediante el método de la prueba indiciaria, como: i) injusto genérico o ii) actividad criminal genérica.

Las dos formas en las que puede acreditarse el origen ilícito se relacionan con los cinco supuestos en los que se puede encontrar al momento de sancionar el lavado de activos: i) condena, ii) proceso, iii) investigación, iv) descubierta pero no investigada y v) no descubierta.

Al no ser el nombre de la actividad criminal previa elemento normativo del tipo, no es exigible que el agente necesariamente lo conozca, así como que la autoridad fiscal o judicial lo indique cuando no esté descubierta. En este supuesto, solo es necesario demostrar una actividad criminal genérica.

REFERENCIAS

- Almanza Altamirano, F. R. (2018). El lavado de activos en la jurisprudencia peruana. En *El delito de lavado de activo. Debate sobre su autonomía y prueba* (pp. 349-374). Ideas Solución Editorial.
- Balmaceda Quirós, J. F. (2014). El tipo de lavado de activos como “tipo penal subsiguiente”. En *Estudios sobre el delito de lavado de activos* (pp. 93-139). Triskel Editores.
- Caro Coria, C. (2020). El delito previo en el delito de lavado de activos. En *El delito de lavado de activos en la jurisprudencia* (pp. 19-47). Jurista Editores.
- Gálvez Villegas, T. (2018). El delito de lavado de activos después de la sentencia plenaria casatoria N.º 1-2017/CIJ-433. En *El delito de lavado de activo. Debate sobre su autonomía y prueba* (pp. 17-209). Ideas Solución Editorial.
- García Cavero, P. (2015). *El delito de lavado de activos*. Jurista Editores.
- Hanco Llocle, R. (2019). *El delito de lavado de activos y el criminal compliance. Análisis jurisprudencial y normativo*. Jurista Editores.
- Luzón Peña, D. M. (2016). *Derecho penal. Parte general*. B de F.
- Mendoza Llamacpompá, F. (2017). *El delito de lavado de activos*. Pacífico Editores.
- Oré Sosa, E. (s.f.). *La procedencia delictiva en el delito de blanqueo de capitales*. http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20170808_03.pdf
- Páucar Chappa, M. (2013). *La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y jurisprudencia*. Ara Editores.
- Prado Saldarriaga, V. (2013). *Criminalidad organizada y lavado de activos*. Idemsa.
- Roxin, C. (2009). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Civitas.
- Sánchez Mercado, M. A. (s.f.). Material de trabajo interno de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú. (s.f.). *II informe de sentencia de lavado de activos en el Perú. Análisis de sentencias condenatorias firmes 2012-2019*. SBS. https://contralافت.gov.pe/Portals/0/Estudios/04082021_INFORME_DE_SENTENCIAS.pdf?ver=pOPPZeihubXTbP-f-wE-g%3D%3D

Superintendencia de Banca, Seguros y AFP del Perú. (s.f.). *III Informe de sentencias de lavado de activos en el Perú. Análisis de sentencias condenatorias firmes (2012-2020)*. SBS.

<https://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/Estudios-de-Resoluciones-Judiciales-LA-FT>

CARÁCTER TRASCENDENTAL, DECISIVO Y NEURÁLGICO DE DETERMINAR EL “SALDO INICIAL” DE LA PERICIA CONTABLE EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Robinson Alonso Jiménez Begazo

Sumario

I. Problemática actual. II. El saldo inicial. III. El bloque de principios y normas técnicas que regulan al saldo inicial. IV. Ubicación normativa del efectivo o equivalente de efectivo. V. La necesidad de consistir la determinación y fiabilidad técnica del “saldo inicial” de la pericia contable en el proceso penal. VI. Propuesta técnica de determinación del saldo inicial: enfoque pericial contable y “cooperación” procesal penal, artículo 177, numeral 2 (CPP). VII. Conclusiones. Referencias

61

I. PROBLEMÁTICA ACTUAL

En el delito de lavado de activos, una pericia contable suele ser el elemento indiciario de prueba por excelencia requerido por el fiscal. Como se debe reconocer, el Informe pericial contable se elabora en función del requerimiento fiscal, el cual se distingue principalmente por dos elementos medulares para dicha pericia: objeto y periodo pericial. Independientemente

del primero, este último no es otra cosa que el alcance temporal sobre el cual se va a analizar y desarrollar con absoluta amplitud la pericia contable; sin embargo, el periodo pericial “anida” un concepto contable “restringido”, “controvertido”, “tergiversado” y, muchas veces, “instrumentalizado” por la defensa técnica del investigado. Se trata del “saldo inicial”, que no solo ha cobrado trascendencia por las imprecisiones conceptuales de orden técnico a las que es sometido en varias diligencias que lo abordan, sino también por la “adecuación” cualitativa y cuantitativa de esta partida, en su fin alternativo de ampliar “el periodo pericial” no necesaria y exclusivamente para esclarecer los hechos (teniendo en cuenta la titularidad de “la carga de prueba”). Se indispone así, “curiosamente”, al alcance temporal de análisis llevado por el perito oficial, con un objetivo preeminente, un resultado pericial favorable al investigado. Esta colaboración se dirige a los peritos contables y operadores del derecho (no contadores), con la pretensión puntal y práctica de hacer visible el detalle que esta merece, con todo el trasfondo no solo objetivo sino incluso subjetivo que dé lugar este.

II. EL SALDO INICIAL

2.1. El saldo inicial

El asiento de apertura es aquella “sintaxis” contable que reconoce el inicio o reinicio de la actividad económica (este último en atención al principio contable del periodo) (Gavelán Izaguirre, 2000), al reflejar el inventario inicial/final del ente económico, indistintamente de la personalidad jurídica (Giraldo Zuluaga, 1951) que desarrolle aquel. Tal inventario inicial podría acopiar una relación de “saldos iniciales” de diferentes rubros económicos, entre bienes, derechos y obligaciones (efectivo o equivalente de efectivo, inmuebles, cuentas por pagar, capital, etcétera). El interés fundamental de este artículo, como dijimos anteriormente, es el saldo inicial del rubro de efectivo o equivalente de efectivo, por la sencilla razón de que tal rubro, con carácter de exclusividad, identifica técnicamente al saldo inicial que se incorpora al inicio del periodo a la pericia contable que posteriormente arroja un resultado (desbalance o equilibrio patrimonial). Concluyendo, en el proceso penal por delitos económicos, dicho saldo, como lo demostraremos más adelante, cumple una función estelar, particularmente controversial y de análisis distintivo, de cara al resultado final del dictamen pericial. A continuación, veremos toda la “ubicación normativa” que

da soporte al rubro en cuestión, la cual sustentará nuestro desarrollo y parte de nuestra modesta propuesta de solución final.

III. EL BLOQUE DE PRINCIPIOS Y NORMAS TÉCNICAS QUE REGULAN AL SALDO INICIAL

Como sabemos, el artículo 2 de la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N.º 008-97-EF/93.01 precisa, a la letra:

“cuando el Contador Público actúe en función independiente, examinando y dictaminando es obligación profesional cumplir las normas nacionales e internacionales de auditoría, reconocidas por la profesión en los congresos nacionales de contadores públicos, con la evaluación de la aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados y observar las normas del código de ética profesional; y que la misma obligación, es aplicable en la asesoría, consultoría y *pericia contable*.” (Cursivas nuestras)

No es menos importante señalar que el profesional contable que incumpla en lo señalado incurre en culpa inexcusable señalada en el Código Civil (artículo 1319). La utilidad de esta sección es subrayar la base estructural —la base normativa—, la cual otorga consistencia al saldo inicial, presentándola de esta forma:

Principios contables

- Principio de objetividad
- Principio del periodo
- Principio de materialidad

Normas contables

- NIC 1 – Presentación de estados financieros
- NIC 7 – Estado de flujos de efectivo
- NIC 21 – Efecto de las variaciones en las tasas de cambio de moneda extranjera

Normas de auditoría

- NIA 805 – Consideraciones especiales – Auditorías de estados financieros únicos y elementos, cuentas o partidas específicas de un estado financiero
- NIA 710 – Información comparativa – Cifras correspondientes de periodos anteriores y estados financieros comparativos
- NIA 706 – Párrafos de énfasis y párrafos de otros asuntos en el dictamen del auditor independiente
- NIA 520 – Procedimientos analíticos
- NIA 510 – Saldo de apertura
- NIA 500 – Evidencia de auditoría

Doctrina jurídica pericial

- Recurso de Nulidad N.º 2939-2015 – “Caso Chacón Málaga”
- Recurso de Nulidad N.º 719-2018
- Recurso de Nulidad N.º 1863-2018
- Recurso de Nulidad N.º 1287-2018
- Resolución N.º 7 – Sentencia de Apelación – Exp. N.º 00008-2014-19-5001-JR-PE-01

3.1. Utilidad de principios y normas técnicas

Esta sección pretende, modestamente, proveer herramientas epistémico-dogmáticas al perito contable para su ejercicio, aplicación y “defensa de su causa” en la circunstancia en particular y/o estatus de información que afronte. Es decir, en caso el investigado sea una persona natural o jurídica, con o sin contabilidad, con o sin información contable/financiera, etcétera. Por otro lado, teniendo en cuenta la brevedad que naturalmente connota un artículo como este, pasaremos a exponer brevemente la utilidad de los principios y normas referidas anteriormente respecto al saldo inicial, a diferencia de la NIC1 y principalmente la NIC 7, así como la Doctrina Jurídica Pericial, que pauta sustancialmente el desarrollo pericial, pero, aún más específicamente, la dirección a que va dirigido este artículo.

- i. **Principio de objetividad.** La exactitud del saldo inicial exige objetividad, principio rector para el experto contable, el cual implica y se inicia te-

niendo certeza absoluta de lo que personalmente da fe mediante procedimientos, métodos y técnicas aplicadas. Edificándose de esta forma su independencia de criterio (libre de prejuicios), mecanismo de control de imparcialidad de la prueba pericial.

- ii. **Principio del periodo.** Para “el ente económico en marcha” es indispensable medir el resultado de la gestión económica y con él, desde luego, la liquidez que reporta el saldo final/inicial, generalmente en un periodo de 12 meses, que toma el nombre de ejercicio. En la praxis pericial, tal periodo anual podría variar en función del requerimiento fiscal.
- iii. **Principio de materialidad.** En la determinación del saldo inicial podrían presentarse omisiones, incorrecciones u otros: y, sin embargo, el efecto que produjesen en dicho rubro monetario no lo distorsiona materialmente, por cuanto el perito deberá aplicar el mejor criterio para resolver cada caso en particular teniendo en cuenta este principio de “relevancia”.
- iv. **NIA 805 – Consideraciones especiales – Auditorías de estados financieros únicos y elementos, cuentas o partidas específicas de un estado financiero.** Si bien la labor del perito se desarrolla sobre un objeto y un periodo pericial que se reconoce como un alcance temporal de varios ejercicios económicos (anuales), tal requerimiento podría, además, distinguirse e implicar un pedido específico “determinación del saldo inicial”. Pues bien: esta NIA legitima normativamente el ejercicio y aplicación de las NIA apropiadas a las circunstancias que desarrolle su labor en pro de su objetivo.
- v. **NIA 710 – Información comparativa – Cifras correspondientes de periodos anteriores y estados financieros comparativos.** El saldo inicial, por su ubicación (en el medio de un alcance temporal requerido y no requerido), es un rubro “restringido, difuso, tergiversado”, como más adelante desarrollaremos. Sobre el particular, la obtención de la evidencia suficiente y apropiada deberá establecerse tomando varios elementos para su gestión, importes, revelaciones y comparaciones de estados financieros respecto a ejercicios inmediatamente anteriores al periodo pericial.

- vi. **NIA 706 – Párrafos de énfasis y párrafos de otros asuntos en el dictamen del auditor independiente.** Como habíamos indicado en la NIA anterior, la obtención de evidencia suficiente y apropiada del saldo inicial (teniendo en cuenta su característica) no necesariamente es factible. Podría ser adversa, ante ello, esta NIA señala que el perito debe incluir un párrafo de énfasis en el dictamen teniendo en cuenta que ha obtenido la suficiente y apropiada evidencia para soportarlo.
- vii. **NIA 520 – Procedimientos analíticos.** El perito deberá utilizar procedimientos analíticos mediante un análisis de datos para obtener evidencia suficiente y apropiada. Este análisis le permitirá elaborar un juicio y formar una conclusión final sobre la consistencia del saldo inicial.
- viii. **NIA 510 – Saldo de apertura.** El perito deberá obtener evidencia suficiente y adecuada en los saldos de apertura, haciendo una distinción específica en los saldos del efectivo o equivalente de efectivo, respecto a incorrecciones materiales que afecten los estados financieros.
- ix. **NIA 500 – Evidencia de auditoría.** La seguridad razonable (NIA 200) respecto al saldo inicial se alcanza cuando el perito ha obtenido la evidencia suficiente y adecuada. La suficiencia es la medida cuantitativa de la evidencia de auditoría; lo adecuado o apropiado es la medida cualitativa de la evidencia de auditoría, es decir, su relevancia y fiabilidad para sustentar las conclusiones por las cuales el perito sostiene su opinión.

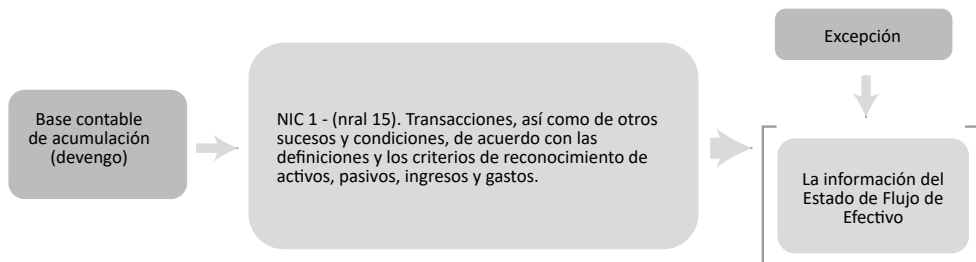
3.2. La NIC 1 (estados financieros)

La NIC 1 precisa la correcta preparación de los estados financieros y cómo a través de su estructura suministra información necesaria para el entendimiento contable y financiero del usuario, estableciendo de esta forma el requerimiento mínimo de información idónea con el objeto de determinar y consistir el saldo inicial, independientemente del periodo o personalidad jurídica del ente económico (persona natural o jurídica). Provisto el juego completo de los estados financieros, el saldo inicial debe valorarse con un carácter de integralidad, es decir, no de forma aislada y/o excluyente a un patrimonio total en el que recaen derechos y obligaciones (activos y pasivos).

Cada estado financiero elaborado se interrelaciona, *ejerciendo un control sistemático* en aquellos para su consistencia técnica, no solo para cumplir la ecuación contable, sino también por un principio propio de la ciencia: el de comprobación. Por ejemplo, el saldo de efectivo reportado por el estado de flujo de efectivo debe ser el mismo que reporta el Estado de Situación Financiera (rubro de efectivo o equivalente de efectivo). De la misma forma, la utilidad expuesta por los Estados de Resultados Integrales después de impuestos debería ser exactamente igual a la expuesta por el Estado de Situación Financiera. Si bien la NIC 1, en su numeral 10, expresa siete ítems respecto al juego completo de estados financieros sobre la materia en particular que desarrolla la presente, consideramos indispensables los cinco primeros:

- i. Un Estado de Situación Financiera (otrora, Balance General).
- ii. Un Estado de Resultados y otro Integral del periodo.
- iii. Un Estado de Cambio de Patrimonio Neto.
- iv. Un Estado de Flujos de Efectivo (NIC 7).
- v. Notas, que incluyan un resumen de las políticas contables significativas y otra información explicativa.

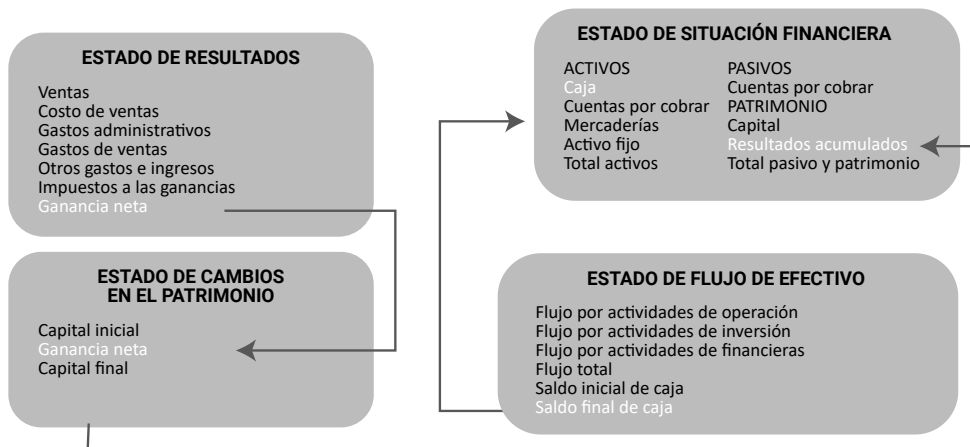
Diagrama 1



Elaboración propia.

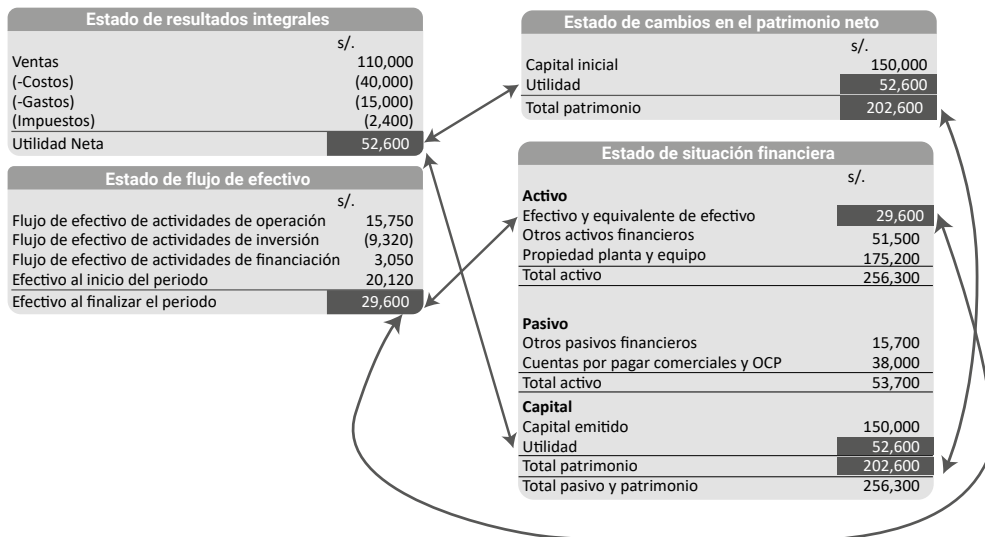
La NIC 1 es el conjunto completo de estados financieros, el cual devala su utilidad, explicando como a través de su estructura integral suministra información al usuario para el óptimo conocimiento y comprensión contable y financiera del ente económico.

Diagrama 2
Los estados financieros



Fuente: Canal @ffbonta

Diagrama 3
Interrelación de los estados financieros



Elaboración propia.

3.3. La NIC 7 (Estado de Flujo de Efectivo)

Haciendo una brevísimas reseña histórica, el Estado de Flujo de Efectivo (NIC7) se inicia con el nombre de “Estado de Recursos” reconocido y ratificado por el Instituto Norteamericano de Contadores Públicos (AICPA) en 1961. Posteriormente, en 1963, el Consejo de Principios de Contabilidad (APB) establece un nuevo cambio en su denominación a “Estado del Origen y Aplicación de los Recursos”. Más tarde, desde julio de 1977, la actual NIC 7 tomó el nombre de Estados de Cambios en la posición financiera, y en diciembre de 1992 redefinió su denominación por el nombre con el cual lo conocemos actualmente, Comité de Normas Internacionales de Contabilidad, siendo adoptado finalmente por el Consejo de Normas Internacionales de Contabilidad (IASB®) en abril de 2001.

Como diría Jaime Correa García en su libro *De la partida doble al análisis financiero* (2016), refiriéndose a tal estado financiero: “constituye un avance significativo por la calidad de información que representa ya que explica con detalle y clasificadamente cómo se generó y utilizó el efectivo en un periodo de tiempo determinado” (p. 181).

Tal norma de contabilidad (NIC 7), sin duda, es la norma más importante que fundamenta técnica y reglamentariamente “la capacidad de la entidad para generar efectivo y equivalente de efectivo, así como las necesidades de la entidad para utilizar esos flujos de efectivo” (p. 1076). Antes de ubicarnos plenamente en dicha norma internacional, atendamos lo conceptualizado por “efectivo” por Ángel María Fierro Martínez y Francys Milena Fierro Celis (2015):

“Efectivo. Representa la liquidez inmediata de la empresa para el cumplimiento del pago de las obligaciones en el corto plazo. La liquidez se fundamenta en el concepto perentorio de la liquidación total de la compañía (sin que ello ocurra) para saber con qué efectivo dispone la empresa (efectivo, bancos y valores equivalentes al efectivo) en un momento determinado para cumplir con el pago de las obligaciones.” (p. 291)

Por fines metodológicos, mediante la presentación de un ejemplo práctico pretendemos evidenciar el rasgo distintivo del “Estado de Flujo de Efectivo” (NIC7) respecto a otro estado financiero (Estado de Resultados Integrales), que en la praxis pericial ha implicado cierta confusión antitécnica, por cuanto es menester despejarla con el tenor siguiente: “Utilidad no es sinónimo de liquidez” (Estado de Resultados Integrales ≠ Estado de Flujo de Efectivo).

3.3.1. Desmitificando una praxis pericial contable: “utilidad ≠ liquidez”

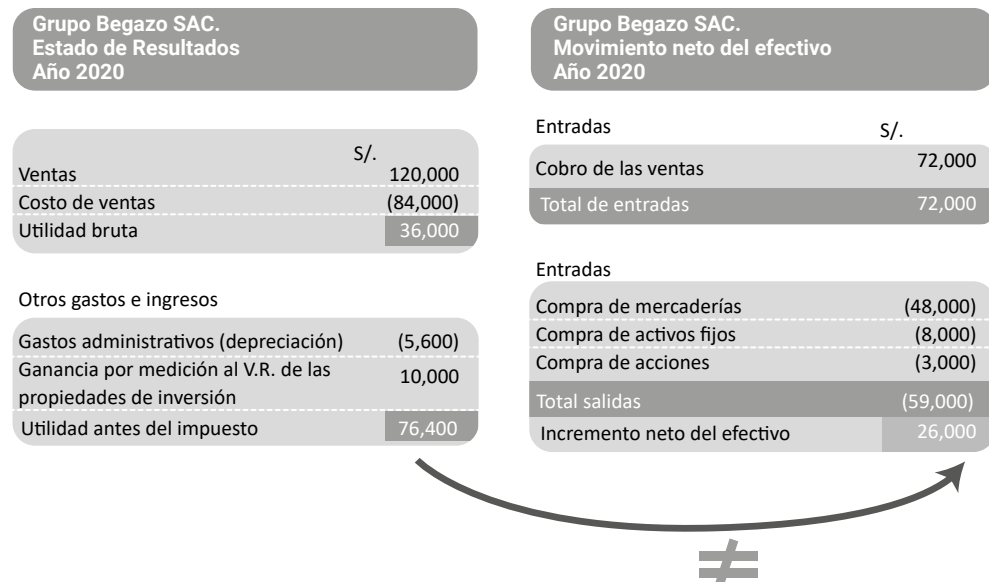
Caso práctico

Durante el año 2020, la empresa Grupo Begazo SAC efectuó las siguientes operaciones:

- a) Ventas anuales, S/120 000; costo de adquisición, S/84 000. En el año se cobró S/72 000.
- b) Se compró al contado mercaderías S/48 000 soles y activos fijos por S/8000.
- c) Se compró al contado acciones negociables por S/3000.
- d) Se reconoció un incremento de sus propiedades de inversión al valor razonable por S/10 000.
- e) Se reconoció el gasto por depreciación (S/5600).¹

A continuación, se presenta el Estado de Resultados y el movimiento neto del efectivo.

Diagrama 4



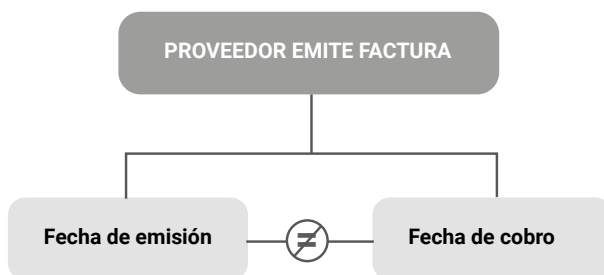
1 Por fines metodológicos, se obvia el saldo inicial de efectivo con el objeto de exponer la idea principal, que evidencia técnicamente la diferencia del resultado contable (S/76 400) versus el movimiento neto de efectivo (S/26 000).

3.3.1.1. Conclusiones

Del siguiente ejemplo se puede concluir técnicamente que:

- i. El Estado Financiero Contable (Estado de Resultados) se elabora en función del principio de lo devengado (el ingreso se registra a la emisión del comprobante de venta y no cuando se cobra tal); mientras que en el Estado de Flujo de Efectivo el ingreso se registra cuando se cobra dicho comprobante de pago, proceder medular en la determinación de la pericia contable (desbalance o equilibrio patrimonial).

Diagrama 5



- ii. El Resultado Contable Financiero de una entidad económica "ganancia o pérdida" *muy difícilmente (por no decir nunca)* será igual al efectivo o equivalente de efectivo generado en un periodo de tiempo. Ambos estados financieros persiguen fines distintos.
- iii. El Estado de Resultados integra partidas no monetarias (ejemplo, la depreciación), mientras que la NIC 7 solo a flujos de efectivo o equivalentes de efectivo (partidas monetarias). Característica semejante a la determinación del dictamen pericial.
- iv. La praxis pericial contable que asemeja habitualmente a la utilidad o ganancia con la liquidez (disposición de efectivo) es un error garrafal o facilismo a causa generalmente de la indisposición de información.
- v. La determinación del saldo inicial exige técnicamente tomar conocimiento sobre el Estado de Flujo de Efectivo, normado por la NIC7, respecto a los años previos al alcance temporal.

- vi. La consistencia técnica del saldo inicial debe ser complementada con el “Conjunto de Estados Financieros” establecidos en la NIC 1, independientemente de la información documental que integra la carpeta fiscal de la investigación, la cual se someterá a validez por el experto contable.

3.3.2. Su congruencia técnica con el resultado pericial

Por fines metodológicos, con el fin de exponer la directriz técnica o la ejecución por sobre el cual se distingue el Estado de Flujo de Efectivo (NIC7) en una pericia contable, se expone el siguiente caso práctico.

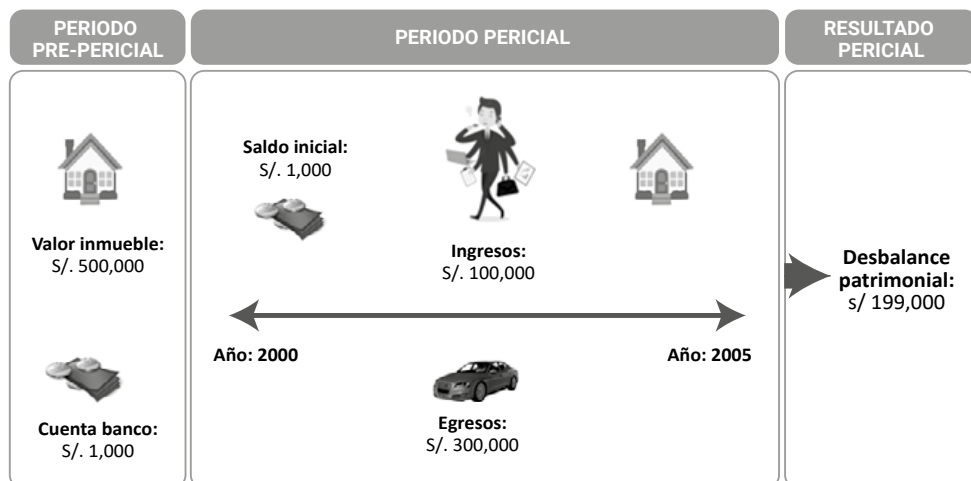
Caso práctico

“Investigación contra el alcalde Joaquín”

Pericia contable (ver diagrama siguiente)

- a) Periodo pericial: 01.01.2000 al 31.12.2005.
- b) Patrimonio antes del periodo de investigación al 31.12.1999:
 - Un inmueble de S/500 000.
 - Cuenta bancaria (S/1000).
- c) Durante el periodo de investigación
 - Obtuvo ingresos por remuneraciones (S/100 000).
 - Incurrió en egresos por compra de un auto de alta gama (S/300 000).
 - Mantuvo en propiedad un inmueble de S/500 000 (antes y después del alcance pericial).
- d) Resultado de la pericia contable: “Desbalance patrimonial” por S/199 000.

Diagrama 6



Determinación del resultado

Joaquín:

Ingresos:	Saldo inicial	S/ 1,000
	Remuneraciones	S/ 100,000
Egresos:	Compra vehículo	S/ -300,000
Resultado:	Desbalance patrimonial	S/ -199,000

La regla general, según la NIC 7, es que todo bien o derecho que sea monetizado o efectivizado dentro del periodo pericial es susceptible de ser computado en la pericia contable, impactando consecuentemente en el resultado de la misma (este incluye al saldo inicial). Es decir, el saldo inicial solo cobrará interés si evidencia efectivo, liquidez al último día del año inmediatamente anterior al periodo pericial según sus Estados Financieros o documentos que fehacientemente lo evidencien. Entiéndase monetizado o efectivizado a la conversión de los derechos, bien mueble o inmueble a efectivo o equivalente de efectivo líquido.

Desarrollo

- a) Antes del periodo pericial
 - El inmueble de S/500 000 de propiedad de Joaquín, al no ser líquido (monetizado), no es computable, no tiene relevancia cuantificable para el resultado pericial.

- b) En el periodo pericial
 - La cuenta bancaria por S/1000 es una partida computable para el resultado pericial por su naturaleza líquida (efectivo o equivalente de efectivo).
 - Los ingresos por remuneraciones por S/100 000 (efectivo computable).
 - El egreso por la adquisición del vehículo: S/300 000 (bien mueble efectivizado, en consecuencia, computable a la determinación pericial).
 - Respecto al inmueble, independientemente de su valor de S/ 500 000, su exclusiva tenencia no reditúa liquidez, no afecta en absoluto en la determinación del resultado pericial porque no altera el efectivo o equivalente de efectivo.
- c) En el resultado
 - En conclusión, el resultado expondrá la diferencia de los flujos de ingresos y egresos respecto a rubros cuya naturaleza conciban al efectivo o equivalente de efectivo.

IV. UBICACIÓN NORMATIVA DEL EFECTIVO O EQUIVALENTE DE EFECTIVO

4.1. Oficialización normativa de alcance nacional

El Consejo Normativo de Contabilidad, creado por Ley N.º 28708 (Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad), en cumplimiento de sus funciones (LGSNC), oficializó la aplicación de todo el bloque de normas internacionales (IFRC, Prólogo, traducción española) de contabilidad paulatinamente desde el año 1994; entre ellas, las NIC, marzo de 1994, la SIC desde diciembre del 2000, la NIFF desde marzo del 2005 y las CINIIF desde marzo del 2008.

Por otro lado, el mismo ente normativo, mediante Resolución N.º 008-97-EF/93.01, obliga al perito contable, en su rol de examinador independiente, el cumplimiento de las Normas Nacionales e Internacionales de Auditoría reconocidas por los congresos nacionales de contadores públicos, en concordancia con los Principios de Contabilidad Generalmente Aceptados y la observancia de las normas del Código de Ética Profesional. En su defecto, incurre en culpa inexcusable (artículo 1319, Código Civil peruano).

Por último, el Consejo Normativo de Contabilidad aprobó, mediante la Resolución N.º 002-2019-EF/30, el nuevo plan contable 2020, actualizando el plan contable anterior (2010), de obligatorio cumplimiento a partir justamente del año 2020. Respecto al tema, se conforma la cuenta 10 efectivo y equivalente de efectivo de la siguiente forma:

Diagrama 7

ELEMENTO 1: ACTIVO DISPONIBLE Y EXIGIBLE 10 EFECTIVO Y EQUIVALENTES DE EFECTIVO

- 101 Caja
- 102 Fondos fijos
- 103 Efectivo y cheques en tránsito
 - 1031 Efectivo en tránsito
 - 1032 Cheques en tránsito
- 104 Cuentas corrientes en instituciones financieras
 - 1041 Cuentas corrientes operativas
 - 1042 Cuentas corrientes para fines específicos
- 105 Otros equivalentes de efectivo
 - 1051 Otros equivalentes de efectivo
- 106 Depósitos de instituciones financieras
 - 1061 Depósitos de ahorro
 - 1062 Depósitos a plazo
- 107 Fondos sujetos a restricción
 - 1071 Fondos en garantía
 - 1072 Fondos retenido por mandato de la autoridad
 - 1073 Otros fondos sujetos a restricción

V. LA NECESIDAD DE CONSISTIR LA DETERMINACIÓN Y FIABILIDAD TÉCNICA DEL "SALDO INICIAL" DE LA PERICIA CONTABLE EN EL PROCESO PENAL

5.1. Por características del concepto

El carácter de necesidad de establecer técnicamente el saldo inicial surge a consecuencia de las contingencias, indisposición, insuficiencia e inapropiada información contable-financiera presentada por el investigado y/o contenida en la carpeta fiscal. Ello sin tener en cuenta la posible adecuación o instrumentalización pericial por parte de la defensa en la interna del desarrollo técnico con el

objeto de obtener un resultado cuantitativamente conveniente, lo que afecta providencialmente al resultado de la pericia contable y al mismo desarrollo de la administración de justicia, es decir, al propio proceso como tal. Veamos.

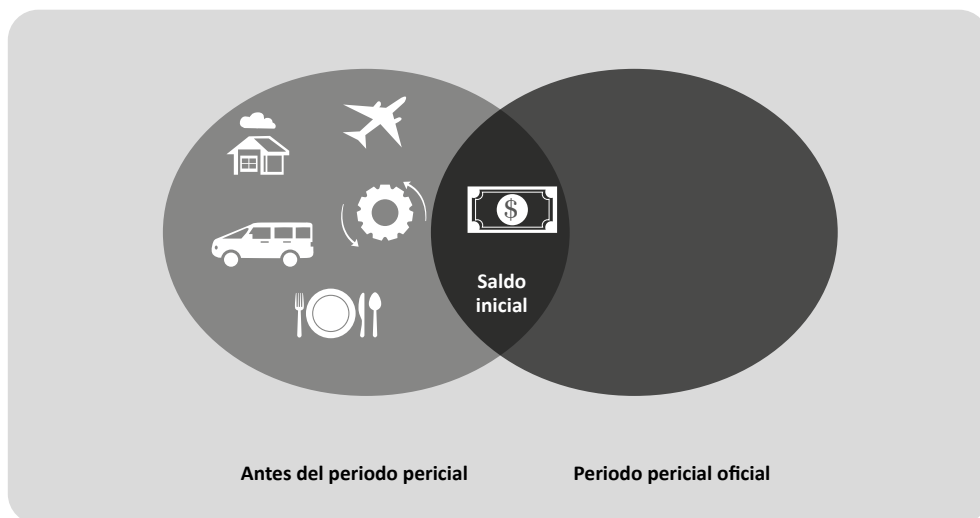
5.2. El carácter restringido del saldo inicial

Establecido el periodo pericial por el fiscal, el saldo inicial es el efectivo o equivalente de efectivo resultante al 31 de diciembre del periodo anterior. El saldo inicial temporalmente se ubica dentro del periodo pericial; sin embargo, deviene como producto final y líquido de la diferencia de ingresos y egresos de toda una economía precedente al periodo pericial.

Pero ¿por qué restringido?

A diferencia de los movimientos económicos que tienen lugar en el periodo pericial, establecido por el fiscal, en el que el perito contable tiene la amplitud procesal y legítima-técnica-documental (información de la parte y levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil, entre los más importantes) de tomar conocimiento de todos los rubros económicos que desarrolla el investigado, así como de *establecer la congruencia y correspondencia de ingresos y egresos (bienes, derechos y obligaciones)* incurridos por aquel; sin embargo, el saldo inicial que deviene del saldo final del año anterior (periodo no pericial), va a ver sometida la extensión de su análisis respecto no solo de los periodos anteriores, sino también de los rubros distintos al efectivo o equivalente de efectivo (rubros del Estado de Situación Financiera), que referencian técnicamente la envergadura o dimensión económica del investigado, para justamente acreditar el saldo inicial, entre otros. En principio, al parámetro legal que establece el periodo pericial (fiscal o juez); luego, a la exclusiva, aislada y conveniente información que el investigado quiera o no proveer (cual carta en un juego de póquer), teniendo en cuenta en quién recae la carga de la prueba. Por fines metodológicos, lo graficamos de la siguiente manera (diagrama 8).

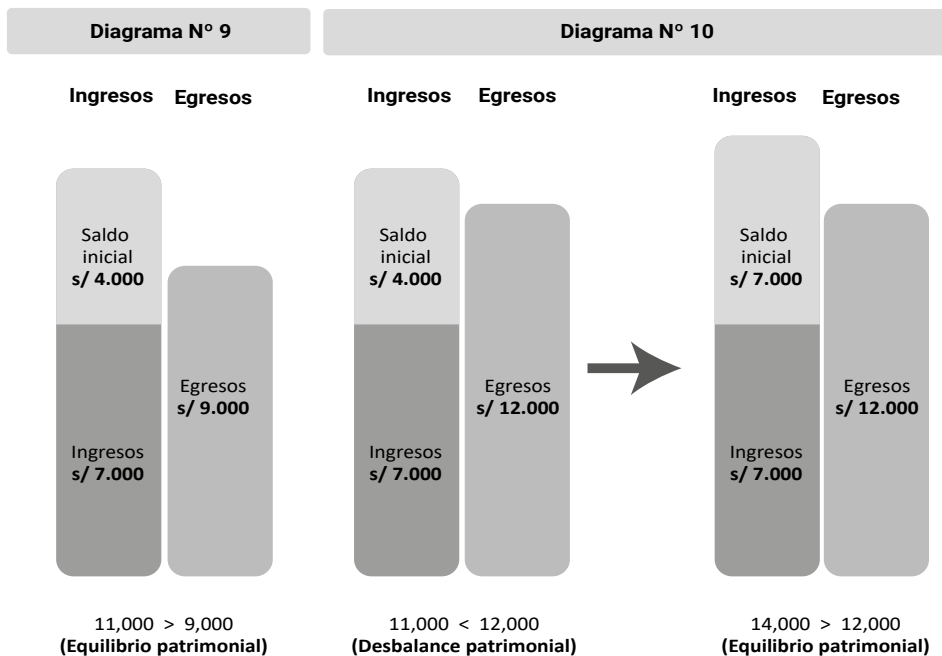
Diagrama 8
Bifurcación del saldo inicial



5.3. El carácter decisivo del saldo inicial en el resultado

Establecido el periodo pericial por el fiscal, el resultado de la pericia contable no es producto exclusivo de los ingresos y egresos del referido periodo fiscal, sino, y como ya dijimos, el saldo inicial muchas veces define el resultado final de la pericia contable, como se puede ver en el diagrama siguiente. En otras ocasiones, y por razón de plena impunidad, el real saldo inicial cuantitativamente “inconveniente” para el investigado incluso puede ser “adecuado”, “producido”, con información sin fehaciencia pericial y calidad probatoria, es decir, con simples declaraciones juradas de carácter civil, notarial contractual o declaraciones en sede policial y fiscal, e incluso rectificaciones tributarias, post apertura de instrucción fiscal (ver diagrama 9 y 10). Temas que desarrollaremos más adelante. Por ello resulta medular y decisiva, de cara a la consistencia correcta del saldo inicial, la debida suficiencia y calidad en la fundamentación técnica del mismo, entendido no solo de forma literal, volátil, superflua o secundaria, sino de mínimo y necesario cumplimiento, en base concretamente al bloque de normas ya desarrolladas que regulan al respecto.

Diagramas 9 y 10



5.4. El carácter controvertido, tergiversado del saldo inicial

El saldo inicial, por su condición demostrada anteriormente facilita su adecuación y “producción” (por su condición innata de ser difuso, controvertido, tergiversado y por su natural restricción legal), siempre dentro de un proceso penal cual fuese el delito económico. En el ejemplo referido anteriormente (diagrama 10), siguiendo la premisa del período fiscal 2000 a 2005 vemos en ese caso, como el saldo inicial se puede obviar, ocultar, indisponer y producir su resultado, determinando y defendiendo virtualmente la posición de la parte, con el objeto de ponderar el conveniente saldo inicial (saldo final al 31.12.1999).

5.4.1. Por insuficiencia, impropiedad e inobservancia de la prueba pericial

En la oportunidad que mejor favorezca, la defensa de parte generalmente no fundamenta el saldo inicial, a diferencia de otras partidas (enmarcadas y sujetas por el período pericial). Esto se identifica en las siguientes contingencias:

- 1. No entrega información.** Nos referimos simplemente a la no disposición de información contable-financiera por parte del investigado al proceso, al “expediente muerto”, siendo este además el universo documental del trabajo pericial. Tal hecho generalmente obedece, más que a una no tenencia real y legítima de la información, a una estrategia de defensa (omisión). *Producción de prueba post requerimiento, fiscal: contable, contractual, societaria, notarial, tributario, etcétera*, además de otras prácticas de normas especiales que promueve la defensa.
- 2. Entrega de información insuficiente y no adecuada (no apropiada). “Pura panca, pocos granos”.** Aquí nos referimos a la carencia de información sensible en dos elementos medulares que afectan la prueba pericial, regulados específica y especializadamente por las normas internacionales de auditoría NIA 500 (IAASB, 2016), que rigen a la profesión contable en su rol de perito, auditor, revisor, verificador, inspector, examinador o, mejor aún, investigador. Aludimos al carácter de suficiencia que advierte la cantidad de información, mientras que lo adecuado o apropiado concierne la calidad de la información. Tal sintaxis gramatical no es disyuntiva, es decir, señala que la evidencia de la prueba debe reunir e integrar ambas características, lo que muy pocas veces confluye en el “escenario pericial” en un proceso penal.
- 3. Inobservando la prueba pericial judicial.** Al respecto, la defensa suele presentar como medio de prueba con el propósito de sustentar el saldo inicial e ingresos en general, simples declaraciones juradas, en la instructiva en sede policial o indagatorias en sede fiscal. Así, también, ejerce una producción de declaraciones juradas instrumentalizando convenientemente todas las materias especializadas que les puedan ser útiles (civil, societaria, notarial, entre las más acusadas).

Si bien el perito contable debe cumplir normas internas propias de la profesión o especialidad, su desarrollo lo obliga a tener en cuenta la normativa judicial que afecta la prueba pericial contable.

Respecto al párrafo anterior, por citar un ejemplo, traemos a mano el Recurso de Nulidad N.º 1287-2018 (2019), el cual establece la no idoneidad de las pericias contables que se ejecuten con base en meras

declaraciones o meras afirmaciones, pues no califican como información objetiva, principio rector de la pericia contable.

4. **Diligencias o actuaciones judiciales controvertidas.** Como más adelante presentaremos mediante un enlace virtual (Frank Almanza, 2018, entrevista al fiscal superior en el caso Sánchez Paredes), la pericia de la defensa muestra nuevas pericias en las que incluyen hechos nuevos. Ante ello, el juez de oficio no ordenó peritar al respecto, así como tampoco permitió al fiscal someter tales pericias al contradictorio.

5.4.2. “Ampliación facultativa” del periodo “pre-pericial”

Una práctica muy recurrente que despliega la defensa de parte facultativamente, a partir de la problemática del saldo inicial aquí desarrollada, es la elaboración de una pericia respecto a un alcance temporal anterior al periodo pericial oficial, establecido por el fiscal. Con el fin de sustentar el saldo inicial, es decir, el saldo final de tal periodo “pre-pericial”, por entenderlo metodológicamente en adelante así, tiene la particularidad de tres eventos: emitir un resultado en función de información no equiparada y sesgada que favorece plenamente al investigado, con una directriz de producir un saldo inicial en el periodo pericial, que permita cuantitativamente, cuando menos, al confundirse e integrarse con los ingresos y egresos del periodo pericial oficial, obtener un conveniente resultado pericial que favorezca simple y sencillamente al investigado:

Indicadores

- a) El perito oficial, respecto al periodo “pre-pericial”, no cuenta con información oficial o neutral, dado que el levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil no lo alcanza temporal y legalmente.
- b) El perito de parte produce el saldo inicial con información que el investigado convenientemente acopia y emite un resultado en función de dicha información controlada por una sola parte (la defensa).
- c) El perito oficial, en mayor cuenta, se sujeta y limita a evaluar la información que desarrolla y anexa la pericia de parte a la carpeta fiscal.

d) El perito oficial, para cuestionar la pericia "pre-pericial" de la defensa, no necesariamente se obliga a elaborar una pericia por el periodo "pre-pericial", dado que jurídicamente no es parte del requerimiento asignado por el fiscal.

e) En el examen y contraexamen oral, el perito oficial queda expuestamente en desventaja frente al perito de parte, esencialmente por el detrimento documental al que se enfrenta, por un periodo que no es parte de su labor, con el rigor que esta demanda. Peritar una pericia ajena es impropio, porque el resultado de una pericia emana de la información, no de un producto terminado, es decir, de otro resultado. Sin dejar de tener en cuenta la autonomía profesional de la que goza cada perito.

f) En algunas ocasiones, el perito oficial podría no decidir incluir el saldo inicial para evitarse lo referido anteriormente (caso Walter Chacón Málaga).

Los saldos iniciales determinados en las pericias de parte generalmente presentan las siguientes características:

- i. Un saldo final positivo, producto del periodo pre-pericial, que no es otra cosa que el saldo inicial del periodo oficial)
- ii. El saldo final positivo resultante es de cuantía importante permitiéndole, *cuando menos*, al integrarse a los ingresos y egresos del periodo pericial, *arrojar aritméticamente* un equilibrio patrimonial, es decir, "no desbalance patrimonial".
- iii. Sustento documental carente de suficiencia y propiedad, obviando la objetividad como principio directriz de la pericia contable.
- iv. La información documental por la cual se sustenta el saldo inicial se caracteriza por ser de carácter privado (contratos de orden civil, préstamos, reconocimientos de préstamos, contratos de prestación de servicios, declaraciones juradas) o tributarias (declaraciones juradas rectificadas post requerimiento fiscal, entre otras).
- v. Cuando se trata de periodos precedentes a la pericia oficial, antiguos o muy antiguos, en los que no hay documentación física, aducen a la pericia económica (caso Sánchez Paredes, periodo pre-pericial desde el año 1959 a 1990).

Apreciación

Si bien la prueba pericial contable en la administración de justicia contribuye al esclarecimiento de los hechos, en la praxis, si nos referimos específicamente a las pericias de periodos anteriores a la pericia oficial, facultativamente asumidas por la parte investigada, desde nuestro punto de vista, *al no sujetarse tales pericias “pre-periciales” a la presentación del conjunto de estados financieros referidos en el punto 3.2, tales pericias “pre-periciales” se alejan de su fin esencial, el cual es esclarecer el saldo inicial; contrariamente, indisponen técnicamente al perito oficial, dado que este último se sujeta inicialmente, de acuerdo con la ley, a elaborar la pericia oficial sobre el alcance temporal requerido legalmente por el fiscal, con base en la documentación que proporcione el investigado (Recurso de Nulidad N.º 1287-2018, 2019) o las que tuviera de entidades privadas y/o en función del levantamiento del secreto bancario, reserva tributaria y bursátil. Sin embargo, la pericia “pre-pericial” se elabora en función de información pública, pero principalmente privada, que generalmente se “produce” por la parte investigada, post requerimiento fiscal. Otro punto importante a tomar en cuenta es la desventaja a la cual se expone el perito oficial en un examen y contraexamen, teniendo en cuenta que el perito oficial técnicamente debería afrontar y responder sesudamente sobre una pericia que no ha hecho, con la limitante de no poder descalificar el resultado de la pericia “pre-pericial”, no solo porque cada perito contable goza del principio de autonomía e independencia de criterio profesional (Junta de Decanos del Colegio de Contadores Públicos, 2005) (Código de Ética IFAC), sino también porque aquella se debiera confrontar con otro resultado global (que deviene de un análisis integral) de una pericia semejante a su temporada (si no, cuál sería el sentido de la pericia de parte ante una oficial por el periodo requerido por el fiscal?), que el perito oficial no ha hecho dado que no es parte del requerimiento fiscal. Al respecto, el perito oficial únicamente perita tal periodo “pre-pericial” con la máxima posibilidad técnica de revisarlo, contrastarlo y, en la medida en que pueda, observarlo. Queda así socavado no solo la igualdad de armas, sino además el principio del contradictorio propiamente, y con él, la posibilidad de llevarse a cabo equiparable y plenamente un examen y contraexamen, de igual a igual, en pie de igualdad. Afectando ello, más que a la actuación pericial, la eficacia del proceso como tal.*

5.4.3. Problemática del saldo inicial en casos judiciales específicos

A continuación, algunos casos que han tenido como “protagonista” la temática “saldo inicial”.

5.4.3.1. Casos judiciales

5.4.3.1.1. Caso “Carlos Burgos”

Jessica Karina Oviedo Alcázar, la entonces procesada por enriquecimiento ilícito y lavado de activos, en calidad de autora directa, quien durante el ejercicio del cargo de asesora externa del despacho de la alcaldía del Concejo Distrital de San Juan de Lurigancho, en los periodos de 2007 al 2008, incrementó ilícitamente su patrimonio, presentando un desbalance patrimonial por la suma de S/229 541,33. Ella, entre otras personas naturales y jurídicas, apelan la sentencia condenatoria, la cual fue resuelta por el colegiado A de la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios (Expediente N.º 00008-2014-19-5001-JR-PE-01, emitido con fecha 25.8.2017).

Sentencia de Apelación – Resolución N.º 07

Expediente N.º 00008-2014-19-5001-JR-PE-01

H.2 Respecto a la falta de valoración del saldo inicial de la imputada incluido en una pericia de parte:

5.21 La procesada señala que no se valoró en la pericia contable oficial el saldo inicial para el periodo 2007 con el que contaba, de acuerdo con una pericia de parte. *Esto se habría dado en la medida en que no se habrían considerado los valores de sus propiedades muebles e inmuebles, así como ahorros que, señala, habría ido acumulando a partir del año 2000.*

5.22. Esta Sala advierte que lo señalado en el presente agravio ya ha sido respondido por el juzgado de primeras instancias, que señaló en la sentencia recurrida que los ingresos previos no eran considerados por estar fuera del periodo de investigación. Cabe añadir, sin embargo, como señaló el Ministerio Público en sus

alegatos de cierre del juicio oral, que no tendría ningún sentido considerar parte del saldo inicial de capital disponible para adquisiciones a los bienes no líquidos (como propiedades inmuebles, joyas, o acciones y participaciones sociales). *Esto es así porque en la pericia contable se analizan los gastos e ingresos, es decir, el patrimonio en un sentido dinámico.* El patrimonio estático, por supuesto, implica riqueza y acumulación de bienes, pero debe ser liquidado para posibilitar una adquisición posterior.

Apreciación

Los párrafos precedentes manifiestan nítidamente la “eterna confusión” que distingue, entre varias, la concepción del saldo inicial, la cual deviene principalmente desde el lado de la defensa, confundiendo, cual sinónimos, los bienes muebles e inmuebles (propiedades planta y equipo NIC 16) con efectivo o equivalente de efectivo por el hecho de que tales bienes son susceptibles de valorización económica. Sin embargo, estos no gozan de liquidez. *Por otro lado, si bien la intervención de la sala intenta aclarar la temática en cuestión, no es distante a la realidad precisar que, tanto los descargos periciales escritos como las actuaciones orales, examen y debate periciales, no responden ni sientan su posición desde un ángulo normativo-técnico que otorgue el grado de certeza y confianza, de saber que aquel se desarrolla desde una concepción garantista. Citando, por ejemplo, al plan contable general, las Normas Internacionales de Contabilidad (NIC’s), NIC 1, NIC 21 y medularmente la NIC-7, como anteriormente ya lo hemos desarrollado. Dado que, de no concebirlo así (como personalmente acreditan los casos emblemáticos a la luz, y en mi modesta experiencia personal), tal controversia se seguirá entendiendo, por decirlo de algún modo, metodológicamente, como una “máxima de la experiencia”, como un “uso y costumbre” o una “práctica consuetudinaria” a debatir, cuando tal bifurcación se sustenta en normas específicas, especializadas.*

Por otro lado, concluir que lo manifestado anteriormente implica no solo a la parte investigada, sino también a los operadores de justicia (no peritos contadores-economistas), invitándoles o sugiriendo modesta y respetuosamente a afianzar el concepto pericial tomando bases doctrinarias, científicas y normativas que permitan sentar las bases o lineamientos mínimos a tener en cuenta, disuadiendo de esta forma pareceres particulares de las partes, en sus actuaciones judiciales y examen-contraexamen.

5.4.3.1.2. Caso “Walter Chacón Málaga”

Uno de los casos más largos de delito de función pública que haya citado la problemática del “saldo inicial” se presenta en el caso en mención, 13 años, delito contra la administración pública – Corrupción de funcionarios, en la modalidad de enriquecimiento ilícito en agravio del Estado (Recurso de Nulidad N.º 2939-2015, Sala Penal Permanente, del 12.7.2017). La sala resuelve no haber nulidad en una sentencia previa emitida por la Tercera Sala Penal Liquidadora de la Corte Superior de Justicia de Lima, del 12.10.2015, la cual falla absolviendo de la acusación fiscal a la familia del principal investigado, Walter Chacón Málaga, en la calidad de cómplice del delito contra la administración pública. Así, tenemos:

Recurso de Nulidad N.º 2939-2015

Trigésimo Quinto:

Al respecto en el juicio oral al momento de examinar a los Peritos, *uno de los puntos materia del debate fue precisamente si los encausados contaban con un saldo inicial o patrimonio histórico, el mismo que no llegó a ser considerado en el Informe Pericial Contable número 002-2015-CPPE-CS-PJ*. Así, la razón expuesta en el plenario por los peritos suscribientes del citado informe (sesión de tres de marzo de dos mil quince obrante a fojas ciento cinco mil ochocientos cuarenta), fue la siguiente: “(...) a nosotros nos piden un periodo de mil novecientos noventa al año dos mil (...) con respecto a los saldos iniciales, no están dentro de nuestro pedido de solicitud de hacer una determinación ni a la consideración, entonces simplemente hemos tomado la información con la que contamos desde mil novecientos noventa hasta la del año dos mil y hemos hecho compulsas.

Más adelante indican: “(...) hemos señalado que no hemos revisado porque no está dentro (...) de la solicitud de la sala”. Y sigue:

(...) No obstante, ante la pregunta de la defensa de los encausados respecto a la incidencia que tendría en los resultados de la pericia, precisaron: *Claro, no le estoy diciendo si es negativo sería mayor lo que se está determinando, si es positivo disminuiría*

en algo el porcentaje que se está estableciendo... (refiriéndose al resultado de la pericia que determinó desbalance patrimonial).

En el mismo párrafo, la Sala concluye:

“De las razones expuestas por los peritos respecto a este extremo de cuestionamiento, se infiere lo siguiente: a) No se efectuó el análisis del saldo inicial, porque no fue solicitado por la Sala superior; y b) El no haberse tomado en cuenta el saldo inicial, incidiría —ya sea en positivo o negativo— en el resultado... (...)”

Apreciación

El caso “Chacón Málaga” desprende “la característica contingente” del saldo inicial señalada en los puntos 5.2 y 5.3 de este artículo, de modo que nos refiere al aspecto “confuso, tergiversado” pero decisivo de aquel. Siendo que, sobre el particular, la defensa “puso sobre la mesa del debate” la determinación legítima y consideración técnica del saldo inicial dentro del periodo pericial. Es decir, los peritos oficiales fueron requeridos para elaborar una pericia cuyo alcance pericial va desde 1990 al 2000, periodo en el cual el saldo inicial de efectivo o equivalente de efectivo es el reportado como efectivo disponible al día 01.01.1990. Sin embargo, la defensa de parte, al percatarse de que los peritos oficiales no establecieron una cifra como saldo inicial, expusieron a error el informe pericial por no íntegro, siendo este reforzado con la respuesta de los peritos oficiales, quienes alegaban que la determinación del saldo inicial no fue parte del requerimiento del fiscal.

Por otro lado, sobre el tercer y cuarto párrafo simplemente se distingue el carácter decisivo del saldo inicial en el resultado pericial, independientemente de su resultado (desbalance patrimonial o no), sentándose una conclusión final: el saldo inicial positivo afectará al resultado total de manera positiva (si es negativo, lo contrario), permitiendo no solo un mayor valor al ingreso total del investigado, sino posibilitando el eventual balance patrimonial (Ingresos > Egresos). Resultado contrario si es negativo.

5.4.3.1.3. Caso “Sánchez Paredes”

Mediante una entrevista del 01.02.2018, el fiscal superior Frank Almanza manifestó, indirectamente y sin proponérselo, en varias partes de tal entrevista (Enlace audiovisual en la Bibliografía), la problemática del saldo inicial que “pone sobre la mesa” y aporta a este caso en particular.

Nos referimos a la instrumentalización de tal saldo por parte de la defensa, que trasciende incluso el ámbito pericial, técnico, con lo que resulta pasible de adecuaciones de índole “cuantitativo y cualitativo”, en función claramente de impunidad (como lo desliza la propia entrevistadora del Ministerio Público). En otro lado distinto a la entrevista, de acuerdo con información de la web (Sala Penal Nacional, 2018), hemos tomado conocimiento de que se ha practicado pericias desde el año 1959 al año 1990 que pretenderían sustentar el saldo inicial al año 1991 (Sala Penal Nacional, 2017). (ver entrevista y documento en la bibliografía). Sin embargo, de algunas partes de la entrevista se desprende lo siguiente:

- i. En etapa de instrucción (Código de Procedimientos Penales), la defensa de Sánchez Paredes presentó ingresos por la actividad de pesquería por 10, 12, 18 millones con la sola declaración del investigado (minuto 14:00 de la entrevista), el cual impacta sobre el saldo inicial, como más adelante desarrolla la entrevista.
- ii. El abogado de los Sánchez Paredes, según entrevista, dijo (respecto a las pericias elaboradas por su perito con el saldo inicial e ingresos referidos en el párrafo anterior) que fue “*un remedio de emergencia*” para salvar situaciones como medidas detención o prisión preventiva (minuto 15:16 de la entrevista).
- iii. Posteriormente, la defensa presenta 21 peritajes en la etapa de juicio, en la cual la fiscalía detecta que los saldos iniciales millonarios referidos en el primer párrafo *habían reducido “dramáticamente” (como lo articula el mismo fiscal haciendo notar la alteración notable de saldos iniciales e ingresos)*. El fiscal, al respecto, se pregunta, si tenía toda esa información correcta, por qué se demoraron 12 años en presentarla (minuto 16:45 de la entrevista).

Apreciación

Como se desprende, la sobrevaloración establecida del saldo inicial en la etapa de instrucción por parte de la defensa tuvo un fin concreto, declarado por el mismo abogado de la defensa: “sortear, soslayar la prisión preventiva”. Posteriormente “habrían sincerado” el saldo inicial, *reduciéndolo aproximadamente en un 98 a 99 %* de su valor inicial (es decir, de 10 millones a 100 mil soles aproximadamente, entre otras). Ratifican de esta forma la *“deliberada” facilidad de usar, alterar y desechar el concepto del saldo inicial “de fachada”, “construido”* para la ocasión (etapa de investigación preparatoria), *“rectificándose”* presunta y posteriormente con unas nuevas 21 pericias ocurrentemente en etapa de juzgamiento. Muy lejos de guardar o enarbolar celosamente directrices y características de la especialidad pericial, objetividad y fiabilidad, asemejando a la pericia como tal a una simple declaración jurada de parte, en la cual el investigado dice y se desdice, violando la característica del conocimiento científico más básico, sistemático y comprobable. Tener presente que, la problemática del saldo inicial es imperecedera, de nunca acabar, dado que en la gran mayoría de casos en delitos económicos *los periodos periciales establecidos por el fiscal se inician en un lapso de tiempo que improbablemente coincide con el inicio de la actividad económica del investigado*. Por consiguiente, casi siempre habrá una “puerta falsa”, una “carta de recambio” que pondrá en riesgo la imparcialidad por sobre todo de una pericia de parte, que, con el modesto aporte de la presente, esperamos modestamente resolver o cuando menos posibilitarlo.

VI. PROPUESTA TÉCNICA DE DETERMINACIÓN DEL SALDO INICIAL, ENFOQUE PERICIAL CONTABLE Y “COOPERACIÓN” PROCESAL PENAL (ARTÍCULO 177, NUMERAL 2, CPP)

Como ya se ha desarrollado, la determinación objetiva del saldo inicial guarda una relación particularmente directa con el resultado de la pericia. *Por ello, consideramos que debiera llamar la atención singularmente a la administración de justicia, entendiendo aquel concepto no como un rubro más, de “común denominador”, ni como “parte de un todo” de la prueba pericial, sino como un “tema aparte de”,* por la característica esencial y providencial que envuelve a este: *“decidir” el resultado pericial desde su restricción legal*. A continuación, desarrollaremos nuestra propuesta para determinar el saldo inicial *en función de dos aspectos necesariamente integrados para su fin*: el

técnico, que corresponde a la especialidad pericial cooperado por el Código Procesal Penal, activando útil y provechosamente el artículo 177, numeral 2 (CPP), fundamentado por el caso de Pedro Pablo Kuczynski Godard, Expediente N.º 00019-2018-9-5201-JR-PE-03, Resolución N.º 5, de fecha 8.2.2019, emitida por la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios de la Corte Suprema de Justicia de la República.

6.1. “Cooperación” procesal penal

El perito de la defensa, en virtud del artículo 177, inciso 2, del Código Procesal Penal (CPP), y con el objeto de materializar las garantías y derechos, faculta a este a presenciar las operaciones periciales llevadas a cabo por el perito oficial, Caso Pedro Pablo Kuczynski Godard (Sala Penal Nacional de Apelaciones, 2019), lo cual implica la reunión de ambos peritos, reconocida en la praxis como “instalación de mesa de trabajo”.

Por otro lado, en atribución del expediente citado del mismo caso, la resolución de la Sala Penal Nacional de Apelaciones se expresa sobre el derecho a probar, clarificando que este implica que no solo la defensa puede producir, ofrecer y que le admitan las pruebas (Sala Penal de Apelaciones, 2019), sino también *a participar de la producción de la prueba*, lo cual habilita la facultad a la parte investigada, de cara a nuestro objeto, de determinar el saldo inicial. A continuación, su finalidad.

Utilidad objetiva

- i. **Alcance documental.** Dejar constancia en esta “mesa de trabajo”, de forma precisa y detallada, *el íntegro de información de carácter técnico* (contable - financiera, legal, societaria, tributaria, etcétera) que sustentaría exclusivamente la determinación del saldo inicial del investigado.
- ii. **Determinación puntual.** Teniendo a mano el total y definitivo universo de información documental contenida en la carpeta provista por las partes, constar la cuantificación *exacta* del saldo inicial fundamentado por su análisis técnico, doctrinario, normativo, que lo sustente.

Utilidad subjetiva

Evidenciar, en el desarrollo de una institución específica, el comportamiento procesal de la parte investigada en el esclarecimiento de los hechos, respecto a la producción de la prueba.

Fundamentales, *la suficiencia y lo adecuado (apropiado)* por la primera, refiriéndose a la cantidad de información de carácter técnico y objetivo que va a acreditar el saldo inicial. Sobre la segunda, lo adecuado; se refiere a la calidad de la información, el cual queda a merced del juicio y valoración del experto.

6.2. Doctrina pericial jurídica

La doctrina jurídica pericial apela a los “medios de prueba” establecidos por el ordenamiento penal (doctrina, jurisprudencia, leyes, resoluciones judiciales, acuerdos plenarios, etcétera), los cuales regulan la conducta del perito en la obtención de la prueba pericial. Aquí algunos ejemplos:

90

“Caso: Esteban Vivanco Soto e Isaac Vivanco Soto”

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Transitoria

Recurso de Nulidad N.º 719-2018-Apurímac

Emitido el 20.3.2019

11.2. El informe debe haberse elaborado de acuerdo con las reglas de la lógica y conocimientos científicos o técnicos. *Debe existir correlación entre los extremos propuestos por las partes y los expuestos por el dictamen pericial, así como la correspondencia entre los hechos probados y los extremos del dictamen. Así mismo, debe explicarse el método observado. (Cursivas nuestras)*

“Caso Leonardo Alca Azurín y otros”

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso de Nulidad N.º 1863-2018/NACIONAL

Emitido el 24.4.2019

NOVENO. Que, como quedó expuesto, las actividades económicas conocidas de los imputados —de las que ellos dan cuenta— no pueden justificar la adquisición de numerosos vehículos —visto el cuadro de hechos en su conjunto—. *No se puede cuestionar la pericia contable oficial sin datos contables opuestos que descarten las conclusiones de aquella, ni dar por probadas las afirmaciones de los imputados que se limitan a negar la incriminación* no obstante la presencia de prueba de cargo de carácter pericial y documental. *Por tanto, no cabe que, con meras referencias a actividades supuestamente no analizadas, sin su referencia contable, se descarten los cargos, tanto más si a las conclusiones periciales se unen no solo lo inverosímil de las excusas proferidas y el *factum* que resulta de la valoración conjunta de la prueba.* (Cursivas nuestras)

“Caso Walter Gamarra y otros”

Corte Suprema de Justicia de la República

Sala Penal Permanente

Recurso de Nulidad N.° 1287-2018/NACIONAL

Emitido el 4.09.2019

iii) *No poseen idoneidad suficiente las pericias contables que se ejecuten con base en declaraciones o meras afirmaciones, pues no brindan datos objetivos, característica esencial de un pronunciamiento técnico de esta naturaleza.* (Cursivas nuestras)

VII. CONCLUSIONES

7.1. Como sabemos, el artículo 2 de la Resolución del Consejo Normativo de Contabilidad N.° 008-97-EF/93.01 precisa a la letra:

“cuando el Contador Público actúe en función independiente, examinando y dictaminando es obligación profesional cumplir las normas nacionales e inter- nacionales de auditoría, reconocidas por la profesión en los congresos nacio- nales de contadores públicos, con la evaluación de la aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados y observar las normas

del código de ética profesional; y que la misma obligación, es aplicable en la asesoría, consultoría y *pericia contable*. (Cursivas nuestras).”

No es menos importante decir que el profesional contable que incumpla lo señalado incurre en culpa inexcusable (artículo 1319 del Código Civil). *En cumplimiento de esa línea normativa, el bloque de principios y normas técnicas que regulan al saldo inicial y la utilidad de estos (numeral 3, 3.1) pretende, modestamente, proveer herramientas epistémicas, doctrinarias; desde nuestra experiencia, muy pocas veces expuestas en los contenidos periciales, las cuales buscan respetuosamente fomentar su aplicación desde la fundamentación y “defensa de su causa” en las diligencias que así lo ameriten, dependiendo del caso y/o estatus de información que afronte el perito contable.* Es decir, en caso el investigado sea una persona natural o jurídica, con o sin contabilidad, con o sin información contable/financiera, etcétera.

7.2. Independientemente de la personalidad jurídica y fin de lucro del ente económico, normativa y empíricamente se ha puesto de manifiesto que toda pericia contable en el proceso penal, sobre el delito de lavado de activos o, en definitiva, cualquier delito económico que tenga como objeto la determinación del incremento patrimonial no justificado o desbalance patrimonial, se desarrolla en función de *la NIC7 – Estado de Flujo de Efectivo, norma internacional de contabilidad por excelencia, la cual fundamenta técnica y reglamentariamente la directriz del análisis esencial que persigue el resultado de un informe pericial, así como la capacidad del ente económico para generar efectivo o equivalente de efectivo*, teniendo en cuenta el carácter temporal en que se producen estos, con el grado de certidumbre de su aparición. El objetivo de esta norma internacional obliga a requerir el suministro de información sobre los cambios históricos en el efectivo y equivalente de efectivo, develando, consecuentemente, el grado de correspondencia entre sus ingresos y egresos, establecido en el informe pericial, para exponer el equilibrio o desbalance patrimonial.

7.3. Este artículo ha puesto de manifiesto dos escenarios de análisis que involucran técnicamente a la pericia contable: el periodo pericial oficial, establecido y requerido por el fiscal, y el “periodo pre-pericial”, por decirlo de algún modo, que se da en los casos en los que la defensa de parte declara y fija un saldo inicial aisladamente o elabora una pericia antes de la pericia oficial, que va desde una fecha determinada anterior a la pericia oficial y culmina al último día del año

inmediatamente anterior de tal pericia, con el fin de demostrar técnicamente la consistencia del saldo final o inicial para la pericia oficial. La presente considera la posición de que todo saldo inicial establecido por la defensa debería necesariamente "pasar el filtro" de consistencia y fiabilidad por todo el *bloque de principios y normas técnicas que regulan al saldo inicial*. Tales principios y normas providencialmente disciplinarán y someterán a control básico, *ejerciendo un control sistemático* cualitativo y cuantitativamente del ente económico, que va desde la aproximación a la información pericial por parte del perito contable, valoración, determinación y dictaminación final con la que concluye su labor.

7.4. En todo alcance temporal de una pericia contable oficial, establecido por el fiscal, "anida" consigo la partida contable del saldo inicial. Un concepto de carácter decisivo, "restringido", "controvertido", "tergiversado" y muchas veces instrumentalizado" por la defensa técnica del investigado, exclusivamente en un proceso penal por delitos económicos. Lo *restringido*, por la limitante legal cual "barrera o hito fronterizo" de carácter temporal que lo separa del periodo pericial oficial en donde en este último, a diferencia del periodo "pre-pericial", sí goza de la amplitud documental necesaria u "obligada" provista por la parte investigada, así como el levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil, correspondientemente, entre los más importantes. *Controvertido y tergiversado*, porque permite, cual "carta de juego de naipes", obviar, ocultar, indisponer y producir un saldo inicial, "un resultado predeterminado", defendiendo materialmente la posición de la defensa, *con la directriz puntual de impunidad, ponderando o sobredimensionando el saldo inicial*. *Decisivo*, porque tiene el carácter aritmético de definir cuantitativamente el resultado en la pericial integral a finalidad de la misma directriz referida.

7.5. Si bien la prueba pericial contable en la administración de justicia contribuye al esclarecimiento de los hechos, sin embargo, en la praxis, refiriéndonos específicamente a las pericias de periodos anteriores a la pericia oficial, facultativamente asumidas por la parte investigada, desde nuestro punto de vista, al no sujetarse tales pericias "pre-periciales" al *bloque de principios y normas técnicas que regulan al saldo inicial* expuestos anteriormente, tales pericias "pre-periciales" se alejan de su fin esencial de "esclarecer" el saldo inicial. Contrariamente, indisponen técnicamente al perito oficial, por las restricciones del saldo inicial referido en el punto anterior. *Otro punto importante a tomar en cuenta es la desventaja a la cual se expone el perito oficial en un examen y contraexamen, teniendo en cuenta que el perito oficial, técnicamente, debe responder sesudamente*

sobre una pericia (de parte) que no ha hecho, con la limitante doctrinaria de no poder descalificar el resultado de la pericia “pre-pericial”, por razón de la autonomía profesional de la que goza cada perito contable, sino porque aquella se debiera confrontar con otro resultado global (que deviene de un análisis integral) de una pericia semejante a su temporada que el perito oficial naturalmente no ha hecho dado que no es parte del requerimiento fiscal. Al respecto, el perito oficial únicamente perita tal periodo “pre-pericial” con la máxima posibilidad técnica de “validarlo”, revisarlo, contrastarlo y en la medida en que pueda, observarlo, mas no técnicamente contradecirlo, dado que este no ha emitido un resultado pericial respecto a dicho alcance pericial. De esta manera se socava no solo la igualdad de armas, sino el principio del contradictorio propiamente y, con él, la posibilidad de llevarse a cabo, plena y equiparablemente, un examen y contraexamen, de igual a igual, en pie de igualdad, lo que afecta, más que a la actuación pericial, a la eficacia del proceso como tal.

94

7.6. Los casos judiciales aquí tratados han puesto de manifiesto “contingencias” recurrentes que acarrea el saldo inicial, confundiendo, cual sinónimos, los bienes muebles e inmuebles, etcétera —bienes no dinerarios— con efectivo o equivalente de efectivo —bienes dinerarios— (caso Carlos Burgos). Por otro lado, la omisión en la determinación del saldo inicial declarada por los peritos oficiales en un periodo pericial requerido por la Sala Superior declaró nula dicha pericia, exponiendo inmediatamente dos dilemas: i) el saldo inicial no es parte del periodo pericial; en su defecto, ii) ¿el fiscal debiera efectuar un requerimiento pericial distinto al periodo pericial en pro del saldo inicial? (caso Chacón Málaga). Y, por último, la ponderación indebida del saldo inicial a conveniencia aritmética del investigado, siendo que este, al integrarse con el flujo de ingresos y egresos del periodo pericial oficial, arrojó un resultado global positivo. *La ponderación indebida quedó demostrada con nuevas pericias de parte que expresaban un saldo inicial que representaban un 10% de los primeros* (caso Sánchez Paredes, ver enlace de la entrevista en las referencias bibliográficas).

7.7. Nuestra propuesta técnica de solución a objeto de consistir la fiabilidad del saldo inicial postula una solución en la que convergen dos escenarios: la aplicación doctrinal del *bloque de principios y normas técnicas que regulan al saldo inicial con “la cooperación” del Código Procesal Penal*. El primero somete al saldo inicial al filtro técnico de consistencia por todo el bloque de normas técnicas, es decir, todos aquellos principios técnicos, normas internacionales de contabilidad y auditoría, así como la doctrina pericial judicial y normas especializadas

pertinentes al caso en concreto (ítem III). En tanto, la segunda, *"Cooperación del Código procesal Penal"*, invoca el artículo 177, inciso 2, del Código Procesal Penal, materializando las garantías y derechos del investigado, instalando "la mesa de trabajo", con la finalidad de dejar constancia hacia y desde la parte de la defensa del investigado (de forma precisa y detallada) la totalidad de información de carácter técnico (contable, financiero, legal, societario, tributario, etcétera) *que sustentaría exclusiva mas no excluyentemente la determinación del saldo inicial del investigado*, sobre el alcance pericial oficial. *Queda así establecido, en suma, un control sistemático normativo, definitivo e institucional (mesa de trabajo). De esta forma, Se "cerca" y prefija estacionalmente (en esta diligencia), la determinación del saldo inicial previo al inicio de la elaboración de la pericia oficial. Así como se limita, o se "deja sin opción" a que ulteriormente tal concepto "aparezca, desaparezca, saque provecho y cambie de color, de figura, es decir, exista o no, diga o se desdiga, variando cuantitativa y convenientemente, "rectificándose" etcétera. Como ha quedado en evidencia en alguno de los casos judiciales aquí expuestos.*

REFERENCIAS

- Ayala Zavala, P. (2019). *Análisis y dinámica del nuevo PCGE 2020, por subcuentas y su aplicación práctica*.
- Blanco Luna, Y. (2012). *Auditoría integral, normas y procedimientos*.
https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/eba40c00444abb9db218fa01a4a5d4c4/Exp.+100-2010-0-JR_Caso+S%C3%A1nchez+Paredes_Resol.+23ene.2018_1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=eba40c00444abb9db218fa01a4a5d4c4
- Bobadilla, F. (1939). La partida doble y el origen racional de este sistema de ecuaciones. *Revista de Economía y Estadística*, 1(2-3), pp. 209-218.
- Canal Oficial del Ministerio Público/Fiscalía de la Nación; Perú, 1.2.2018. Entrevista con el Dr. Frank Almanza, Caso “Sánchez Paredes”. <https://www.youtube.com/watch?v=tMNMlafyFNI>
- Código de Ética Profesional del Contador Público Peruano. (2005). Resolución N.º 013-2015-JDPP, artículo 15; Independencia de Criterio.
- Código Procesal Penal. DL N.º 957, artículo 157, Medio de prueba.
- Correa García, J. (2016). *De la partida doble al análisis financiero*. *Contaduría Universidad de Antioquia*, (46), 169-194. <https://revistas.udea.edu.co/index.php/cont/article/view/25682>
- Decreto Supremo N.º 061-2002-PCM. Disponen fusión por absorción de la SUNAT con la SUNAD. Julio (2002).
- Díaz, H. (2006). *Contabilidad general. Ecuación Contable. Activo = Pasivo + Patrimonio*.
- Gavelán Izaguirre, J. (2000). Principios de contabilidad generalmente aceptados. Vigencia y aplicación. *Quipukamayoc*, 7(13), 121-134. <https://doi.org/10.15381/quipu.v7i13.5873>
- Giraldo Zuluaga, E. (1951). La personalidad jurídica del Estado. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 2(5-6), 32-40. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/6320>
- Fierro Martínez, Á. M. y Fierro Celis, F. M. (2015). *Contabilidad general con enfoque NIIF para las pymes*. EcoEdiciones.
- IAASB – Manual de Procedimiento de Auditoría, Norma Internacional de Auditoría – NIA 500 – Evidencia de Auditoría.

- IAASB – Manual de Procedimiento de Auditoría, Norma Internacional de Auditoría – NIA 200 – Evidencia de Auditoría.
- IAASB – Manual de Procedimiento de Auditoría, Norma Internacional de Auditoría – NIA 805 – Evidencia de Auditoría.
- IAASB – Manual de Procedimiento de Auditoría, Norma Internacional de Auditoría – NIA 500 - Evidencia de Auditoría.
- IFRS Fundación: IASB – International Accounting Standards – Junta de Normas Internacionales de Contabilidad (NIFF, NIC, SIC) (2010). *Las normas NIIF*.
- IFRS Fundación: Las Normas NIFF, NIC 7 – Norma Internacional de Contabilidad – Estado de Flujo de Efectivo – Definiciones.
- IFRC Fundación: Las normas NIFF-Normas NIC-Fiabilidad de la medición. El segundo criterio para el reconocimiento de una partida es que tenga un costo o valor que se pueda medir con fiabilidad.
- IFRC Fundación: Las Normas NIFF son: NIC 1,7,21,32,39, NIFF 7,9,13 - Las NIFF PYMES, secciones 3, 4, 5, 6, 7, 8, 11, 12, 30.
- IFRC Fundación: Las Normas NIIF, NIC 7 – Norma Internacional de Contabilidad, Estado de Flujos de Efectivo.
- IFRC Fundación: Las Normas NIFF, Marco Conceptual para la Información Financiera
- Ley N.º 24829, artículo 1 (1988). La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria, junio.
- Ley N.º 28708, artículo 10 (2006). Ley General del Sistema Nacional de Contabilidad. Atribuciones del Consejo Normativo de Contabilidad, abril.
- Peñafiel Nava, M. (2000). *El conocimiento científico. Temas sociales* [online], 21. http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0040-29152000000100013&lng=es&nrm=iso. ISSN 0040-2915
- RN N.º 1287-2018 (4.1.2019). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú.
- Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delito de Lavado de Corrupción de Funcionarios – Colegiado A – Expediente N.º 19-2018-9-5201-JR-PE-03. Caso: Pedro Pablo Kuczynski Godard.

Sala Penal Nacional. (2007). *Expediente N.º 100-2010-0-5001-JR-PE-02*. https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/11/Caso-S%C3%A1nchez-Paredes-Declaran-improcedentes-observaciones-del-MP-a-la-pericia-de-parte-Legis.pe_.pdf

LA MEDIDA REAL DE INCAUTACIÓN EN LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR POR LAVADO DE ACTIVOS: ANÁLISIS DE SUS ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES, ASÍ COMO DE SU EFICACIA EN LA RECUPERACIÓN DEL PATRIMONIO ILÍCITO

Gonzalo Lozano Arévalo

Sumario

Introducción. II. Cuestiones preliminares: el lavado de activos en el contexto actual. 2.1. Algunos alcances del fenómeno de la criminalidad organizada y su relación con el lavado de activos. 2.2. Impacto de los activos ilícitos en la economía nacional. III. La investigación preliminar en el delito de lavado de activos. 3.1. Breves apuntes sobre la finalidad de la etapa de investigación. 3.2. Metodología utilizada en la investigación preliminar. 3.3. El plazo procesal de la investigación y su incidencia en el aseguramiento de los activos ilícitos. IV. Medida cautelar de naturaleza real: cuestiones preliminares. 4.1. Concepto. 4.2. Definición de medida real de incautación. V. La medida cautelar real de incautación como mecanismo procesal para neutralizar el patrimonio criminal. 5.1. Activos que son susceptibles de la medida de incautación real. 5.1.1. Objeto. 5.1.2. Efectos. 5.1.3. Ganancias. 5.1.4. Instrumentos. 5.2. Presupuestos para otorgar una medida de incautación real en la fase de investigación preliminar. 5.2.1. Verosimilitud del derecho estancia. 5.2.2. Peligro en la demora. 5.2.3. La necesidad de una motivación constitucional para limitar válidamente el derecho a la propiedad del investigado. 5.2.3.1. Principio de razonabilidad. 5.2.3.2. Principio de proporcionalidad. 5.3. En relación con la ejecución de la medida real de incautación. 5.3.1. Sobre el allanamiento y descerraje en el caso de incautación de bienes inmuebles. 5.3.2. La administración de los bienes incautados por el Programa Nacional de Bienes Incautados. 5.3.3. La importancia de la inscripción de la medida de incautación en los Registros Públicos.

VI. La incautación real durante la investigación preliminar es la medida más idónea para la recuperación de los activos ilícitos. 6.1. Es una medida judicial que coadyuva a la investigación preliminar. 6.2. Aseguramiento eficaz del patrimonio criminal y su recuperación a favor del Estado. 6.3. Se cumple con la recomendación del Grupo de Acción Financiera en materia de recuperación de activos. VII. Conclusiones. Referencias

I. INTRODUCCIÓN

La complejidad de los delitos económicos exige a los Estados optar por políticas más efectivas, en correlación con la creciente especialización de dicha industria criminal. Es así que la normativa internacional (en este caso, los tratados internacionales) interiorizó tal situación y recomendó a los Estados, en este caso al Perú, optar por adecuadas regulaciones normativas, así como por la creación de instituciones especializadas para la prevención, procesamiento y sanción de estos ilícitos penales.

En ese contexto surgió la preocupación por neutralizar los efectos del delito, que justamente facilitan financieramente la perpetración de otros ilícitos de mayor gravedad, los cuales provienen de estructuras criminales altamente complejas y cuyos alcances los encontramos tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En esa línea, surge el delito de lavado de activos, que, según Mateos Martín (2013), se constituye como una empresa del crimen organizado que funciona utilizando todos los mecanismos que la sociedad le pone a su alcance, incluso adelantándose a esta; es más, la globalización faculta el campo de operaciones para el lavado de dinero y dificulta su persecución, dando a esta organización capacidad sobre el orden económico y social.

Considerando la gravedad del delito en referencia, e interiorizando las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional, que, entre otros, consisten en lograr el decomiso de los beneficios ilícitos, resultó necesario optar y ejecutar medidas cautelares reales, en este caso la incautación de aquel patrimonio ilícito, la cual no debe esperar necesariamente un proceso judicial. Por el contrario, desde la etapa de la investigación preliminar se puede asegurar los bienes para las futuras consecuencias accesorias o decomiso definitivo.

En ese sentido, este trabajo tiene por objeto analizar la institución procesal de la incautación real de los bienes provenientes del delito antes mencionado. Para tal propósito tomaremos como referencia tanto aspectos doctrinarios como jurisprudenciales, sin dejar de lado un análisis sucinto de la situación del delito de lavado de activos en el contexto actual y aspectos relacionados con su investigación. Ello nos permitirá determinar que, desde el inicio de la investigación preliminar, es el mecanismo procesal más idóneo para neutralizar el patrimonio ilícito obtenido por las distintas organizaciones criminales.

II. CUESTIONES PRELIMINARES: EL LAVADO DE ACTIVOS EN EL CONTEXTO ACTUAL

2.1. Algunos alcances del fenómeno de la criminalidad organizada y su relación con el delito de lavado de activos

Conforme lo indica el jurista nacional García Caveró (2016), la criminalidad organizada no es una aparición delictiva novedosa, sino, en todo caso, las dimensiones que tienen en la actualidad, pues sus elementos constitutivos siguen siendo los mismos. Tanto es así que tiende a constituir una organización de personas para cometer hechos delictivos graves de forma permanente y conseguir así sendos beneficios económicos. En esa línea, dos son los aspectos esenciales de dicho sistema criminal: la entidad subjetiva especial y la orientación delictiva. La primera de ellas puede resumirse en la configuración de una organización delictiva que expresa una mayor gravedad que un delito monosubjetivo e incluso que una sumatoria eventual de sujetos que realizan un medio a través de un acuerdo circunstancial o momentáneo. Luego, el segundo elemento implica una orientación delictiva, es decir, que la agrupación criminal está orientada a la comisión permanente de delitos, sobre todo graves, como el caso de lavado de activos proveniente de actividades como minería ilegal, trata de personas, corrupción de funcionarios, extorsión, tráfico ilícito de drogas, entre otras, capaces de generar ganancias ilícitas.

Considerando la existencia de las organizaciones criminales y dada la complejidad de sus estructuras en un contexto globalizado, es el delito de lavado de activos, tal como refiere el jurista español Fabián Caparros (2014), un ejemplo paradigmático de la nueva delincuencia de nuestros días. Un fenómeno que se desarrolla al abrigo de ese mercado pluridimensional e interactivo en el que nos

encontramos, pero, al mismo tiempo, que atenta contra su propia existencia. En buena cuenta, el lavado de activos es un “hijo parricida” del sistema.

Las ideas anteriores nos permiten deducir que la criminalidad organizada depende para su existencia de diversos modos de financiamiento ilícito, lo que equivale a la generación y reinversión de activos de provenientes de actividades delictivas. Por ello, toda organización criminal que alcance una determinada envergadura —sean cuales fueren los delitos que realice— ha de contar con una estructura financiera que pueda dar las facilidades para resolver cualquier problema de naturaleza económica y financiera, que naturalmente pueden darse en distintos momentos.

También, desde una perspectiva criminológica, el lavado de activos viene a ser una empresa del crimen organizado, que funciona utilizando todos los mecanismos que la sociedad y el Estado ponen a su alcance, incluso adelantándose a ellos. Además de esto, la propia globalización faculta el campo de operaciones complejas para lavar los activos maculados y dificulta —muchas veces— su persecución, dando a estas organizaciones capacidad sobre el orden económico y social.

Entonces, el fenómeno de la criminalidad organizada se va afianzando constantemente por profesionalización de los sujetos que participan en ella, la complejidad de las estructuras criminales, la internacionalización de las economías mundiales, la existencia de nuevas tecnologías; toda esta situación, aparejada de formas de financiamiento ilícito que justamente el lavado de activos promueve.

Si esto es así, el patrimonio ilícito que en ellas se origine debe ser el principal objetivo de las políticas estatales, el cual no es otro que su erradicación. A ello se suman las graves consecuencias en el sistema económico y financiero de los países. De ahí que sea primordial aplicar de forma rigurosa el marco normativo procesal, que contribuya de forma eficaz a la identificación de los activos ilícitos y a lograr su inmovilización y posterior decomiso.

2.2. Impacto de los activos ilícitos en la economía nacional

En principio, es necesario traer a colación los bienes jurídicos que son vulnerados por la comisión del ilícito en cuestión. En esa línea, debemos destacar la postura de Gálvez Villegas (2014):

Siendo así, concluiremos diciendo que los bienes jurídicos específicos protegidos por los delitos de lavado de activos, son la libre y leal competencia y la eficacia de la administración de la justicia, en tanto constituyen objetos con función representativa del bien jurídico abstracto y general “orden o sistema económico”, de tal suerte que la afectación de este último está determinada por la de los dos primeros. (pp. 72-73)

A mayor abundamiento, cuando nos referimos a la protección de la leal y libre competencia, se garantiza la existencia de la competencia a través de las normas de competencia; es el capital, el motor de la economía de mercado, el que constituye el fundamento de las posibilidades de desarrollo económico. El objetivo de la criminalidad organizada, cuando dispone de capital, es infiltrarse en la economía legal y tratar de alcanzar posiciones monopolistas a través de competidores. Por otro lado, la protección de la eficacia de la administración de justicia radica en que esta se convierte en el objeto de tutela más comprometido por la eficacia material de las operaciones de lavado de activos. En efecto, los activos producto del crimen organizado o los bienes que fueron obtenidos por la aplicación de fondos ilícitos constituyen formalmente efectos del delito, y son, por tanto, susceptibles de acciones de persecución o decomiso.

Estas consideraciones fueron asumidas en la jurisprudencia nacional. Por un lado, tenemos el Acuerdo Plenario N.º 03-2010/CJ-116, emitido en el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú (de fecha 16 de noviembre de 2010). De igual forma, el Tribunal Constitucional reconoce en un pronunciamiento la compleja potencialidad ofensiva del delito de lavado de activos: “(...) cabe recordar que los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos, constituyen ilícitos de carácter pluriofensivo, en la medida [en] que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del Estado”.

Delimitados los bienes jurídicos involucrados, y que están relacionados con el sistema económico nacional, corresponde precisar de qué forma la propagación de activos ilícitos tiene incidencia en el desarrollo económico del país. Como es de conocimiento, nuestra economía es emergente, y actualmente es considerada por diferentes organismos financieros internacionales como una economía sólida y promisorio de la región americana; no obstante, viene aparejada de niveles de informalidad económica. Esta situación real contribuye a que el lavado de activos surja con mayor rapidez y, además, consolida los

poderes paralelos: el fortalecimiento de la imagen de una criminalidad próspera y con capacidad de influencia económica; la distorsión de la magnitud real de los indicadores económicos (precios, tasas de interés, rentas, tipos de cambio, volumen de acceso a créditos), lo que trae consigo altos riesgos de crisis financiera. De forma más específica, se han identificado sectores vulnerables por las operaciones de lavado de activos: *casinos y casas de juego, mercado informal de divisas, casas de cambio de moneda extranjera, agencia de viajes, compra y venta de metales preciosos, servicios de turismo, promoción de espectáculos artísticos y deportivos, negociación bursátil, importación de artefactos electrodomésticos, casas de préstamo y empeño, negocios hoteleros, restaurantes, surtidores de gasolina y construcción inmobiliaria*. Actividades que son lícitas para el desarrollo económico, sin embargo, son tentadoras para el crimen organizado; la consecuencia es el perjuicio considerable a dichos sectores, así como el impacto en las variables macroeconómicas del ámbito nacional.

A partir de estos alcances, y de los bienes jurídicos afectados, estimamos que el delito de lavado de activos en relación con la criminalidad organizada trae como consecuencia que la economía nacional no responda a las demandas de la sociedad, pues se distorsionan todas las variables macroeconómicas, sobre todo en países emergentes como el Perú. En consecuencia, quienes se ven beneficiados son las organizaciones delictivas, pues, dadas las vulnerabilidades en el sistema de prevención, les permiten acrecentar y esconder el patrimonio ilícito.

III. LA INVESTIGACIÓN EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

3.1. Breves apuntes sobre la finalidad de la etapa de investigación

El artículo 321, inciso 1, del Código Procesal Penal prevé que la fase de investigación tiene los siguientes fines: a) acreditar la existencia de un hecho punible, para poner en evidencia la necesidad y obligación de la apertura de un juicio oral; b) el material reunido solo tiene carácter preparatorio; c) sirven de fundamento para adoptar medidas cautelares, formalizar la investigación preparatoria (equivale al inicio formal del proceso judicial); d) se rigen por el principio de oficialidad, según el cual las partes no podrán participar contradiciendo como en el juicio oral.

No obstante, en esta etapa inicial del proceso penal está inmersa una subetapa denominada diligencias preliminares. En esta fase el representante del Ministerio Público está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga la ley procesal, para seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal, para lo cual dispone una investigación preliminar encaminada a reunir los requisitos necesarios para formalizar la investigación, entre ellos individualizar al autor y reunir la prueba mínima.

A nivel jurisprudencial, la Corte Suprema de Justicia de la República ha considerado que en la etapa de investigación preliminar debe considerarse lo siguiente: 1) realizar actos urgentes solo para determinar si los hechos denunciados son reales y si, además, configuran uno o varios ilícitos penalmente perseguibles; 2) asegurar la escena del crimen y la evidencia sensible de la presunta comisión del ilícito, y evitar en lo posible mayores consecuencias derivadas de la perpetración del delito; e, 3) individualizar al presunto imputado fundamentalmente y al agraviado, si es posible. Estas directrices encaminarán al ente persecutor del delito a desplegar las diligencias útiles y pertinentes, que servirán para proponer o desestimar una decisión de continuación del proceso penal.

3.2. Metodología utilizada en la investigación preliminar

En principio, Páucar Chappa (2013) indica: “definitivamente la investigación del delito de lavado de activos obedece a una lógica en su estructura íntegramente diferente porque requiere medidas procesales y técnicos modernos que no son utilizados en las investigaciones de los delitos comunes” (p. 50). Así, la legislación peruana sobre el delito de lavado de activos (Decreto Legislativo N.º 1106) consagra normas vinculadas con el levantamiento del secreto bancario, tributario y bursátil, así como la utilidad de la prueba indiciaria para investigar o acreditar las modalidades del delito en mención.

Esta novedosa regulación revela el interés del Estado en dotar de mayor eficacia las investigaciones relacionadas al delito en cuestión, tanto más si de por medio se utilizan complejos métodos de legitimación de activos a través del sistema financiero, bursátil, y comunicaciones electrónicas o telefónicas de los posibles acuerdos criminales para ejecutar el delito.

En la misma consideración rescatamos las ideas de Olivera Serrano (s.f.), quien refiere que la investigación debe emplear un método que sea abierto, a efectos

de que pueda perfeccionarse día a día, evitando el riesgo de terminar dominados por cantidad de datos, ya que pueden ser irrelevantes para el caso. Por tanto, es preferible una previa planificación. Siguiendo esa lógica, resulta relevante enfocarse en el entorno personal y mercantil de los sujetos investigados o de la propia organización criminal.

Con la información que se recabe se podrá elaborar un informe económico-patrimonial, que en cierto modo facilita localizar los bienes que pueden ser sujetos a medida cautelar real. Este documento ha de contener datos de cualquier tipo, como, por ejemplo, su origen, el momento de introducir el dato y su fecha. Ello para lograr una precisa individualización de los activos, así como las diversas operaciones que hayan recaído sobre ellos.

3.3. El plazo procesal de la investigación y su incidencia en el aseguramiento de los activos ilícitos

En este aspecto, San Martín Castro (2017) indica que la complejidad del delito de lavado de activos se sustenta en lo siguiente: 1) necesidad de conocimientos específicos, tanto jurídicos como relativos a otras ciencias; 2) la existencia de gran número de sospechosos y de hechos delictivos conexos, propios de la criminalidad, a través de organizaciones y personas jurídicas o morales; 3) la exigencia de destinar a su persecución mayor número de recursos humanos y materiales; 4) la constatación de que los delincuentes socioeconómicos tienen un elevado grado de cultura y utilizan modos y medios delictivos altamente tecnificados, superiores en muchos casos a los usados para su combate por el Estado.

Otra postura similar es la de Gonzales López y Nieto Martín (2016), quienes precisan que el éxito de la investigación depende en gran medida de la especialización y de la visión de conjunto de los órganos estatales competentes, lo que conlleva que muchas investigaciones no prosperen por falta de una investigación practicada por especialistas en la materia. A ello se suma que la persecución del delito no debiera acometerse a partir de diferentes organismos o instituciones que ataquen, por partes, dicho fenómeno en el ámbito de las competencias que le son propias, sino que debe ser objeto de una persecución más integrada, con equipos multidisciplinares.

Así planteadas las cosas, la naturaleza del delito genera una ardua investigación que también está sujeta a los plazos procesales, los cuales no miden la

complejidad de la materia, pues al vencerse ya obliga a la Fiscalía a que opte por emitir su requerimiento fiscal o, en todo caso, al juez para que emita la decisión correspondiente. Sin embargo, el Tribunal Constitucional, en un proceso de *habeas corpus*, fijó estándares de interpretación de estos plazos en la investigación contra delitos complejos (tráfico ilícito de drogas y/o lavado de activos) que resultó trascendental para minimizar los problemas de los operadores de justicia. En líneas generales, se destacan dos criterios: el objetivo y el subjetivo. El primero ligado a considerar la complejidad de las diligencias o actos de investigación, y el segundo, relacionado con la conducta procesal del investigado.

Se valora este pronunciamiento jurisprudencial por cuanto se reafirman las dificultades de la investigación preliminar (por ejemplo: innumerables diligencias, elevada carga procesal, sumada a los plazos que no son acordes con la realidad en que trabajan los órganos judiciales y fiscales); además, porque establece pautas interpretativas más flexibles para determinar el plazo procesal más adecuado a la investigación. En todo caso, facilitan la interposición de medidas cautelares reales que permitan asegurar el patrimonio ilícito. Esto último merece una labor de identificación de activos a través de los métodos de investigación más acordes con el caso en concreto.

Si bien lo antes descrito respalda la labor de los operadores de justicia, justamente para actuar con eficiencia en cada caso en particular, sin embargo, es importante que el Estado continúe interesándose —con mayor celeridad— en la lucha contra las distintas formas de criminalidad económica.

IV. MEDIDA CAUTELAR DE NATURALEZA REAL: CUESTIONES PRELIMINARES

4.1. Concepto

Las medidas cautelares o coercitivas o de aseguramiento vienen a ser medidas judiciales que cumplen dos finalidades esenciales: 1) garantizar la presencia del imputado en el proceso penal, y 2) lograr la efectividad de la sentencia.

Así mismo, las medidas cautelares en general son otorgadas por resoluciones motivadas del órgano jurisdiccional, que pueden adoptarse contra el presunto

responsable de la acción delictuosa, como consecuencia, por un lado, del surgimiento de su cualidad de imputado y, por otro, de su condición personal o patrimonial en el curso de un procedimiento penal, por las que se limitan provisionalmente los efectos penales y civiles de la sentencia.

A modo de resumen, las medidas cautelares como *aquellas restricciones de carácter personal y real, dictadas —de forma motivada— por el órgano jurisdiccional, con el fin de asegurar la presencia del investigado durante el proceso penal, así como de impedir la libre disposición de su patrimonio.*

Estando a lo señalado, debemos definir a la medida cautelar real de la siguiente forma:

Son aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado o en todo caso sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitándolos, con la finalidad de impedir que, durante el proceso, determinadas actuaciones dañosas o perjudiciales por parte del imputado, afecten la efectividad de la sentencia con relación a las consecuencias jurídicas de carácter económico del delito en cuanto a la propia eficacia del proceso. (Neyra, 2010, p. 491)

4.2. Definición de medida real de incautación

La incautación, conforme a lo dispuesto en el artículo 316, inciso 1, del Código Procesal Penal, se define como una medida coercitiva real que recae sobre bienes o activos que se presume constituyen objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, para asegurar la concreción de su decomiso. También, puede recaer sobre bienes de las organizaciones delictivas o sobre los bienes de propiedad del agente por un valor equivalente al de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito que hubiese transferido a terceros de modo definitivo o los mantuviese ocultos, con la finalidad de, llegado el momento, asegurar su decomiso. En otras palabras, es la medida cautelar dictada o ejecutada con la finalidad de asegurar el decomiso de instrumentos, efectos y ganancias del delito.

Es más: puede ser ordenada por el juez desde el inicio de la investigación preliminar. No es exigible que se instaure formalmente el proceso judicial. Se requiere el cumplimiento de ciertos presupuestos procesales, que serán analizados a profundidad en el apartado correspondiente.

V. LA MEDIDA CAUTELAR REAL DE INCAUTACIÓN COMO MECANISMO PROCESAL PARA NEUTRALIZAR EL PATRIMONIO CRIMINAL

5.1. Activos que son susceptibles de la medida de incautación real

5.1.1. Objeto

Viene a ser todo bien, derecho o interés sobre el cual recae la acción delictiva, es decir, el bien afectado con una lesión o una puesta en peligro a través de la acción u omisión del autor del delito. Así mismo, los objetos del delito existen previamente a la realización de la acción delictiva; no son creados ni producidos por dicha acción, como los efectos del delito. La acción delictiva recae precisamente sobre los bienes o activos previamente existentes, o ataca el interés jurídicamente protegido de su titular sobre dichos bienes o activos.

En cuanto al delito de lavado de activos, podemos indicar que las acciones típicas de “convertir” o “transferir”, establecidas en el artículo 1 del Decreto Legislativo N.° 1106, *deben recaer en el dinero, bienes, efectos o ganancias de origen delictivo*, siempre y cuando sean susceptibles de tráfico mercantil. Por consiguiente, estos activos provenientes de la actividad criminal que los genera son los objetos del delito en cuestión.

Por su parte, el Decreto Legislativo N.° 1373 (Ley de Extinción de Dominio) realiza una referencia indicando que los bienes que constituyen objeto del delito son todos aquellos sobre los que recayeron, recaen o recaerán actividades ilícitas.

5.1.2. Efectos

Al respecto, los objetos o activos que son productos directa e inmediatamente de la realización del delito son los denominados efectos. Esto quiere decir que los efectos son los producidos mediante la acción delictiva (*producto sceleris*), distinguiéndose de las ganancias por ser estas las utilidades o valor económico que se obtienen media o indirectamente por el delito.

Similar postura ha sido sostenida por Gálvez Villegas (2014), quien resalta que los efectos son todos los activos o productos que se obtienen o tienen como causa de su existencia la actividad criminal previa. Por ello, los efectos pueden

consistir en cualquier tipo de bienes o activos con contenido patrimonial, sobre los cuales puede realizarse la acción configurativa del delito de lavado de activos; esto es, puede tratarse de cualquier tipo de bienes, de dinero u otros activos.

A nivel normativo, el Decreto Legislativo N.° 1373 concreta el concepto de efecto, asumiendo que son todos aquellos bienes que son resultado directo o indirecto de la comisión de actividades ilícitas.

5.1.3. Ganancias

Son las ventajas patrimoniales o utilidades conseguidas a través del delito, sean las que fueran las transformaciones que hubieren podido experimentar. Se considera tanto el beneficio económico cuantificable que reporta o produce el delito (por ejemplo, el valor del dinero objeto de la sustracción, en el hurto), como el precio, la dádiva o promesa, como sucede en los delitos de cohecho que obtiene quien lo ejecuta.

También, entran en este concepto los beneficios obtenidos de la actividad económico-productiva de las empresas creadas para blanquear el dinero proveniente de las actividades delictivas previas. En este caso, aun cuando el capital empresarial constituiría objeto o efectos de los delitos previos, las utilidades de la persona jurídica que se obtienen de la actividad empresarial constituirían ganancias del delito.

Nótese que las definiciones esbozadas abarcan de forma amplia los provechos ilícitos obtenidos por el sujeto activo, los cuales pueden ser válidamente objeto de una medida cautelar real. Así, el Decreto Legislativo N.° 1373 define a las ganancias como aquellos bienes que son resultado *directo o indirecto de la comisión de actividades ilícitas*.

5.1.4. Instrumentos

De conformidad con el artículo III, numeral 3.8, del Decreto Legislativo N.° 1373, son bienes que constituyen instrumentos de actividades ilícitas todos aquellos que fueron, son o serán utilizados como medios, de cualquier forma, en su totalidad o en parte, para la comisión de actividades ilícitas. Sobre el particular, Vargas Gonzales (2102) reseña que el término instrumento son los bienes con que se preparó o cometió la infracción dolosa, o con los que se cometió la infracción imprudente.

Si bien el artículo 316 del Código Procesal Penal regula que el instrumento con que se hubiere ejecutado el delito es objeto de incautación, sin embargo, para el delito materia de análisis, el instrumento del delito no queda comprendido en el concepto de “bienes” o “dinero”, así como tampoco dentro de “efectos” o “ganancias” que la norma penal considera como elementos sobre los cuales se realizan las actividades de lavado de activos. Ello es así porque estos no tienen origen delictivo ni son producidos por el delito; así como tampoco son objetos de la actividad criminal previa.

Sin embargo, en aras de neutralizar la magnitud del patrimonio criminal, así como sus elementos que sirvieron para acrecentarlo, válidamente los instrumentos deben ser objeto de incautación, tanto más si pretendemos desterrar su peligrosidad objetiva, sobre quienes los aprovecharon para cometer el delito de lavado de activos.

5.2. Presupuestos para otorgar una medida de incautación real en la fase de investigación preliminar

Esta medida cautelar se encuentra regulada a partir del artículo 316 del CPP, en concordancia con el artículo 303.3 de dicha norma procesal (donde se regulan sus presupuestos generales). Así mismo, a nivel jurisprudencial esta medida coercitiva ha sido desarrollada —entre otros— en el Acuerdo Plenario N.º 05-2010/CJ-116 (emitido por el VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República en fecha 16 de noviembre de 2010) y el Acuerdo Plenario N.º 07-2011/CJ-116 (emitido por el VII Pleno Jurisdiccional de las Salas Permanentes y Transitorias de la Corte Suprema de Justicia de la República en fecha 6 de diciembre de 2011).

Se trata de un acto de autoridad que limita las facultades de dominio respecto de bienes o cosas relacionadas, de uno u otro modo, con el hecho punible. Por esa razón, debe estar sustentada en presupuestos procesales y constitucionales para ser válidamente aceptados por el órgano jurisdiccional, para que en la escuela del proceso no pueda ser objetado a través de recursos impugnatorios y acciones de garantía constitucional. En esa línea, analizaremos los presupuestos considerados por la doctrina procesal, esto es, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora.

5.2.1. Verosimilitud del derecho

Se refiere a la razonada atribución del hecho punible al investigado. Consta de dos reglas esenciales: una objetiva y otra subjetiva. La primera exige constancia en el procedimiento, específicamente en los recaudos acompañados por el representante del Ministerio Público, de la existencia de un hecho punible. La segunda implica el juicio de verosimilitud de la imputación, pues exige la presencia de elementos probatorios que vinculen al imputado con el ilícito denunciado.

De igual modo, este presupuesto radica en la existencia de una imputación formal por el delito de lavado de activos (el hecho atribuido y la modalidad delictiva conforme a la normatividad), que deberá estar sustentada en suficientes elementos de convicción (por ejemplo: registro de bienes inscritos, vinculación con alguna actividad delictiva previa, reporte de transacciones inusuales, inexistencia de actividad económica lícita, entre otros).

5.2.2. Peligro en la demora

Es importante señalar que las investigaciones por lavado de activos —dada su complejidad— ocasionan la prolongación de las investigaciones. Anteriormente se fijó que sus plazos dependen de la magnitud de las operaciones de lavado, la cantidad de las personas involucradas, entre otras causas. Tal situación puede constituir una ocasión propicia para que la parte investigada realice actuaciones que afecten al proceso y la sentencia. Por ello, este presupuesto procesal está en función de aquellos riesgos del proceso que pretenden evitarse.

Como apunta San Martín Castro (1999), este presupuesto está en función del peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso, por la lentitud del proceso, en expedirse la resolución definitiva. Agrega que no es importante probar que el investigado ocultará o hará desaparecer sus bienes, así como su suficiencia o insuficiencia patrimonial; basta la simple valoración objetiva que nace de la imputación delictiva fundamentada.

Por su lado, el Acuerdo Plenario N.º 07-2011/CJ-116 hizo énfasis en que el peligro procesal debe ser evaluado desde una perspectiva del derecho civil, dado que no exige acreditar cierto comportamiento del investigado ni, menos, una intención de este de causar perjuicio al agraviado.

De forma adicional, también es posible tomar como criterio lo previsto en el artículo 303.3 del Código Procesal Penal, en el que puntualmente se precisa que el peligro en la demora se concreta en las características del hecho investigado o del imputado, con el fin de acreditar de forma probable la insolvencia u ocultamiento o desaparición del bien.

A manera de ejemplo, podemos evidenciar este presupuesto a partir de los hechos siguientes: a) cuando el investigado, durante la investigación por lavado de activos, ha transferido parte de su patrimonio a familiares y/o amigos; o, b) si el investigado ha tenido en otros procesos judiciales similar conducta procesal.

5.2.3. La necesidad de una motivación constitucional para limitar válidamente el derecho a la propiedad del investigado

Por tratarse de una medida cautelar que restringe el derecho fundamental a la propiedad, es sumamente necesario que también se sustente en lineamientos constitucionales para que la decisión jurisdiccional no contenga una motivación arbitraria, tanto más si pretendemos justificar este tipo de medida coercitiva a nivel de una investigación preliminar. En ese marco, desarrollaremos los principios constitucionales que le son aplicables.

5.2.3.1. Principio de razonabilidad

Este principio es una oposición a lo arbitrario, y nos remite a una pauta de justicia, exigiendo que cualquier norma o decisión que involucre derechos fundamentales responda a un fin lícito, y que los medios utilizados para conseguirlos sean proporcionales.

La referencia al fin lícito implica que los límites al ejercicio de los derechos fundamentales deben obedecer a causas objetivas de justificación, basadas en criterios de verdad y de justicia. En consecuencia, ninguna decisión que incida sobre derechos fundamentales puede ser contraria a la Constitución o carecer de una justificación amparada para la verdad y la justicia.

A su vez, no basta con atender la regularidad formal de la decisión judicial (en el caso concreto, presupuestos formales para la medida cautelar), sino que es preciso prestar atención a la razonable apreciación que la autoridad judicial haya efectuado de la situación en que se halle el sujeto que pueda resultar afectado;

en caso contrario, existirían estándares de arbitrariedad frente al derecho fundamental.

El análisis del juez pasa por determinar si efectivamente la medida cautelar asegurará de forma eficaz el cuaderno principal del proceso penal. Para tal propósito, es importante comprender en su evaluación la gravedad y dañosidad social del delito objeto del proceso penal.

Con esta lógica, el juez debe considerar la existencia de un fin lícito (sustento normativo), así como la gravedad del delito instruido (en el caso concreto, el lavado de activos). Criterios que —en cierto modo— justificarán valores de justicia y equidad para defender los intereses del Estado ante el flagelo de la criminalidad económica.

5.2.3.2. Principio de proporcionalidad

Se entiende como un procedimiento jurídico, una regla metodológica construida a partir de criterios lógicos y racionales que otorgan a la decisión judicial un plus de coherencia y, por tanto, de legitimación.

En el caso materia de análisis, este principio exige —a la hora de adoptar una medida cautelar restrictiva de derechos fundamentales— que el juez se base en un “pronóstico” acerca de las posibilidades de éxito de ese medio para lograr el fin de que se trate. Así, debe realizar un juicio de adecuación, necesidad o proporcionalidad estricta de la medida partiendo de la situación y los conocimientos que existían en el momento de su adopción. Por ello, el análisis de este principio debe ser *ex ante* y no *ex post facto*.

También, este principio está compuesto por tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, los cuales deben ser analizados y plasmados en la resolución judicial:

- Subprincipio de idoneidad. Una medida estatal es idónea si su adopción conduce a que se alcance o se favorezca la obtención del fin legítimo perseguido por el Estado. Un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente. Los fines ilegítimos son solo aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución.

- Subprincipio de necesidad. Una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor. Debe aclararse que no podrán considerarse como medios alternativos todos aquellos que cumplan los presupuestos en esta definición, pero que a la vez afecten a otras posiciones constitucionales.
- Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. El principio de proporcionalidad en sentido estricto exige llevar a cabo una ponderación de bienes entre la gravedad o la intensidad de la intervención en el derecho fundamental, por una parte, y, por otra, el peso de las razones que la justifican.

En definitiva, este principio compromete al juez a justificar la medida cautelar real desde un contenido constitucional, en aras de no afectar severamente el derecho de propiedad. No se trata de poner límites al razonamiento del magistrado; al contrario: se pretende dotarlo de herramientas interpretativas para salvaguardar el debido proceso; esto es, que la resolución cautelar no sea revocada en instancias superiores por afectación de derechos fundamentales.

En otras palabras, una resolución motivada desde los principios aludidos también asegurará las expectativas de justicia del Estado, frente a las consecuencias negativas del lavado de activos.

5.3. En relación con la ejecución de la medida real de incautación

5.3.1. Sobre el allanamiento y descerraje en el caso de incautación de bienes inmuebles

Tomando en cuenta que la incautación real implica una desposesión de los bienes del investigado, esta debe ejecutarse aprehendiéndolos o tomándolos en custodia. Para tales efectos, la resolución que la disponga debe otorgar —a solicitud del Ministerio Público— el allanamiento y descerraje, dado que el inmueble puede estar cerrado o el propietario o poseedor puede impedir la ejecución de la medida judicial.

Así, el artículo 214 del Código Procesal Penal establece que el allanamiento y descerraje es una medida de urgencia que demanda una actitud oportuna,

célere y determinada, ya que tiene por finalidad —entre otros— encontrar bienes delictivos o cosas relevantes para la investigación. De igual forma, permite ingresar a un inmueble cerrado, siempre y cuando sea previsible que se niegue a la autoridad —a cargo de la diligencia— el ingreso a él o se impida —por otros medios— la ejecución de la orden judicial.

Este pedido debe partir desde la estrategia de investigación que maneje el Ministerio Público. Es decir, que tenga la convicción razonable de que en la vivienda se hallen cosas para nutrir su investigación o exista la probabilidad de que el ingreso de los funcionarios competentes pueda verse frustrado. Esto último es previsible, dado que los investigados por este delito impedirán —mediante cualquier medio— desprenderse fácilmente de sus bienes. Estarán dispuestos a desaparecer huellas del delito (documentos, alterar equipos de cómputo, etcétera).

Por último, siendo una medida que facilita la ejecución de la incautación cautelar, también debe estar motivada judicialmente a partir de los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad, para no caer en la arbitrariedad.

5.3.2. Administración de los bienes incautados por el Programa Nacional de Bienes Incautados

La resolución judicial que dispone la incautación real debe consignar con exactitud y adecuada individualización los bienes materia de la medida, así como el lugar donde se encuentran, en poder de quién están y demás características que resulten relevantes. Igualmente, se levantará el acta de ejecución correspondiente (firmada por las autoridades partícipes), detallándose los aspectos a los que se ha hecho referencia y los demás que resultaran pertinentes; y estableciéndose los mecanismos de seguridad para evitar confusiones.

En la ejecución de esta medida participa el representante del Programa Nacional de Bienes Incautados (PRONABI), entidad adscrita al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Sus funciones se encuentran detalladas en el artículo 2 del Decreto Supremo N.º 011-2017-JUS (modificado por el Decreto Supremo N.º 001-2021-JUS), las cuales se circunscriben a recibir, registrar, calificar, custodiar, asegurar, conservar, administrar, arrendar, asignar en uso temporal o definitivo, gestionar la disposición y venta en subasta pública respecto a los siguientes bienes patrimoniales:

2.1. Los objetos, instrumentos, efectos y ganancias que son materia de una medida cautelar dentro del proceso de extinción de dominio, así como aquellos bienes cuya extinción de dominio haya sido declarada por la autoridad jurisdiccional a favor del Estado.

2.2. Los objetos, instrumentos, efectos y ganancias provenientes de una medida cautelar o decomiso conforme a lo resuelto por la autoridad competente en el marco de investigaciones y procesos penales, por delitos cometidos en agravio del Estado, siempre que puedan generar utilidad, rentabilidad u otra ventaja que represente un interés económico relevante para el Estado.

En estricto cumplimiento de la normativa descrita, y en salvaguarda de lograr la administración y custodia de los bienes y activos incautados por el PRONABI, la Policía Nacional, el fiscal, el juez o la autoridad correspondiente informará a dicha entidad inmediatamente de producida la incautación para su registro. Además, se exige la presencia de su representante al momento de suscribir el acta de ejecución de incautación.

La trascendencia de esta institución radica en que el patrimonio ilícito no continúe en la esfera del dominio del investigado. Por otro lado, tiene una posición expectante que a futuro se logre el decomiso definitivo del bien ilícito, el cual traerá acreencias a favor del Estado para continuar con la prevención e investigación del delito en cuestión.

Es importante resaltar que la actuación de este organismo público, en el marco de la investigación contra el lavado de activos, debe sujetarse tanto a las normas legales como a las constitucionales.

5.3.3. La importancia de la inscripción de la medida real de incautación en los Registros Públicos

Si la finalidad de la medida real de incautación es que la persona inmersa en una investigación preliminar por lavado de activos tenga pocas facilidades para enajenar sus bienes, la norma procesal penal y otras relacionadas exigen que, una vez dictada la resolución judicial, el juez ordene que se cursen los

partes correspondientes a la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP), con el fin de que inmediatamente inscriba la medida cautelar en el registro de predios de la ciudad correspondiente, siendo esta oponible frente a terceros.

Luego, en la quinta disposición complementaria final del Código Procesal Penal se expresa claramente que una medida cautelar real dictada en el marco de una investigación debe ser inscrita en el registro público. De otro lado, se indica que así no exista coincidencia entre el titular registral del bien objeto de la medida cautelar y el inculpado, se inscribirá la medida cautelar.

Esta última consideración normativa dota de eficacia a la medida de incautación, dado que muchas inscripciones cautelares no se hacen efectivas por sostenerse que los bienes ya no le pertenecían al titular (investigado) sino a un tercero. Situación que, a todas luces, impedía el cumplimiento de la orden judicial de incautación.

También, existen directivas y resoluciones administrativas tanto de la SUNARP como del Poder Judicial, donde se ha enfatizado la urgencia de la inscripción inmediata de la medida (bajo responsabilidad administrativa); así mismo, en aras de agilizar su inscripción, también se optó por la presentación electrónica de la medida de incautación, mediante un sistema integrado entre la autoridad judicial y registral.

Estos esfuerzos institucionales son destacables, puesto que se aprecia un compromiso serio para lograr la eficacia de la medida cautelar. No obstante, aún se debe perfeccionar las coordinaciones entre las entidades que participan en la investigación, máxime si de por medio se encuentran los intereses del Estado agraviado.

VI. LA INCAUTACIÓN REAL DURANTE LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR ES LA MEDIDA MÁS IDÓNEA PARA LA RECUPERACIÓN DE LOS ACTIVOS ILÍCITOS

6.1. Es una medida judicial que coadyuva a la investigación preliminar

Cuando tratamos la metodología de la investigación en el delito de lavado de activos, se puso énfasis en su complejidad y en la extensión de los plazos procesales, así como en las diligencias que deben emplearse para obtener información sólida sobre el patrimonio criminal.

Lo antes descrito hace notar las diversas dificultades que debe afrontar el Ministerio Público durante la etapa de investigación preliminar. A ello se suma que, en los casos de delincuencia económica compleja, cometida a través de elaboradas y artificiosas maniobras contables, realizadas por sociedades que, cumpliendo las formalidades legales, se utilizan como instrumentos de encubrimiento o de difuminación de actividad delictiva, la concentración de la investigación en un solo proceso dificulta, en ocasiones, la tarea de apurar todas las posibilidades probatorias y deja fuera a personas que pudieran haber sido inculadas en alguna de las actividades calificadas como delictivas.

Aparte de esta dificultad, tenemos los procesos penales seguidos contra organizaciones criminales (altamente estructuradas y con poder económico) y que en cierto modo adicionan la complejidad de la investigación. Por ello, rescataremos —a nivel de la jurisprudencia extranjera— el pronunciamiento del Tribunal Supremo Español en la SST 508/2015 de fecha 27 de julio del 2014, en cuyo fundamento jurídico 34 reconoció tales complicaciones, a partir de su estructura, la distribución de roles, la jerarquía, los medios asignados al fin delictivo, la pluralidad de personas, entre otros factores.

Entonces, las dificultades en este tipo de investigaciones (lavado de activos), aparte de individualizar a los presuntos autores y partícipes, consisten más en recopilar las evidencias pertinentes para sustentar en su oportunidad la acusación fiscal que nos permita entablar la fase de juicio oral.

Para poder mitigar ese riesgo en la investigación, la medida cautelar real de incautación de los bienes de procedencia ilícita permitirá que sobre ellos la autoridad competente practique los actos de investigación pertinentes: ¿cómo puede

ser ello, si la incautación tiene por fin último lograr el decomiso del bien? La respuesta a esta interrogante está en que, intrínsecamente, esta medida cautelar facilita tanto a la Fiscalía como la Policía la realización de diligencias.

Por ejemplo, si tenemos un inmueble incautado (despojado al investigado), las autoridades aludidas —con celeridad— podrán practicar actos de investigación como: pericia de ingeniería sobre el inmueble, con el fin de determinar su valor económico; recabar documentación relevante para el caso (constancias de depósito, documentos financieros y contables, y otros que se hallen en su interior.); abrir cajas fuerte donde naturalmente se ocultan especies de gran valor para la investigación (joyas, dinero en efectivo, chequeras, etcétera); también, lograr una posible inspección ocular sobre el inmueble.

Si pretendemos que la investigación —vinculada a una organización criminal— presente celeridad y efectividad, es sumamente necesario dotar de herramientas a las autoridades judiciales para que desplieguen su labor, sin dejar de lado que cumplan el debido proceso. Por tanto, no resulta descabellado sostener que esta medida de incautación real sobre bienes es un mecanismo estratégico para desarrollar eficientemente una investigación preliminar. Tampoco debemos pasar por alto que los investigados por el delito de lavado de activos tratarán de contrarrestar la investigación del Ministerio Público a través de estrategias financieras y económicas para dotar de licitud su patrimonio. Si esto es así, la especialización en la investigación también debe estar de lado del ente persecutor del delito, sobre todo si existe una profesionalización de la criminalidad económica.

6.2. Aseguramiento eficaz del patrimonio criminal y su recuperación a favor del Estado

La preocupación del investigado es apartar sus bienes y caudales ilícitos del seguimiento judicial. Para tales efectos, emplean formas subrepticias y legales con el fin de dotarles la mayor apariencia de licitud posible. Por ello, si desde el inicio de las investigaciones preliminares el Estado logra afectar su patrimonio (previa autorización judicial debidamente motivada), lograremos reforzar los objetivos impuestos por el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), que consisten justamente en dotar de mecanismos judiciales útiles para contrarrestar los activos provenientes de ilícitos penales.

Como anteriormente se indicó, el delito trae consigo serias consecuencias sobre el desarrollo económico de la nación; de alguna u otra forma, trastorna el dinamismo en la recepción de ingresos y su distribución para la implementación, por ejemplo, de obras públicas en favor de la sociedad.

Esta problemática, insistimos, podrá ser minimizada a través de la medida real materia de estudio. Su consecuencia inmediata sobre el patrimonio ilícito es impedir que los investigados continúen disfrutando de ellos en detrimento de los bienes jurídicos protegidos en el delito de lavado de activos. Adicionalmente, se corre el riesgo de que se continúen acrecentando ganancias ilícitas que robustezcan un aparato criminal.

Otorgada la medida real de incautación, la administración de los bienes lícitos estará a cargo del PRONABI. Para poner un ejemplo, según registros de dicha entidad estatal, a febrero del año 2022, las incautaciones recaídas en la investigación por lavado de activos presentan las siguientes cifras:

Inmuebles	Vehículos y muebles	Dinero	Material aurífero y joyas
1140	392	92	92

En el caso de los inmuebles y vehículos con incautación, son cedidos en uso para fines institucionales, es decir, el PRONABI, conforme a sus facultades normativas, los ha asignado temporalmente a entidades estatales para el mejor desempeño de sus funciones. Ello evidencia un gran avance en la recuperación de estos activos ilícitos para fortalecer la lucha contra la criminalidad económica.

Por lo señalado, insistir con la medida cautelar propuesta —a nivel de la investigación preliminar— permite: 1) extraer de la esfera de dominio del investigado el patrimonio ilícito; 2) recuperar inmediatamente este patrimonio por parte del Estado; y, 3) reinvertir dichos bienes en políticas institucionales para afrontar las investigaciones.

6.3. Se cumple con la recomendación del Grupo de Acción Financiera en materia de recuperación de activos

En el acápite anterior se hizo mención al objetivo del GAFI en materia de recuperación de activos. En concreto, nos referimos a la recomendación 4, que justamente propone que el Estado también priorice la confiscación de los productos o instrumentos del delito, usados o con intención de usarse en el lavado de activos o delitos precedentes. De igual forma, el glosario de las 40 recomendaciones se enfoca en la privación permanente de fondos y otros activos por orden de una autoridad competente o una corte, teniendo lugar un procedimiento administrativo o judicial que transfiere la propiedad al Estado.

Sobre esa base se prioriza —además de la persecución penal a los criminales— impedir el flujo de capitales, atacando a la organización en forma completa y específica. La política estatal en materia de recuperación de activos ha interiorizado esta recomendación; tanto es así que se ha priorizado crear el proceso de extinción de dominio. Sin embargo, este procedimiento está supeditado a fases y reglas específicas para lograr el resultado final: el decomiso de los bienes ilícitos.

Si bien la normativa de extinción de dominio cumple la finalidad antes descrita, de igual forma, la incautación a nivel de la investigación preliminar por lavado de activos logra la recuperación del activo, pues se solicita de forma inmediata al juez, y luego el objeto, efecto o ganancia del delito, para que pasen a la administración y custodia del Estado. Es más: al momento de emitirse la sentencia condenatoria, indefectiblemente se ordenará el decomiso de los bienes, con la motivación judicial correspondiente; se genera así el retorno de estos al Estado para su reinversión en las políticas públicas de prevención y sanción del delito de lavado de activos.

Mientras más se fomente y aplique la medida real de incautación a nivel preliminar, el Estado —a través de sus instituciones judiciales— podrá inmovilizar el flujo de bienes y capitales ilícitos. Así se conseguirá debilitar el *modus operandi* de las organizaciones criminales, dedicadas al lavado de activos y a otros delitos de gravedad.

VII. CONCLUSIONES

1. El delito de lavado de activos, a través de sus diversas manifestaciones y en contextos de criminalidad organizada, genera graves consecuencias para el desarrollo económico del país. Por ello, nuestro ordenamiento jurídico ha tratado de enfocarse no solo en la sanción punitiva del sujeto activo, sino también en limitar el disfrute de su patrimonio ilícito. Para tal propósito, los operadores de justicia deben ser constantes en aplicar las herramientas jurídicas correspondientes.

2. La medida de incautación real aparece como una herramienta eficaz, por cuanto desde la investigación preliminar (compleja por el delito investigado) se puede detener el traspaso de los activos ilícitos. Posteriormente, estos pasarán a la administración de las instituciones públicas competentes. Igualmente, una vez emitida la sentencia condenatoria, los bienes —de forma automática— pasarán a ser decomisados.

3. Sin dejar de lado su finalidad cautelar, esta medida también resulta trascendental en la investigación por el delito en mención, toda vez que permite, por ejemplo, que el Ministerio Público practique los actos de investigación pertinentes sobre el bien incautado. Así se ahorrarán esfuerzos y la investigación se enfocará en recabar medios de prueba sustanciales, para lograr un caso consistente.

4. Por otro lado, si bien somos partidarios de fomentar el uso de la medida real de incautación durante la fase de investigación preliminar, sin embargo, esta debe ser solicitada y otorgada de forma motivada, pues cada caso merece una estrategia distinta. En ese marco, la adopción de esta medida requiere el cumplimiento estricto de presupuestos procesales y constitucionales. Entonces, si la misión es contrarrestar con eficacia todo el patrimonio ilícito, la incautación real debe contar con el sustento fáctico, jurídico y probatorio, para no quebrantar el debido proceso y el derecho de propiedad, que puedan ocasionar posiblemente su nulidad.

5. Finalmente, consideramos que se viene cumpliendo con las recomendaciones del GAFI; así lo hemos destacado con las estadísticas de la cantidad de bienes incautados. Empero, resulta necesario que el Estado dote de mayor apoyo presupuestal a las entidades públicas involucradas en la investigación del delito de lavado de activos, tanto más si este flagelo distorsiona las reglas del mercado, la justicia y la convivencia social.

REFERENCIAS

- Blanco Cordero, I. (2002). *El delito de blanqueo de capitales*. 2.ª edición.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. 1.ª edición. Universidad Externado de Colombia.
- Brage Camazano, J. (2004). *Los límites de los derechos fundamentales*. Editorial Dykinson.
- Bustamante Alarcón, R. (2001). *Derechos fundamentales y proceso justo*. 1.ª edición. Ara Editores.
- Fabián Caparrós, E. (2014). *La fenomenología del lavado de dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido*. 4.ª edición. Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial – Edición Especial para Perú. Organización de los Estados Americanos (OEA).
- Gálvez Villegas, T. A. (2014). *El delito de lavado de activos: criterios sustantivos y procesales: aspectos del Decreto Legislativo N.º 1106*. Instituto Pacífico.
- García Cavero, P. (2016). *El delito de lavado de activos en el contexto de la lucha contra la criminalidad organizada*. 1.ª edición. Ley Contra el Crimen Organizado (Ley N.º 30077), Aspectos Sustanciales, Procesales y de Ejecución Penal. Instituto Pacífico.
- Gimeno Sendra, V. (1990). *Derecho procesal*. Tomo II. Tirant lo Blanch.
- Gimeno Sendra, V. (2015). *Derecho procesal penal*. 2.ª edición. Editorial Civitas.
- Gonzales López, J. J. y Nieto Martín, A. (2016, mayo). La investigación de los delitos económicos en España: intentando poner orden en el camarote de los hermanos Marx. *Diario La Ley*, N.º 8768, sección Doctrina.
- Leandro Fernández, T. (2012). Confiscación sobre el producto indirecto del delito en el sistema de prevención del lavado de activos. *Revista Pensar en Derecho*, 01, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Lozano Arévalo, G. (2019). *La incautación de bienes en la investigación por lavado de activos*. (Trabajo de fin de Máster, Universidad Internacional de la Rioja).
- Mateos Martín, J. A. (2013). El reto de la prevención del blanqueo de capitales en un mundo globalizado. *Revista de Derecho*, 12. UNED.

- Mendoza Llamacpampa, F. N. (2016). *Tratamiento del objeto material y el delito previo en el lavado de activos. Ley Contra el Crimen Organizado (Ley N.º 30077)*. 1.ª edición. Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal. Instituto Pacífico.
- Mendoza Llamacpampa, F. N. (2017). *El tipo base del delito de lavado de activos en el Perú (Arts. 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N.º 1106) – Apuntes desde el derecho penal español*. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca).
- Neyra Flores, J. A. (2010). *Manual del nuevo proceso penal y litigación oral*. Idemsa.
- Olivera Serrano, J. L. (s.f.). *Importancia de la investigación patrimonial en la lucha contra el crimen organizado – Técnicas de investigación, metodología, operativa y directrices policiales en las investigaciones patrimoniales*. https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20Olivera%20Serrano%20J.%20Luis%20%20.pdf?idFile=54b6ff2b-7ed9-40d8-bc57-ac7967b4fd9a
- Páucar Chappa, M. E. (2013). *La investigación del delito de lavado de activos. Tipologías y jurisprudencia*. Ara Editores.
- Prado Saldarriaga, V. R. (2014). *El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana*. 4.ª edición. Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial – Edición Especial para Perú. Organización de los Estados Americanos (OEA).
- Prado Saldarriaga, V. R. (2016). *Criminalidad organizada y lavado de activos en el Perú*. 1.ª edición. Ley Contra el Crimen Organizado (Ley N.º 30077), Aspectos Sustantivos, Procesales y de Ejecución Penal. Instituto Pacífico.
- Sánchez Velarde, P. (2016). *Criminalidad organizada y proceso penal*. 1.ª edición. Ley Contra el Crimen Organizado (Ley N.º 30077), Aspectos Sustanciales, Procesales y de Ejecución Penal. Instituto Pacífico.
- San Martín Castro, C. E. (1999). *Derecho procesal penal*. Volumen II. 1.ª edición. Grijley.
- San Martín Castro, C. E. (2017). *Derecho procesal penal peruano – Estudios*. Gaceta Jurídica.
- Vargas Gonzales, P. (2012). *El comiso del patrimonio criminal*. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca).

Vidal Fueyo, C. (2005). *El principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad de la actividad del juez*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20052/pr/pr2.pdf>

CRIMINALIDAD ORGANIZADA

LA IMPORTANCIA DE UNA ADECUADA APLICACIÓN DEL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

Luis Alberto Casaverde Reyna

Sumario

I. Introducción. II. El delito de trata de personas. III. Principales dificultades en la lucha contra la trata de personas. IV. Trata de personas y criminalidad organizada. V. Legislación comparada. VI. Propuestas. VII. Conclusiones. Referencias.

129

I. INTRODUCCIÓN

En las últimas dos décadas, nuestro país ha experimentado un notable crecimiento económico, lo que responde a diversos factores. Evidentemente, uno de los más importantes ha sido el aumento de las actividades comerciales que se vieron impulsadas en parte por los acuerdos comerciales suscritos por el país y que trajeron como corolario el aumento de la inversión pública y privada en el territorio nacional.

Este incremento de actividades comerciales ha traído como consecuencia directa el surgimiento de negocios que lindan con lo ilícito o que en muchas ocasiones representan verdaderas conductas delictivas. Así tenemos, por citar un ejemplo, que en aquellos lugares donde se ha experimentado el *boom* de la minería, principalmente informal e ilegal, se ha incrementado notablemente la

comisión de delitos contra el patrimonio, como el robo, delitos contra la libertad sexual e incluso contra la vida y la salud (homicidios). Pero, además, han surgido en esos mismos lugares actividades comerciales ilegales, como la venta de droga y la aparición de prostíbulos o burdeles que tienen fachada de cantinas o bares. Como consecuencia de esto último, se ha incrementado exponencialmente la trata de personas, especialmente con fines de explotación sexual de mujeres provenientes de las zonas sierra y selva del país, quienes son captadas mediante falsos ofrecimientos de trabajo por gente inescrupulosa. Ello ha dado lugar a que las víctimas sean explotadas sexualmente y, en muchas ocasiones, posteriormente asesinadas, de modo que se ha generado una verdadera cifra negra sobre esta incidencia delictiva.

Pero la trata de personas no es una actividad ilegal conexas exclusivamente a la minería, sino también se presenta con características muy similares en aquellos lugares donde se realizan actividades de tala ilegal, tráfico de drogas o contrabando, por citar algunos ejemplos. En buena cuenta, tiene su caldo de cultivo en aquellas actividades evidentemente lucrativas que son realizadas casi subrepticamente o al margen de la ley, en las que se aprovechan de una falta de regulación adecuada que da lugar a una falta de control o supervisión oportuna del Estado.

Es notorio que esta modalidad de trata de personas, que se realiza sobre todo en zonas geográficamente alejadas y de fuerte movimiento económico, no responde a una ocurrencia delictiva ocasional o individual; en realidad, para poder materializar tales actividades ilícitas, requieren necesariamente la participación de un grupo de personas debidamente organizadas en el que medie un reparto oportuno de roles. De esta manera, criminológicamente podemos apreciar que hay quienes se encargan del financiamiento de las actividades de explotación sexual, como la instalación de un local (prostíbulo o bar) y de proporcionar los recursos para captar y trasladar a las jóvenes; mientras que otros se encargarán de las acciones de administración de los locales donde serán explotadas las víctimas. Se advierte de este modo un reparto de roles o funciones que permitirán que se lleve a cabo la actividad criminal.

En este contexto, el Estado viene realizando acciones dirigidas a prevenir y sancionar la trata de personas. En esa línea, en marzo de 2021 se promulgó la Ley N.º 31146, que modificó el Código Penal para comprender a estos delitos en el apartado denominado “delitos contra la dignidad humana”; y, además, se publicó,

mediante Decreto Supremo N.° 009-2021-IN, la “Política Nacional Frente a la Trata de Personas y sus formas de explotación al 2030”. Es en este contexto que consideramos importante, en materia de sanción del delito, que los esfuerzos del Estado no se limiten a la persecución del delito fin (la trata de personas), sino que, teniendo una mirada integral del fenómeno, se investigue también a la organización o grupo criminal que hace posible la ejecución de estos ilícitos.

II. EL DELITO DE TRATA DE PERSONAS

2.1. Antecedentes

2.1.1. En el contexto internacional

La trata de personas tiene su antecedente en las antiguas civilizaciones. Como resultado de guerras invasoras de territorios, quienes penetraban en tierras ajenas sometían a toda la población derrotada a la esclavitud para obligarlos a realizar trabajos forzados en forma exclusiva para el nuevo sector dominante, quien era dueño de la vida del esclavo y de su familia. En la antigua Grecia, los esclavos eran los prisioneros de guerra o los niños abandonados que, rescatados por los mercaderes de esclavos, eran posteriormente vendidos como objetos o aquellos que se esclavizaban por deudas contraídas para ser explotados en labores mineras o agrícolas. Y en la antigua Roma, la esclavitud fue regulada por su legislación, de modo que los esclavos constituían la base de su economía para la explotación de latifundios.

En el siglo XV, la colonización de América originó la explotación de la población aborigen en labores agrícolas y mineras y, como producto de las guerras civiles entre españoles, al vencedor se les entregaba el botín de mujeres, de modo que se daba paso al tráfico de mujeres aborígenes que eran trasladadas de un lugar a otro para el comercio sexual y la prostitución (Cáceres y Huamanquispe, 2019). El Acta Antiesclavista de Bruselas, de 1890, prohibió la trata de esclavos, pero estas prácticas evolucionaron hacia nuevas actividades de explotación que, según Carrasco (2014), a finales del siglo XIX dieron origen al traslado y el comercio de mujeres de raza blanca para su explotación sexual. De ahí surgió la denominación de “trata de blancas”, para diferenciarla de la trata de esclavos negros considerada como legal porque participaban en los ingresos de los Estados.

En 1904 entra en vigor el Acuerdo Internacional para la Represión de la Trata de Blancas. Al respecto, Marinelli (2015) nos dice que este fue el primer tratado internacional de regulación de trata de blancas, y que el centro de atención era la movilización de la víctima y no el fin de la movilización, que es la explotación a la que son sometidas las víctimas. Es a partir de la segunda convención, llamada Convenio Internacional para la Represión del Tráfico de Trata de Blancas de 1910, que se criminaliza la trata de personas en el derecho internacional, que define la conducta punible como aquella por la cual un sujeto contrata, secuestra o seduce a una mujer, y solo cuando la víctima es una persona mayor, usando medios de coacción como el fraude, la violencia o el abuso de autoridad, con propósitos de satisfacer las pasiones carnales y sexuales de otros. Posteriormente, la Convención Internacional para la Supresión del Tráfico de Mujeres y Niños, del 30 de septiembre de 1921, elimina la connotación de trata de blancas por el de tráfico de mujeres y niñas, en clara inclusión de mujeres de todas las razas y edades; además, amplía la consideración de víctimas a los varones menores de 21 años.

En 1945 se crea la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con la finalidad de proteger y hacer efectivos los derechos humanos y las libertades fundamentales de toda persona. Uno de sus primeros resultados fue el Convenio para la Represión de la Trata de Personas y la Explotación de la Prostitución Ajena de 1949. No obstante, esta regulación pareció significar un retroceso en materia de criminalización de la trata, pues se la redujo a la prohibición de favorecimiento de la prostitución. Finalmente, el año 2000, con la dación de la Convención contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos Adicionales —en lo que corresponde al caso, con el Protocolo sobre Trata de Personas— se sella la última etapa en la regulación de la trata de personas como un delito autónomo que conlleva la explotación final de la víctima y que la esclavitud puede concretarse durante o sin el proceso de la trata de personas.

2.1.2. En el contexto nacional

En nuestro país, la regulación de la trata de personas también ha tenido un desarrollo progresivo y algo tardío, puesto que en las primeras legislaciones criminales no se hizo alusión a este tipo de conductas o similares, sino solamente a aquellas relacionadas directamente con la agresión sexual que el primer Código Penal Peruano del año 1863 tipificó en el título 2 de la Sección Octava como delitos contra la honestidad, la regulación de la violencia y del estupro (violación sexual empleando la seducción y el engaño). Posteriormente, el Código Penal de

1924, en su Sección Tercera, tipificó los delitos contra las buenas costumbres, contra la libertad y el honor sexual. Según Peña (1982), la doctrina definió las buenas costumbres como el uso severo, estricto y honesto de las relaciones sexuales, contrario a las prácticas licenciosas y libertinas, siempre y cuando la violencia sexual contra la mujer tenga lugar fuera del matrimonio. Es decir, la violencia del cónyuge no era relevante penalmente. Además, y de acuerdo con Bramont y García (1998), los bienes jurídicos protegidos fueron la libertad y el honor sexual.

Solo recientemente, con el Decreto Legislativo N.º 635, que se promulgó el 3 de abril de 1991, se advierte en el Código Penal peruano, como lo hace notar Tejada (2016), un atisbo de reconocimiento a la trata de personas, pero que no se encontró regulado en un solo tipo penal. En realidad, lo encontramos en el artículo 153, que tipificaba el delito como retención o traslado de menores de edad o personas incapaces de valerse por sí mismas, penalizando el tráfico de niños, niñas y adolescentes. Así mismo, se reguló el artículo 182, que tipificó la trata de personas a través de los elementos objetivos, como promover o facilitar su entrada o salida del país, o el trasladar dentro del territorio a una persona con fines de explotación sexual, dejando impunes modalidades como la laboral, la mendicidad y otras. A continuación, el 20 de mayo de 1994 se expide la Ley N.º 26309, cuyo artículo 1 modifica el artículo 153 del tráfico de menores y establece como elementos objetivos que configuran el tipo penal de trata de menores el retener o trasladar de un lugar a otro a menores de edad o personas incapaces de valerse por sí mismas haciendo uso de la violencia, la amenaza y el fraude con fines de explotación social o económica.

Comenta Tejada (2016) que, en su artículo 1, la Ley N.º 28251, publicada el 8 de junio de 2004, modifica el artículo 182 del Código Penal para regular como elementos objetivos que configuran el tipo penal de trata de personas el promover o facilitar la captación para trasladar a una persona fuera y dentro del país con fines de obligarlas a ejercer la prostitución, someterlas a esclavitud sexual, a la pornografía y demás formas de explotación sexual. Posteriormente, en virtud de la quinta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley N.º 28950 sobre Trata de Personas y Tráfico Ilícito de Migrantes, del 16 de enero del 2007, se deroga el artículo 182 y queda reformulado el artículo 153 de la trata de menores como la trata de personas como delito contra la libertad. También se modificó la trata agravada, incorporándose como un supuesto agravante el ser integrante de una organización criminal.

Como se puede observar, el contenido del delito de trata de personas y la concepción político-criminal de este delito han ido variando. Finalmente, mediante Ley N.º 31146, se modifica el lugar donde se ubica el delito de trata de personas (reubicación conforme refiere la propia ley), pasando de los delitos contra la libertad personal a delitos contra la dignidad humana, situados entre los artículos 129-A y siguientes del Código Penal, sin que haya variado su contenido típico de manera relevante.

2.2. El tipo penal de trata de personas

2.2.1. Verbos rectores y conductas típicas en el delito de trata de personas

La trata de personas es un delito de dominio reflejado por la presencia de medios comisivos que sustentan una asimetría de poder por la que el agresor o agresores imponen control y determinación en el uso de sus víctimas con fines de explotación (Rodríguez, 2016).

Según Montoya (2016), el delito de trata de personas, si bien no es un delito especial, no es tampoco un delito común que pueda perpetrarse en cualquier situación. En estos delitos, aprovechando su condición dominante, uno o más agresores someten a una persona vulnerable con fines de explotación. Esta característica de dominio del agresor contra su víctima vulnerable define el tipo de injusto de este delito que está regulado en nuestro Código Penal y que se corresponde con lo establecido por el Protocolo de Palermo, configurando tres elementos constitutivos: las conductas, los medios y los fines.

a) La conducta

Para Prado (2016), la trata de personas es un delito de tipo alterno constituido por conductas típicas de captación, transporte, traslado, acogida, recepción y retención de idéntica categoría antijurídica. Para su configuración, basta la realización de uno de los verbos rectores mencionados.

La trata de personas constituye un tipo penal de esclavitud moderna y universal en el que las víctimas por lo general no son forzadas contra su voluntad, sino que son trasladadas con su consentimiento con engañosas promesas de empleo, estudios y de encontrar bienestar (Tejada, 2016).

Casas (2013) señala que, siendo la conducta el elemento del tipo objetivo, gira alrededor de una pluralidad de verbos rectores, lo que clasifica el tipo como de conducta alternativa, por lo que bastará que el sujeto activo realice cualquiera de los verbos rectores en provecho propio o de terceros para conformar el delito de trata de personas. En ese sentido, Rodríguez (2016) señala que el legislador ha relacionado los verbos rectores mediante los conectivos lógicos de disyunción débiles y no de conjunción, razón por la cual bastará que se realice cualquiera de los verbos rectores.

Para Montoya (2016), las conductas son un conjunto de comportamientos alternativos prohibidos que se desarrollan en fases y que comprenden:

- La captación, que consiste en enrolar usando medios ilícitos a víctimas para dar paso a su retención con fines de explotación y que se concreta ya sea mediante un acuerdo ilícito por el engaño, por el fraude, por el ejercicio de poder y aprovechamiento de la vulnerabilidad de la víctima, o por el uso de la violencia o secuestro (IDEHPUCP, 2017).
- El transporte o movimiento de sus las víctimas —que normativamente no está permitido (Montoya, 2016)— desde su lugar de origen hacia otro que esté dentro o fuera del país aprovechando su dominio y la vulnerabilidad de la víctima. que normativamente no está permitido (Montoya, 2016). Al respecto, Aboso (2013) indica que el solo hecho de organizar o acompañar a la víctima no es suficiente para configurar el delito; se requiere, necesariamente, que el transportar ocasione un peligro vedado que se evidencia cuando el sujeto activo ejerce dominio sobre la víctima y controla el desarrollo de los hechos.
- El traslado, que comprende la transferencia de la víctima hacia el poder de otra a cambio de algún pago o beneficio por el tiempo convenido (Montoya, 2016), y que puede ser útil para sancionar lo que supuestamente no está previsto en el tipo penal, como ocurre en el caso de los padres que explotan sexualmente en el interior de su domicilio a sus hijas que son niñas o adolescentes (IDEHPUCP, 2017).
- La recepción es otra de las conductas prohibidas por la que una persona, conscientemente, recibe a una víctima cuya voluntad ha sido violentada cuando se realiza en una escala o en el destino final (Montoya, 2016), y

que no necesariamente es la misma persona que otorga acogida (IDEHPUCP, 2017).

- La acogida es otra conducta delictiva por la que se consiente en dar morada o alojamiento a la víctima (Montoya, 2016), transitoria o definitivamente (Prado, 2016). A diferencia de la acogida, el agente recibe a la víctima para someterla a explotación sexual o a otros fines de explotación (Salinas Siccha, 2015).
- La retención destinada a privar, violentamente o por cualquier otro medio del tipo penal, la libertad ambulatoria de la víctima (Prado, 2016).

b) Los medios

Montoya (2016) señala que nuestra legislación, en concordancia con el Protocolo de Palermo, excluye de todo medio comisivo para el caso de víctimas menores de edad, medios de los que hacen uso los agresores aprovechando su condición dominante para someter mediante la violencia, la amenaza, el engaño o el fraude a una persona adulta y vulnerable a depender de su control y voluntad. Agrega Aboso (2013) que los medios típicos son formas de manifestación de la asimetría de poder de los agresores sobre su víctima, por el que incluso esta última generalmente conoce su destino y las condiciones o fines para los que fueron captadas. Según Tejada (2016), los tratantes recurren a la seducción, a la inducción de consumo de drogas, la retención de los documentos de identidad para inmovilizarlas y evitar su descubrimiento, la manipulación de la información obtenida de sus víctimas para mantenerlas en control personal y de su entorno.

c) Los fines

Tejada (2016) anota que la trata de personas tiene como objetivo final la explotación, delito cuya configuración no necesita que se concrete el objetivo final, pues bastará que esté presente alguna conducta del tipo y que se compruebe la presunta finalidad. Para Montoya (2016), el último elemento del delito de trata de personas está constituido por los fines a los que va dirigido este delito, que no es son otra cosa que la explotación de seres humanos a través de las conductas típicas que comprende el ejercicio de la explotación y esclavitud sexual y otras formas análogas como la explotación laboral, que comprende la mendicidad, trabajos o servicios obligados a la fuerza, la servidumbre, la

esclavitud y otros afines a la explotación laboral y el tráfico-comercio de niños, órganos y tejidos humanos.

2.2.2. El bien jurídico protegido

Para Roxin (2013), el bien jurídico protegido representa un conjunto de situaciones y propósitos indispensables para que la persona pueda desarrollarse libremente ejerciendo sus derechos fundamentales y que el Estado garantiza. Villarroel (2017) considera el bien jurídico protegido en su función dogmática, como una pauta dirigida a interpretar y descifrar claramente la norma penal, atribuyéndole un sentido; y, en su función sistemática, como un ente referencial de la organización en diversos grupos del tipo penal, como, por ejemplo, la libertad sexual, la libertad laboral y otros.

La doctrina sobre el delito de trata de personas fundamenta tres criterios de determinación del bien jurídico protegido: la libertad personal, la dignidad humana y la pluralidad de bienes jurídicos protegidos.

a) La libertad personal

Para Salinas Siccha (2015), el bien jurídico protegido es la libertad ambulatoria, sustentada en que los medios que violentan la voluntad de la víctima expresan diversas formas de afectar la libertad individual, dado que el tipo penal del delito de trata de personas se encuentra sancionado entre los delitos contra la libertad individual previstos en el Código Penal. Según Montoya (2016), este criterio es calificado teóricamente como demasiado limitado, por cuanto al llevarlos a casos concretos producen impunidad por la imperiosa presencia de medios de coacción como la violencia, la amenaza, entre otros, y la necesaria ausencia de consentimiento contradictorio con la norma nacional e internacional.

b) La dignidad humana

Para Casas (2013), al no existir una definición jurídica de explotación, se debe recurrir a su acepción natural, que lo define como la utilización abusiva de un ser humano en beneficio propio. En ese sentido, el uso de la persona como si fuera un objeto de su pertenencia, sustentado en el poder de dominio que ejerce con fines económicos u otros, afecta la dignidad humana, lo cual contempla el concepto del tipo penal. Montoya (2016), citando a Alonso Álamo, señala

que la instrumentalización y cosificación de la explotación humana humilla a la persona al atacar la esencia de la naturaleza humana, la dignidad de la persona, que no consiente el trato como objeto. Refiere el mismo autor que la crítica a esta posición se debe a la falta de autonomía de la dignidad, por estar presente en todos los derechos fundamentales individuales.

Respecto de la libertad personal, podríamos señalar que, si se le identificara como el bien jurídico protegido en el delito de trata de personas, habiendo la víctima aceptado la propuesta de una determinada explotación por parte del tratante, no se verifica la afectación de la libertad personal; por tanto, no se configura el delito de trata. Mientras que si se afirma que la dignidad es el bien jurídico protegido, se configura el delito de trata aun si hubiera sido aceptado voluntariamente su explotación (Informe N.º 001-2020-DP/ADHPD, 2020, p. 40).

c) Diversidad de bienes jurídicos protegidos

Para Prado (2016), el delito de trata de personas lesiona no solamente la libertad sino también la seguridad y la salud individual, además de los derechos humanos; por ello, la trata de personas es considerada un delito pluriofensivo. Así lo especifica Meini (2014), quien indica que para su configuración es imperiosa la vulneración de la integridad de los bienes jurídicos protegidos o que la vulneración de uno de ellos subsuma la vulneración del otro.

Según este criterio, afirma Montoya (2016) que existen diferentes tipos de explotación en la trata de personas, de modo que lo conveniente es delimitar el bien jurídico protegido en función de cada uno de estos tipos. Agrega el autor que esta posición es criticada porque es muy difusa, inaplicable en la concurrencia de delitos y que pierde el sentido de impedir la cosificación e instrumentalización en la explotación de seres humanos. Ante ello, respalda la posición que considera a la dignidad como el bien jurídico protegido, por cuanto ello permite establecer la gravedad del delito y es considerada por la mayoría de normas internacionales.

2.3. Estado actual de la lucha contra la trata de personas

El panorama en relación con la lucha contra el flagelo de la trata de personas actualmente no parece ser alentador. En el ámbito nacional, se viene realizando en diversos lugares, tanto de las capitales como de zonas alejadas,

la explotación de personas y, en especial, la explotación sexual de mujeres; sin embargo, pese a los esfuerzos que pueden hacer la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público, estos evidentemente son insuficientes. Ocurre que este tipo de problemas no solo se combaten con políticas de represión o sanción, sino también con una labor preventiva que debe comprometer a diversos actores estatales y sociales.

No obstante, más allá de la necesidad de la ejecución de políticas integrales que afronten esta problemática, parece ser que incluso las acciones de represión no estarían realizándose de manera eficiente y, en consecuencia, no se están logrando los resultados esperados; esto es, desarticular y sancionar a los grupos criminales que buscan obtener beneficios económicos a través de la trata de personas.

De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI), las cifras del periodo comprendido entre el 2015 y el 2020 arrojan la siguiente información.

Denuncias registradas por el delito de trata de personas por la Policía Nacional del Perú

139

	Año 2015	Año 2016	Año 2017	Año 2018	Año 2019 (Ene.- jul.)
Denuncias ante la Policía Nacional	441	481	524	361	121
Denuncias ante el Ministerio Público	1022	1332	1464	1355	No data
Personas condenadas	166	197	217	200	No data

Fuente: INEI (Estadística de Trata de Personas, 2012-2019).

Como podemos observar, las denuncias tanto ante la Policía Nacional del Perú como el Ministerio Público han ido aumentando progresivamente entre los años 2015 y 2018; además, se advierte que hay una amplia diferencia entre la cantidad de denuncias y la cantidad de sentencias condenatorias. En este punto debe advertirse que la data judicial refiere a personas condenadas, cuando existen en la práctica procesos en los que hay uno o más condenados, de modo que podemos deducir que el número de procesos en que se obtienen sentencias condenatorias es igual o menor al número de personas condenadas por año. Si

a ello le agregamos la información acerca de en cuántos procesos se condenó por la agravante de ser integrante de una organización criminal, seguramente encontraremos que la cifra resulta casi insignificante.

A partir de la data recabada, debemos señalar que la mayor cantidad de denuncias relacionadas con trata de personas son aquellas referidas al delito de explotación sexual (22,2 % en 2015; 23,7 % en 2016; 16,7 % en 2017; y 21 % en 2018), seguidas de explotación laboral, entre otras. Esto demuestra que la explotación sexual es la finalidad principal de la trata en el Perú, y que las víctimas son captadas por ofertas de trabajo, siendo el medio más frecuente para atraerlas el engaño, seguido por amenazas y la concesión o recepción de pagos. Otro dato relevante es que las víctimas que son captadas terminan siendo explotadas en su mayoría en *night clubs* o en la atención de bares, servicio doméstico y prostíbulos.

Adicionalmente, el informe del INEI revela que los distritos fiscales con mayor porcentaje de denuncias son Lima (132), Loreto (68), Puno (53), Madre de Dios (51), Lima Norte (39), Tacna (36), Cusco (24), Piura (22), Junín (22) y Arequipa (20), que, en conjunto, representan el 68 % del total de denuncias. Esto nos revela que son justamente las zonas donde se desarrollan en mayor medida las actividades comerciales ilegales, como la minería ilegal o la tala y narcotráfico, las que tienen una mayor incidencia de trata de personas.

III. PRINCIPALES DIFICULTADES EN LA LUCHA CONTRA LA TRATA DE PERSONAS

Es notorio que la lucha contra la trata de personas tiene que enfrentar constantemente diversas dificultades, y de muy variada naturaleza; pero si nos centramos en la persecución penal y la búsqueda de eficacia, apreciamos dos circunstancias que, en vez de ser condiciones positivas para potenciar la investigación, resultan siendo escollos o falencias, lo que trae como consecuencia que no se logren los resultados de persecución y sanción penal esperados, conforme hemos podido advertir con la estadística antes presentada.

La primera de estas dificultades es la poca o mínima participación o aporte de la víctima en la investigación, lo que evidentemente repercute en limitar las posibilidades de éxito de la persecución penal. La segunda dificultad que se presenta

es la imposibilidad de las procuradurías públicas de participar en las investigaciones representando al Estado como agraviado, lo que impide que pueda coadyuvar en la investigación, no obstante que, como hemos referido, la trata de personas es una actividad delictiva que se suele ejecutar en el marco de una organización criminal, de modo que, analizada en su conjunto, no afecta solo a una individualidad sino también el orden público.

3.1. La víctima: su poca o nula participación y aporte en el proceso de investigación

Respecto de la víctima, dice Srikantiah (2007) que la figura social y jurídica de la víctima ideal es aquella considerada como inocente, pasiva, falta de agencia, que requiere ser rescatada por encontrarse retenida, privada de su libertad y violentada, y que esto representa a la verdadera víctima, potencial colaborador en el proceso. Pero, contra esta percepción ideal, las víctimas rescatadas pueden ser renuentes a colaborar, por encontrarse con traumas psicológicos producto de la violencia a la que fueron sometidas por parte de los tratantes o por mantener cierta adhesión al nexo sostenido con su explotador. Evidentemente, esto repercute en la confianza que pueden tener en ellas los operadores de justicia.

Por su parte, Tamarit (2013) señala que existen víctimas que desafían estos roles, con mucha capacidad de agencia, que hacen sentir su voz, que reclaman a los tratantes y a los operadores de justicia y que, como resultado de este desafío al modelo ideal, marcan una tendencia entre los operadores a culpabilizar a la víctima. Nos dice este autor que las víctimas cumplen un rol esencial de colaboración en todo el proceso de investigación y en el proceso penal, por cuanto su declaración consistente se hace necesaria para acreditar el crimen; pero fuera del proceso penal manifiesta su insatisfacción por falta de políticas que protejan sus intereses.

Al respecto, Montoya et al. (2017) afirman que generalmente falta interés institucional por la víctima, y que el modelo penal actual resalta su rol como medio de información para imputar las conductas y de participar en el proceso para contrastar y validar su testimonio, pero que durante dichos procesos se vulneran los derechos de las víctimas, lo que conduce a escenarios de revictimización, dado que, al ser consideradas solo como medios de prueba y no como sujetos de derecho a ser protegidos desde el primer momento, esto muchas veces las lleva a desistir de participar en el proceso (CHS Alternativo y Valdés Cavassa, 2011).

Al respecto, Querol (2013) señala que se debe evitar la revictimización, escuchando e informando a la víctima con un trato digno y decoroso, garantizándole una asistencia integral, una protección de su integridad física y psicológica, así como también la de su familia. Contrariamente, muchos operadores las consideran culpables o responsables de lo ocurrido, sin considerar lo que sostiene Srikantiah (2007), para quien esa capacidad de agencia de la víctima sujeta a una coacción física y psicológica, a una situación de explotación, la induce a actuar protegiendo a su familia y a otras víctimas.

Las secuelas de la violencia física y psicológica a la que fueron sometidas las víctimas hace que sientan temor por su propia seguridad y la de su familia; por el trato que recibirá por los delitos que ha cometido; por hacerlas sentir culpables; por encontrarse en presencia de los tratantes de personas, razones por las que la mayoría de las víctimas de trata de personas sienten desconfianza de la autoridad. Por ello, las víctimas son los testigos más vulnerables, al punto que muchas veces se muestran renuentes a cooperar como testigo o retiran su cooperación por las amenazas de agresión física de los tratantes.

142

Por ello, resulta trascendental situar a la víctima como sujeto de derechos en el proceso, y no solo como un mero medio probatorio. Esto permitirá lograr una mejor cooperación para el esclarecimiento y atribución de responsabilidades. Sin embargo, consideramos que, con el fin de poder desarticular a las organizaciones o agrupaciones delictivas dedicadas a la trata de personas, la participación o aporte de la víctima no es suficiente. Urge, pues, dirigir una mirada hacia la participación del Estado y las posibilidades de su aporte en la investigación.

3.2. El Estado como agraviado y su rol protagónico en el proceso

El Estado, al igual que cualquier agraviado en el nuevo sistema procesal penal, ha visto ampliadas y/o potenciadas sus facultades y capacidades para participar en el proceso penal, de modo que tiene la posibilidad de constituirse en actor civil, momento en que cesa la legitimidad del Ministerio Público de ejercitar la acción civil. Así mismo, tiene la posibilidad de ofrecer elementos de prueba, solicitar actos de investigación, además de exigir todas aquellas medidas cautelares que aseguren el futuro pago de la reparación civil que persigue. Todas estas condiciones, señaladas a grandes rasgos, permiten que el Estado pueda ser un actor o sujeto procesal con un papel protagónico en el que no solamente agote su actividad en asegurar el pago de la reparación civil, sino además coadyuve

en el proceso durante la investigación, en la etapa intermedia y en el juicio oral, donde la parte acusadora debe enfrentar, cuando de organizaciones criminales se trata, condiciones muy adversas para hallar la verdad.

Es de notorio conocimiento que, en el caso de la intervención y desarticulación de organizaciones criminales, no basta con la sanción penal: este tipo de investigaciones deben tener como objetivo el aspecto económico de dichas agrupaciones criminales, ya sea para incautar los bienes o efectos de los delitos perpetrados por la organización criminal, ya sea para embargar o imponer limitaciones a los derechos reales de los investigados, así como de imponer reparaciones civiles proporcionales al daño ocasionado en casos de sentencias condenatorias. Dicho de otro modo, se tiene que atacar también la economía de las organizaciones criminales, no solo como mecanismo de sanción o desincentivo a la comisión delictiva, sino fundamentalmente dirigido a evitar que la organización cuente con recursos económicos que les permitan a sus integrantes seguir delinquiendo.

Es en este extremo donde cobra especial relevancia la participación del Estado a través de las procuradurías públicas, las que, en su condición de sujeto procesal en la investigación, deben ejercer todas las acciones legales que permitan limitar la capacidad económica de las diversas agrupaciones criminales; además de asegurar y acreditar el pago de la reparación civil. De esta manera, las procuradurías públicas se convierten en un aliado clave del ente persecutor para poder desarrollar investigaciones más eficientes e integrales que desarticulen en todos los aspectos a los grupos criminales y, además, permitan que a la postre se pueda acreditar suficientemente la responsabilidad penal de los investigados, no solo respecto de los hechos atribuidos por trata de personas, sino también de su propia conformación de una organización criminal.

IV. TRATA DE PERSONAS Y CRIMINALIDAD ORGANIZADA

4.1. La Convención de Palermo y la trata de personas

Rodríguez y Montoya (2020) refieren que la “Convención o Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada”, conocido como el Protocolo de

Palermo, es un tratado internacional suscrito por el Perú el 14 de diciembre del año 2000, ratificado el 23 de enero de 2002, y que entró en vigor el 29 de septiembre de 2003. Como toda norma internacional, es parte de nuestro derecho interno desde el momento en el que fue ratificado, de conformidad con el artículo 55 de nuestra Constitución. Señalan los citados autores que una de las finalidades del Protocolo es enfrentar y evitar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, prestar amparo y ayuda a las víctimas, y fomentar entre los Estados parte la cooperación orientada al logro de los objetivos del Protocolo.

Para Marinelli (2015), el Protocolo de Palermo instaura un análisis penal y un enfoque integral del delito de trata de personas, al establecer en el artículo 3.a:

La trata de personas significa el reclutamiento, transporte, transferencia, albergue o recepción de personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coerción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder o de una posición de vulnerabilidad o de dar o recibir pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que tiene control sobre otra persona, con fines de explotación. La explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otros u otras formas de explotación sexual, trabajo o servicios forzados, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos humanos. (p. 57)

Dice el autor que el consentimiento de la persona mayor de edad de ser explotada no impide la configuración del delito de trata, y que en el caso de los menores de edad se configura sin la necesidad de la presencia de los medios comisivos.

4.2. El delito de organización criminal

Carrasco (2014), siguiendo a Mariano Herrán Salvatti, afirma que la organización criminal tiene un carácter colectivo de personas que, para efectos de sus actividades ilícitas, se organizan a manera de empresas o de instituciones cuasi estatales, con estructuras flexibles o jerarquizadas. Su carácter transnacional en la movilidad humana fue razón para que la Organización de la Naciones Unidas sancionara como delito grave el tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas.

Sobre el tema, el profesor Prado (2016) afirma que la criminalidad organizada presenta estructuras organizacionales no uniformes en función de su origen, del número de sus integrantes, de la naturaleza delictiva que comprenden sus actividades ilícitas y del grado de sofisticación alcanzado. Así, es posible encontrar

organizaciones de gran nivel de jerarquización, con estructura vertical y con poder de gestión centralizada, así como también otras con estructuras flexibles, con gestión colectiva y descentralizada.

Para Hernández (2017), la trata de personas guarda una estrecha relación con el crimen organizado. Estas agrupaciones, al dedicarse al narcotráfico y al tráfico de armas, establecen redes para el control absoluto de rutas de migración. Por ello, extienden sus actividades ilícitas al tráfico de migrantes y la trata de personas, de modo que estas redes puedan operar con impunidad. En esta línea, Villareal (2017) menciona que recurren a la corrupción de funcionarios, por cuanto este delito —la trata de personas— es el tercero, después del tráfico de armas, más lucrativo. Estas formas ilícitas de actuar de las redes de tratantes del crimen organizado representan una gran amenaza para la seguridad ciudadana y del Estado. Al respecto, Perroni (2017) afirma que el crimen organizado para la trata de personas cuenta con redes transnacionales y nacionales de movilidad humana, y que ello explica el incremento de mujeres captadas con facilidad por su estado de vulnerabilidad y que luego son sometidas a explotación sexual o laboral.

En esta línea, el delito de organización criminal, tipificado en el artículo 317 del Código Penal, conforme a la modificatoria establecida por el Decreto Legislativo N.º 1244, del 29 de octubre de 2016, establece algunos conceptos que merecen ser resaltados cuando menos de manera somera. Entre las principales incorporaciones tenemos que este delito no solo lo materializan quienes forman parte o integran una organización criminal, sino también quienes la promueven, la organizan o la constituyen, independientemente de que luego no formen parte o no integren la organización criminal. Esta modificación anotada es muy importante, porque en la práctica amplía el espectro de posibilidades para atribuir responsabilidad penal y no se agota en un concepto limitado o tradicional de atribución de responsabilidad penal solo al que integra la organización criminal, sino que lo amplía a quienes realizan actividades dirigidas a favorecer su existencia incluso desde antes de su creación.

Otra incorporación relevante al tipo penal es que cuando hace alusión a estabilidad, permanencia o por tiempo indefinido, el legislador ha establecido que la organización criminal debe tener una duración o vigencia en el tiempo, sin precisar un mínimo de años determinado. En tal sentido, bastará que, en el caso concreto, se verifique que existió el tiempo suficiente que le permitió

organizarse, repartirse funciones entre sus integrantes y materializar los hechos delictivos para los que se creó. Como anotamos, por su estructura, el tipo penal de organización criminal permite la persecución penal de todos aquellos que han intervenido o aportado en su creación, estructuración o funcionamiento de la organización, con lo que permite sancionar una amplia variedad de conductas. Este criterio se hace extensivo al penúltimo párrafo que hace referencia al líder, jefe, financista o dirigente de la organización.

Entonces, las características propias de cada organización constituyen un mayor peligro que si se actuase individualmente o sin planificación, dado que representa un incremento de las probabilidades de éxito.

4.3. La trata de personas agravada por agente integrante de organización criminal

En su modalidad básica, el delito de trata de personas se encuentra regulado en el artículo 129-A del Código Penal, mientras que sus agravantes aparecen en el artículo 129-B del citado código sustantivo, entre las que encontramos la agravante porque el agente es parte de una organización criminal.

Al respecto, Salinas Siccha (2015) señala que el delito de trata de personas es agravado cuando el agente, perteneciendo a una organización criminal y en nombre, por orden y en beneficio de dicha organización criminal, retiene o traslada de un lugar a otro a la víctima; y no configura la agravante cuando, aun perteneciendo a la organización criminal, efectuara la conducta delictiva en forma individual, sin conocimiento de su organización.

Respecto de ese supuesto agravante, la Corte Suprema de la República, en un caso por robo agravado, señaló en su Acuerdo Plenario N.º 08-2007/CJ-116, en el considerando 8, que:

(...) la imputación paralela de cargos por integración en una organización criminal en estos casos, no es procedente y, de plantearse, se le debe desestimar, porque el artículo 317º del Código Penal opera como un tipo subsidiario a la comisión de uno o más robos por integrantes de dicha estructura delictiva. No se presenta en estos casos un concurso ideal o real de delitos. Obrar en sentido contrario implicaría una doble valoración del mismo factor agravante.

Sin embargo, advertimos que esta postura puede ser objeto de dos observaciones que pueden plantearse con el fin de verificar si es la mejor respuesta político-criminal que podemos intentar.

La primera observación es que no se realizaría una doble valoración del factor agravante si, al tipificarse dos tipos penales independientes en el de trata de personas, no se comprende como agravante el ser parte de una organización criminal. La segunda observación o deficiencia más importante de la interpretación efectuada en el acuerdo plenario es que esta agravante solo comprende los casos en los que el agente es parte de la organización criminal, mas no permite sancionar aquellos supuestos en los que determinados individuos aportan en la formación de esta, promovéndola, organizándola, constituyéndola o financiándola, pero sin llegar a formar parte de ella organización o sin realizar algunas de las conductas desplegadas para materializar la trata de personas.

En tal sentido, consideramos que, si bien el tipo penal de organización criminal puede tener un rol subsidiario, esto no siempre se debe aplicar, por cuanto habrá supuestos en los que, por la naturaleza del delito fin, así como del tipo de participación de los imputados, investigar solamente por este último con la agravante por organización criminal resulta insuficiente para comprender el fenómeno delictivo en su conjunto y realizar una adecuada persecución del hecho punible.

V. LEGISLACIÓN COMPARADA

Con el fin de tener una referencia respecto a cómo se viene tipificando la trata de personas en algunos países que suelen ser de influencia para nuestro desarrollo dogmático-jurídico y conocer cómo es que regulan este delito y su relación con la agrupación criminal, haremos unos breves apuntes al respecto.

a) En la legislación española, el Código Penal norma la trata de seres humanos en el artículo 177 *bis*, regulando como conductas típicas el captar, transportar, trasladar, acoger, recibir o alojar empleando violencia, intimidación, engaño o abuso de una posición o abusando de la necesidad o vulnerabilidad de la víctima, siendo que no importará si la víctima es menor de edad, y siendo las finalidades la explotación laboral, sexual o la extracción de órganos. Entre sus agravantes, se señala el que el agente (culpable) pertenezca a una organización o

asociación de más de dos personas que se dedique, incluso de forma transitoria, a la realización de ese tipo de actividades.

De la normatividad española se advierte que no comprende como agravante del delito el que el agente conforme una organización criminal o una agrupación criminal de similares características, sino solamente la concurrencia o pluralidad de agentes en la comisión del hecho, lo que se evidencia con la frase “organización o asociación de más de dos personas”, sin importar su temporalidad, siendo lo penalmente relevante que se dediquen a la comisión de este delito.

b) En la legislación argentina, el Código Penal lo regula como un delito contra la libertad en el artículo 145 y 145 *bis*, donde sanciona básicamente el ofrecer, captar, trasladar, recibir o acoger personas dentro de su territorio nacional, así como desde o hacia otros países, aun mediando el consentimiento de la víctima. Lo importante es la finalidad de someterla ilegalmente al poder de un tercero o alistarla a un ejército extranjero. En la normatividad argentina, la forma en que se materializa el hecho corresponde a una modalidad agravada regulada en el artículo 145 *ter*. Así, entre las agravantes encontramos la pluralidad de víctimas, además de que en la comisión del hecho participen tres o más personas, conforme al numeral 5 del 145 *ter*.

Como podemos observar, en su normatividad la nación argentina no contempla como agravante la participación o conformación de una organización criminal o agrupación de similares características, sino que se limita a reprochar penalmente en este delito la pluralidad de agentes a partir de tres personas.

c) En la legislación colombiana, el Código Penal regula la trata de personas en el apartado referente a la autonomía personal normado en su forma básica en el artículo 188-A y con sus agravantes en el artículo 188-B. En este extremo, la conducta reprochada penalmente consiste en captar, trasladar, acoger o recibir a una persona dentro del territorio o hacia el exterior, con la finalidad de explotar a la persona; de esta manera, al no precisar algún tipo de explotación, se infiere que puede ser de cualquier tipo.

En cuanto a las agravantes, se advierte que estas protegen aquellos supuestos en los que la víctima tiene alguna limitación mental que pueda afectar su discernimiento o que sea menor de edad, que pueda resultar de ella algún daño físico o mental, que el agente tenga una particular relación con la víctima o que

sea funcionario público. No se advierte como supuesto agravante la participación de una organización o grupo criminal, ni siquiera la mera concurrencia delictiva.

De estos primeros apuntes referentes a la legislación comparada podemos advertir que las agravantes de la trata de personas giran principalmente en torno a las condiciones especiales que pueden tener el sujeto activo o el sujeto pasivo del delito que favorecen la comisión del delito, así como que dicha actividad ilícita sea efectuada con pluralidad de agentes, no comprendiéndose como supuesto agravante que el hecho punible sea materializado por un integrante de una organización o agrupación criminal.

VI. PROPUESTAS

1. Consideramos que, en orden a la tradición legislativa no solo nacional sino también comparada, y por las razones operativas que han sido expuestas en este trabajo de investigación, resulta conveniente modificar el tipo penal de trata de personas en su forma agravada, regulado en el artículo 129-B del Código Penal, derogando el supuesto contenido en el numeral 3 del segundo párrafo, que sanciona con mayor reproche penal cuando el agente es parte de una organización criminal.

Esto permitirá que la investigación se efectúe centrando la atención del órgano persecutor no solo en el delito de trata de personas sino también en la organización criminal.

2. Mientras no se dé la modificación legislativa anotada, consideramos que el Ministerio Público y, en consecuencia, también los órganos judiciales, pueden investigar por los tipos penales de trata de personas y organización criminal, debiendo motivar sus disposiciones y resoluciones en tal sentido, teniendo como base que la agravante contiene un supuesto de hecho muy limitado que no permite la comprensión del fenómeno criminal en su conjunto.

VII. CONCLUSIONES

Advertimos que el Estado enfrenta serias dificultades en la lucha contra la trata de personas, lo que se puede evidenciar no solamente en la materialización

constante de estos delitos en las zonas alejadas del país, así como en las urbes donde hay un fuerte movimiento económico, sino también en la amplia diferencia que observamos entre el número de denuncias e investigaciones por el delito de trata de personas frente a la obtención de sentencias condenatorias.

La experiencia viene demostrando que los agraviados por el delito de trata de personas difícilmente van a colaborar con la investigación, ya sea porque ellas mismas consienten y consideran que les son favorables estos actos de explotación, debido a que obtienen ingresos económicos, o sea también debido a las secuelas de la violencia física y psicológica a las que fueron sometidas, que las lleva a sentir temor o la desconfianza de no saber qué trato recibirán por los delitos que podrían haber cometido. Estas razones dan lugar a que la mayoría de las víctimas de trata de personas sienten desconfianza de la autoridad, con lo que las víctimas se convierten en los testigos más vulnerables y muchas veces se muestran renuentes a cooperar como testigo o retiran su cooperación por las amenazas de agresión física de los tratantes.

A partir de lo expuesto, consideramos que, con el fin de dotar de eficiencia y eficacia la lucha contra la trata de personas, es menester que se investigue este fenómeno criminológico en forma integral; esto es, resulta preciso investigar no solo los actos finales de explotación, ya sea laboral o sexual, a los que comúnmente lleva la trata de personas, sino que es imprescindible investigar y desarticular a las organizaciones criminales que se gestan para este tipo de actividades lucrativas ilícitas, donde la contribución de los agentes suele ser muy variada, yendo desde actos de financiamiento, organización y constitución de agrupaciones criminales destinadas a la trata de personas, hasta la participación en actividades operativas que permiten la ejecución de las conductas de captación, transporte y retención de las víctimas para, finalmente, explotarlas.

Entonces, consideramos que investigar este fenómeno delictivo solo por el tipo penal de trata de personas agravado por agente que forma parte de una organización criminal —esto es, el artículo 129-A concordado con el numeral 3 del segundo párrafo del artículo 129-B del Código Penal— no resulta ser la mejor estrategia, por cuanto consideramos que, en la práctica, presenta algunas situaciones particularmente problemáticas, como son las siguientes:

- El Ministerio Público no se encuentra obligado a probar la existencia de la organización criminal, por cuanto este supuesto solo es un agravante

y bien puede buscar sancionarse a los investigados solo por el delito de trata de personas, con lo que muchas veces solo se logra obtener una sanción penal contra los miembros menos importantes de la organización criminal, quienes solamente son parte del brazo operativo, pero no se logra identificar y sancionar a los financistas, líderes o dirigentes de la organización criminal; de modo que tampoco se logrará afectar la capacidad económica de esta, lo que traerá como consecuencia que dicha agrupación criminal continúe en el futuro con sus actividades delictivas.

- El órgano persecutor pierde la posibilidad de utilizar todas las herramientas legales que el Código Procesal Penal le brinda para investigar supuestos referidos a organizaciones criminales. Esto es así porque, como sabemos, la norma adjetiva establece ciertas condiciones que coadyuvan al desarrollo de este tipo de investigaciones, en el entendido de que, por su propia naturaleza, reviste de mayor dificultad la acreditación de la responsabilidad penal y, en atención a ello, se requieren mayores esfuerzos y herramientas para su persecución y posterior sanción. De esta manera, se pierde la posibilidad de tener un plazo de investigación más amplio que podría ser de hasta 36 meses e incluso con la posibilidad de prorrogarse por un mismo periodo (artículo 342 del CPP), lo que podría permitir al fiscal tener un mayor margen para investigar adecuadamente. De igual modo, no se podrían imponer al investigado los 36 meses de duración de la prisión preventiva con las prolongaciones permitidas por ley (artículo 272 del CPP); además, no se podrían aprovechar herramientas de investigación como la videovigilancia (artículo 207).
- La investigación no cuenta con un agraviado que tenga una participación activa en el proceso, de modo que el Ministerio Público normalmente carece de aliados en la investigación debido a que, como ya hemos referido, los agraviados (víctimas) del delito de trata de personas muchas veces no solo no tienen interés en la investigación, sino incluso tienen intereses contrapuestos a ella. Por ello, resulta particularmente importante la participación de las procuradurías públicas en estas investigaciones como agraviado por el delito de organización criminal.
- En atención a la competencia señalada en el Decreto Legislativo N.º 1326 y su reglamento, aprobado mediante el Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS, se advierte que la competente para defender los intereses del Estado

en los delitos por organización criminal es la Procuraduría Especializada en Delitos contra el Orden Público, que al intervenir en la investigación podrá no solo coadyuvar con el Ministerio Público en la búsqueda de acreditar la responsabilidad penal de los imputados por organización criminal, sino que además, una vez constituido en actor civil, podrá desplegar una serie de acciones, como la búsqueda del patrimonio de los investigados y la solicitud de medidas de coerción real, así como, eventualmente, la solicitud de indagaciones por extinción de dominio, todo esto con la finalidad no solo de asegurar el futuro pago de la reparación civil sino también de desarticular la capacidad económica y operativa de la organización criminal y así evitar que sigan delinquiendo a través de nuevos integrantes o remanentes de ella.

REFERENCIAS

- Aboso, G. (2013). *Trata de personas. La criminalidad organizada en la explotación laboral y sexual*. B de F.
- Bramont Arias, L. A. y García, M. (2004). *Manual de derecho penal. Parte especial*. 4.ª edición. Editorial San Marcos.
- Bregaglio, R. (2013). *Protección multinivel de derechos humanos. Estudios de casos por país*. Universitat Pompeu Fabra.
- Cáceres, A. S. y Huamanquispe, R. R. (2019). *Acceso a la justicia de las víctimas de trata de personas. Estudio de las barreras procesales y procedimentales en la región de Cusco*. (Tesis para optar el título de abogado. Escuela Profesional de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional San Antonio Abad del Cusco).
- Capital Humano y Social Alternativo. (2010). *La trata de personas en el Perú. Manual para conocer el problema*. Fondo Editorial CHS Alternativo, cooperación con la Comisión Europea.
- Carrasco, G. (2014). Tipo penal del delito de trata de personas. *Revista Alegatos*, 86.
- Casas, L. F. (2013). Delimitación del tipo penal de trata de personas y su juzgamiento en la sala penal del tribunal superior del distrito judicial de Bucaramanga en el periodo comprendido entre 2007 a 2011. *Reflexión Política*, 15(30).
- CHS Alternativo y Valdés, R. (2011). *El proceso penal peruano en el delito de trata de personas*. CHS Alternativo.
- CHS Alternativo. (2016). *Rutas de la trata de personas en la Amazonía peruana*. Capital Humano y Social Alternativo.
- Daunis, A. (2013). *El delito de trata de seres humanos*. Tirant lo Blanch.
- Fernández, L. (2013). El límite entre la libertad y la esclavitud: conceptos e ideologías de los amos en la antigua Grecia. 10.ª edición. *Revista Electrónica Historias del Orbis Terrarum*.
- García del Blanco, V. (2014). *Trata de seres humanos y criminalidad organizada*. Volumen LXVII. ADPCP.
- Hernández, J. (2017). México, entre la simulación y la impunidad. Ponencia

presentada al V Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de personas. Observatorio Latinoamericano de Trata de Personas. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y CHS Alternativo.

Informe N.º 001-2020-DP/ADHPD. (2020). Serie Informes de Adjuntía. Abordaje Judicial de la Trata de Personas. Defensoría del Pueblo y Capital Humano y Social Alternativo.

Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. IDEHPUCP.

Instituto Nacional de Estadística e Informática del Perú (INEI). (2015-2020). Estadísticas de trata de personas. INEI.

Mac Gillivray, et al. (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. Organización Internacional para las Migraciones e IDEHPUCP.

Marinelli, C. (2015). *La trata de personas en el derecho internacional de los derechos humanos: un proceso en doble vía. De la esclavitud a la autonomía, de la represión penal a la protección de las víctimas*. (Tesis para optar por el Título Profesional de Abogada. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú).

Meini, I. (2014). *Lecciones de derecho penal. Parte general. Teoría jurídica del delito*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables. (2016). *Trata de personas. Análisis jurídico y jurisprudencia del delito de trata de personas*. MIMP.

Montoya, Y. (2016). El delito de trata de personas como delito complejo y sus dificultades en la jurisprudencia peruana. *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*, 76.

Montoya, Y. et al. (2017). *Manual de capacitación para operadores de justicia durante la investigación y el proceso penal en casos de trata de personas*. 2.ª edición. OIM e IDEHPUCP.

Observatorio Latinoamericano de Trata de Personas. Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y CHS Alternativo.

- Organización Internacional para las Migraciones. (2009). *La trata de personas con fines de explotación laboral. El caso de la minería aurífera y la tala ilegal de madera en Madre de Dios*. OIM.
- Peña, R. (1982). *Tratado de derecho penal. Parte especial*. Volumen II. Sesator.
- Perroni, S. E. et al. (2017). Actualidad de la trata de personas en Uruguay. Ponencia presentada en el V Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas.
- Prado, V. (2016). *Trata de personas y minería ilegal. Criminalidad organizada. Parte especial*. Instituto Pacífico.
- Querol, A. (2013). *Más allá del rescate de las víctimas. Trata de personas. Buenas y malas prácticas en la protección de sus derechos*. CHS Alternativo.
- Rodríguez, J. (2016). Trata con fines de explotación sexual. Aproximación a su relación con la prostitución y la conducta del consumidor-cliente. *Derecho & Sociedad*.
- Rodríguez, J. y Montoya, Y. (2020). Lecciones sobre el delito de trata de personas y otras formas de explotación. Dirigido a juezas y jueces penales. Pontificia Universidad Católica del Perú – Departamento Académico de Derecho, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica.
- Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo 1. Civitas.
- Roxin, C (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*.
- Salinas, R. (2015). *Derecho penal. Parte especial*. Volumen 1. 6.ª edición. Editorial IUSTITIA, Grijley.
- Salmón, E. (2014). *Curso de derecho internacional público*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Srikantiah, J. (2007). Perfect victims and real survivors: The iconic victim in domestic human trafficking law. *Boston University Law Review*. Boston University. *School of Law*, 87(1). Boston University.
- Tamarit, J. M. (2013). Paradojas y patologías en la construcción social, política y jurídica de la victimidad. *InDret: Revista para el análisis del derecho*.
- Tejada, M. A. (2016). La trata de personas en el Perú: análisis y perspectivas. *Revista Oficial del Poder Judicial*, 8(10).

- Villareal, M. E. (2017). En Guatemala a las víctimas de trata de personas se le viola el derecho a la vida. Ponencia presentada al V Congreso Latinoamericano sobre Trata y Tráfico de Personas. Observatorio Latinoamericano de Trata de Personas, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y CHS Alternativo.
- Villaruel, C. (2017). *El bien jurídico protegido por el delito de trata de personas en el ordenamiento jurídico peruano*. (Tesis para optar el grado académico de Magíster en Derecho Penal de la Maestría de Derecho Penal, PUCP).

LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES EN EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

(Análisis de los criterios de determinación del quantum indemnizatorio y la alternativa del uso de baremos)

Diego Antonio Tapia Zúñiga

157

Sumario

I. Descripción general del escenario problemático. II. Generalidades sobre la responsabilidad civil y los daños extrapatrimoniales. III. Criterios de determinación del *quantum* indemnizatorio IV. La pluriofensividad del delito de organización criminal. V. La reparación civil en el delito de organización criminal. VI. La utilización de baremos en la determinación del quantum indemnizatorio. VII. Conclusiones. Referencias.

I. DESCRIPCIÓN GENERAL DEL ESCENARIO PROBLEMÁTICO

El derecho de daños afronta como desafío intrínseco la cuantificación de daños extrapatrimoniales, pues no es posible medir objetivamente componentes subjetivos como el daño moral o al aspecto biológico de una persona. Así mismo, pese a que el derecho de daños se enmarca en los límites del derecho privado,

su presencia en procesos públicos, privados y mixtos irriga el citado problema estructural a nuestro ordenamiento jurídico entero, por lo que, en su desarrollo, la comprensión de instituciones comunes de las distintas ramas sustanciales y procesales del derecho es determinante para que, una vez determinado el fallo del diseño de la cuantificación de daños extrapatrimoniales, vislumbremos alternativas de solución.

Las instituciones que comprenden el derecho de daños son similares en los procesos que ejecutan el derecho sustantivo; sin embargo, no son iguales. Por ejemplo, para arribar a la cuantificación de beneficios sociales en el proceso laboral recurriremos al principio de la primacía de la realidad, mientras que para arribar a la cuantificación de daños en una obligación de dar suma dinero será necesario determinar el origen formal de la obligación. Por lo tanto, hallar una alternativa de solución común sería impropio, por lo que analizaremos el problema planteado en el marco específico del derecho procesal penal. En ese marco contextual, en la experiencia de las procuradurías como representantes del Estado en los procesos penales que lo comprenden como agraviado, se identifican dos problemas estructurales: 1) deficiencias de motivación en las sentencias respecto al extremo de la pretensión civil, y 2) la cuantificación de daños extrapatrimoniales. Destacamos el primer problema porque, para arribar a alternativas de solución del tema que nos ocupa, es menester superar el primero. Del citado problema advertimos que las decisiones judiciales eluden pronunciarse sobre la correspondencia de una reparación civil a la vulneración de uno o más bienes jurídicos, tratando a la reparación civil como una consecuencia del amparo de la pretensión penal y fijando un monto de reparación civil común sin tomar en cuenta los tipos de daños cuyo resarcimiento se pretende en forma autónoma.

En ese entender, la identificación de los bienes jurídicos dañados es indispensable para que la judicatura pueda valorar la existencia de tipos de daños independientes y pronunciarse sobre su correspondencia. Superado este primer desafío, cuya solución se encuentra en la aplicación de los principios del debido proceso y de la debida motivación específicamente, se podrá analizar el problema del *quantum* indemnizatorio.

La cuantificación de daños sobre bienes jurídicos con contenido patrimonial resulta un trabajo matemático, pues esta es objetiva. Por ejemplo, en los daños ocasionados a un vehículo cuyo valor asciende a S/100 000, por concepto de

daño emergente, la reparación civil ascenderá a esos esos mismos S/100 000. Por otro lado, la cuantificación de daños a bienes jurídicos sin contenido patrimonial deviene una problemática que el legislador ha tomado por bien resolver con el artículo 1332 del Código Civil, aplicado supletoriamente en el proceso penal, que otorga discrecionalidad absoluta a la judicatura en la fijación del *quantum* indemnizatorio por daños extrapatrimoniales sin requerir motivación en la cuantificación que otorgue.

Por lo tanto, no existe un vacío normativo en el problema que analizaremos, sino una inadecuada técnica legislativa que concede a la judicatura ilimitada discrecionalidad para determinar un monto reparatorio, labor que se funda en criterios subjetivos como la sana crítica y la equidad, deviniendo un sinnúmero de pronunciamientos judiciales sin uniformidad de criterio, aun en casos similares, situación que vulnera principios esenciales del debido proceso.

En ese contexto, la seguridad jurídica —y, por consiguiente, la predictibilidad de las resoluciones jurídicas— deben ser ponderadas como prioridad en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que al ser los juzgadores seres humanos, pese a los principios de imparcialidad e independencia que garantizan su función, ante un amplio espectro de discrecionalidad concedida, sus decisiones estarán condicionadas por criterios subjetivos que distan de los principios procesales antes citados. Así mismo, nuestra historia jurídica nos ha enseñado que lo discrecional es potencialmente arbitrario y, por consiguiente, un campo de discrecionalidad más amplio conlleva una arbitrariedad inevitable.

En el escenario problemático antes descrito, las procuradurías han visto necesario utilizar paliativos para uniformar la formulación de pretensiones civiles; por ejemplo, por los hechos dañosos derivados de la comisión del injusto de lavado de activos se solicita un monto reparatorio partiendo de la suma de activos lavados, o, en el caso de delitos del delito de tráfico ilícito de drogas, el monto reparatorio se determina de forma proporcional a la cantidad de sustancias ilícitas halladas. Estas técnicas de cuantificación, si bien sostienen cierto margen de referencia y unidad en la solicitud, no son vinculantes para la judicatura, pues su motivación está guiada exclusivamente en el artículo 1332 del Código Civil.

Por otro lado, alejado de estos delitos islas de semiuniformidad en la cuantificación de daños extrapatrimoniales, coexiste el delito de organización criminal, el cual no comprende activos contextuales, por lo que las procuradurías

no tienen una base de referencia con la cual solicitar un monto de reparación civil y se han valido de aspectos específicos del aparato criminal para valorar el daño en menor o mayor monto, aspectos que no son valorados por la judicatura en sus sentencias, pues ella se adhiere a la facultad discrecional de fijar un *quantum* indemnizatorio guiado por los criterios subjetivos de sana crítica y equidad.

De esta forma, este artículo se dedicará a analizar el problema de la cuantificación de daños extrapatrimoniales en el delito de organización criminal, como un punto de partida para una solución estandarizada en el ejercicio del derecho de daños en el proceso penal cuando el agraviado es el Estado, a efectos de proponer alternativas de solución que enerven los principios de seguridad jurídica y predictibilidad de las resoluciones judiciales como pilares de un Estado de derecho.

II. GENERALIDADES SOBRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL Y LOS DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

2.1. La responsabilidad civil

Dentro de las extensas definiciones de la responsabilidad civil, las cuales han sufrido transformaciones por la dialéctica jurídica, la más afín a nuestro ordenamiento jurídico vigente es la esbozada por Philippe Le Tourneau (2004), quien la define como:

(...) la obligación de responder ante la justicia por un daño, y de reparar sus consecuencias indemnizando a la víctima. Su objetivo principal es la reparación, que consiste en reestablecer el equilibrio que había sido roto, por el autor del daño, entre su patrimonio y el de la víctima; presenta también un aspecto preventivo (que conduce a los ciudadanos a actuar con prudencia, a fin de evitar el compromiso de su responsabilidad). La responsabilidad civil permite también diluir la carga de un daño, cuando es inequitativo que este sea soportado por quien lo ha causado (por la vía de la Seguridad Social y del Seguro). Finalmente, la reparación conlleva un aspecto punitivo (de pena privada), especialmente cuando una indemnización es concebida a la víctima de un daño moral, pese a que el dolor no es apreciable en dinero (...). (p. 84)

Institución jurídica que se rige por tres principios rectores: 1) el principio *alterum non laedere* (no dañar al otro; 2) el principio de justicia (la necesidad de

restablecer a la víctima al estado anterior de la lesión causada); y, 3) el principio de reparación integral (el resarcimiento debe abarcar todos los daños causados).

Así mismo, nuestro Código Civil vigente adopta un sistema binario en su clasificación: 1) la responsabilidad civil contractual, la cual deriva“(...) del incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación derivada de un contrato (...)”, constituyendo la consecuencia de la infracción de un deber incumplido; y, 2) la responsabilidad civil extracontractual, que deriva “(...) de la causación de un daño y no del cumplimiento de una obligación preexistente (...)”, es decir, se desprende intrínsecamente del principio general de no dañar a otro.

En ese marco contextual, el problema que analizaremos se delimita en el campo de la responsabilidad civil extracontractual, que se encuentra constituida por cuatro elementos que fueron delimitados por la Casación N.º 3470-2015-LIMANORTE:

(...) 1) La antijuridicidad; entendida como la conducta contraria a ley o al ordenamiento jurídico; 2) El factor de atribución; que es el título por el cual se asume responsabilidad, pudiendo ser este subjetivo (por dolo o culpa) u objetivo (por realizar actividades o, ser titular de determinadas situaciones jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico), considerándose inclusive dentro de esta sub clasificación al abuso del derecho y la equidad (Espinoza Espinoza, 2002, p. 80); 3) el nexa causal o relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido; y, 4) el daño, que es consecuencia de la lesión al interés protegido y puede ser patrimonial (daño emergente o lucro cesante) o extrapatrimonial (daño moral y daño a la persona).

Dentro de los elementos antes descritos, el problema analizado corresponde al elemento constitutivo de la responsabilidad civil del daño, que se divide en dos en nuestro ordenamiento jurídico: 1) daño patrimonial, que comprende el daño emergente y el lucro cesante; y, 2) daño extrapatrimonial, que comprende el daño moral y el daño a la persona.

2.2. Los daños extrapatrimoniales

La naturaleza jurídica de esta institución ha sido relegada por la doctrina mayoritaria al comprenderla como la lesión de bienes jurídicos que escapan de la esfera patrimonial, la cual, si bien acertada, resulta genérica, pues subyace la discusión de las categorías que las componen. En los Códigos Civiles de Alemania,

Italia y Portugal, la categoría daño extrapatrimonial es utilizada como sinónimo de daño moral, mientras que en nuestra legislación, conforme se desprende el artículo 1985 del Código Civil, se comprende como categorías independientes el daño moral y el daño a la persona en sus componentes físicos y psicológicos.

2.2.1. El daño moral

Es todo perjuicio que atenta contra una persona, fuera de su esfera patrimonial y de su cuerpo biológico. En palabras de Baudry-Lcantine y Barde (1905), el daño moral: “(...) comprende la desconsideración que significa para la persona atacada el resultado del ataque, el dolor causado por la pérdida de una persona jurídica, los sufrimientos físicos, la pena, las inquietudes que son, a veces, la consecuencia del hecho dañoso (...)” (pp. 1099-1100). Así mismo, Mosset Iturraspe (2002) propone una clasificación del daño moral acorde con nuestro ordenamiento jurídico:

(...) a) los que afectan la parte social del patrimonio moral: honor, reputación, etc.; y los que atacan la parte afectiva del patrimonio moral: dolor, tristeza, soledad, etcétera, y b) daños morales que originan directa o indirectamente daños patrimoniales: cicatriz deformante, etc., y daños morales puros, dolor, tristeza, etc. (pp. 150-151)

En ella se debe destacar el primero, relacionado con el daño a la imagen, el cual es el componente a resarcir en los delitos que causan agravio al Estado.

2.2.2. El daño a la persona

El jurista Lizardo Taboada (2003) define el daño a la persona: “(...) estableciendo que se produce dicho daño cuando se lesione la integridad física del sujeto, su aspecto psicológico y/o proyecto de vida; todo lo cual deberá ser obviamente acreditado (...)” (pp. 58-61), y no debe tener consecuencias patrimoniales. Por lo tanto, el daño a la persona se divide en tres clases: 1) daño biológico, que comprende “(...) la acción dañina contra el cuerpo (daño somático, en sentido estricto) es siempre contundente. Perder una pierna, un ojo, la mano, etc., por ejemplo, son lesiones que mutilan el soma de manera irreparable, es una lesión en sí misma (...)”; 2) daño psíquico, que comprende “(...) las alteraciones mentales de la persona: psicosis, neurosis, perturbaciones pasajeras de la mente, lesiones de carácter nervioso, etc.”; y, 3) daño al proyecto de vida, que representa “(...) lo que el ser humano ha decidido ser y hacer en su vida o, lo que hace para

ser. Todas las potencialidades y energías del ser humano actúan para su realización, para lograr su concreción en la vida (...). Sobre el particular, es menester precisar que estos daños ocurren en el ámbito de una persona corpórea, constituyendo la única clase de daño de exclusiva titularidad de personas naturales.

III. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO

Para cuantificar daños extrapatrimoniales la doctrina ha elaborado criterios no taxativos que orientan la determinación del *quantum* indemnizatorio, los cuales son útiles como marco de referencia para uniformar la acción reparatoria. Como parte de los principales criterios de determinación destacamos los siguientes:

3.1. Condición personal de la víctima

Siguiendo la corriente del derecho de daños clásico, en nuestro ordenamiento jurídico coexiste la prohibición de tomar como parámetro de cuantificación a la situación personal del deudor: "(...) el derecho clásico vedaba a los jueces que consideran la situación de fortuna del responsable en el momento de evaluar la reparación a su cargo (...)". No obstante, dicha prohibición no afecta al criterio de valuación que toma en cuenta la condición personal de la víctima. En el campo del daño biológico, el daño sufrido en la pierna de un futbolista profesional conlleva un mayor daño que el sufrido en la pierna de un contador. En ese contexto, las condiciones propias del dañado deben ser tomadas de forma significativa para arribar a un *quantum* indemnizatorio.

3.2. La influencia de la gravedad de los daños

El *quantum* indemnizatorio no se circunscribe al alcance del daño inmediato generado, sino que extiende su influencia a sus consecuencias. En ese sentido se valúa con distintos márgenes el daño a la imagen de una persona natural que tiene influencia en su vida personal y/o comercial y el daño a la imagen del Estado, que conlleva el deterioro de su institucionalidad y, en determinados casos, debilita su apreciación en el mercado internacional, con directas repercusiones sobre sus administrados. Por lo tanto, el *quantum* indemnizatorio debe tener en cuenta las consecuencias directas del daño originalmente causado.

3.3. La influencia de la gravedad de la culpa en la reparación

La responsabilidad civil subjetiva, enmarcada en el elemento constitutivo del factor de atribución, representa un criterio de valuación de acuerdo con la gravedad de la culpa. Al respecto, Manzanares Campos (2008) señala: “(...) Para un sector de la doctrina clásica (Grenille, Mazeaud) es condenable la tendencia en la cual el *quantum* indemnizatorio, consciente o inconscientemente, se fija teniendo en cuenta la gravedad de la culpa, con tendencia a la proporcionalidad (...)” (p. 158). Criterio que se consolidará una vez examinada la conducta del dañante.

3.4. Obligación de condenar al responsable a pagar una sola vez

Nuestro ordenamiento jurídico comprende como cosa juzgada a la fijación de un *quantum* indemnizatorio, por lo que al momento de valuar los daños este debe hacerse no solo en función del daño inmediato sino también con una valoración de daños futuros:

(...) así por ejemplo el caso de un accidente automovilístico en el que se lesionó gravemente la pierna de la víctima, solicitando su indemnización y otorgándosele la misma, sin embargo, posterior a la sentencia, la pierna se agravó y sufrió una amputación quedando incapacitado para siempre: ¿podrá dicha víctima solicitar otro monto indemnizatorio? Si tenemos en cuenta que rige el principio de que el perjuicio no debe haber sido reparado ya, no debe ser desamparada por el derecho bajo el pretexto de que se debe considerar al responsable a pagar una sola vez, por lo que consideramos que en estos casos el magistrado, en función del análisis del caso en concreto, debe determinar la valoración del daño futuro (...). (p. 144)

Así mismo, esta estimación debe realizarse de forma integral, sobre la base de las condiciones inherentes del daño.

3.5. La apreciación prudencial del monto indemnizatorio

Nuestra legislación comprende este criterio literalmente en el artículo 1332 del Código Civil, que prescribe: “(...) si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con una valoración equitativa (...)”. Si bien este criterio resulta aparentemente razonable, como lo hemos expresado en los párrafos precedentes, concede un margen discrecional ilimitado

a la judicatura, la cual, sin límites objetivos y basados en un subjetivo criterio de equidad y sana crítica, conlleva la falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales, lo que repercute directamente en la seguridad jurídica.

IV. LA PLURIOFENSIVIDAD DEL DELITO ORGANIZACIÓN CRIMINAL

El delito de organización criminal sanciona la asociación de personas con un propósito delictivo permanente, de modo que constituye un tipo penal especial preventivo que condena la mera conducta asociativa sin que resulte relevante la comisión efectiva de delitos fines. Así mismo, en similar categoría, concurre el delito de banda criminal, el cual es un tipo penal residual de la organización criminal ante la carencia de alguno de sus elementos constitutivos, pero con el elemento común de proyecto criminal, que lo diferencia de la coautoría delictiva.

Para fines de nuestro análisis, los daños derivados de los delitos de organización criminal y banda criminal se ubican en un mismo apartado, en mérito a la identidad de bienes jurídicos vulnerados. Se debe destacar que, en relación con la acción civil, es indiferente la nomenclatura del tipo penal, pues para su determinación únicamente es relevante la identificación de bienes jurídicos vulnerados.

En ese marco contextual, para identificar los bienes jurídicos de titularidad del Estado que se ven dañados por la comisión de estos tipos penales, es menester analizar su ubicación en el Código Penal y sus elementos descriptivos.

El tipo penal base de organización criminal se encuentra tipificado en el artículo 317 del Código Penal, que prescribe:

El que promueva, organice, constituya, o integre una organización criminal de tres o más personas con carácter estable, permanente o por tiempo indefinido, que de manera organizada, concertada o coordinada, se repartan diversas tareas o funciones, destinada a cometer delitos será reprimido con pena privativa de libertad no menor de ocho ni mayor de quince años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco día-multa, e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1), 2), 4) y 8).

Y el tipo penal de banda criminal, tipificado en el artículo 317-B del mismo Código sustantivo, prescribe:

(...) El que constituya o integre una unión de dos a más personas; que sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal dispuestas en el artículo 317, tenga por finalidad o por objeto la comisión de delitos concertadamente; será reprimido con una pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con ciento ochenta a trescientos sesenta y cinco días-multa.

Ambos tipos penales se encuentran ubicados en el Capítulo I (delitos contra la paz pública) del Título XIV (delitos contra la tranquilidad pública).

Los tipos penales analizados corresponden al fenómeno de criminalidad organizada, y constituyen un grupo de personas que, de forma estructurada, ostentan un proyecto criminal, generalmente con beneficio de lucro, con lo que afectan a una parte de la sociedad en particular de forma directa (empresarios en el caso de extorsiones, residentes de una determinada zona en delitos de robo agravado, entre otros) y a la sociedad en general (en delitos contra la administración pública y/o contra la administración de justicia, así como la sensación de riesgo permanente de la sociedad en delitos violentos), todo lo cual perjudica al Estado desde su componente social, económico y político.

Por lo tanto, en la comisión de los delitos antes señalados se vulneran los siguientes bienes jurídicos de titularidad del Estado:

4.1. La tranquilidad pública

Bien jurídico que comprende al orden público y la paz pública para fines de resarcimiento; cuenta con dos vertientes: a) el orden externo y material de la sociedad, representado por el Estado y su institucionalidad; y, b) el orden interno de la sociedad, definido como sensación de quietud y sosiego. Así mismo, la Corte Suprema, en el fundamento noveno del RN N.º 591-2016-LIMA, entiende el bien jurídico de tranquilidad pública como:

(...) un bien jurídico de orden espiritual e inmaterial a la vez, al definirse como un estado de percepción cognitiva, que tiende a formarse en la psique de los ciudadanos, a partir de la cual tienen una sanción de seguridad sobre el marco social donde han de desenvolverse, de sentir la tranquilidad, de que sus bienes jurídicos fundamentales no han de verse lesionados por ciertos actos de disvalor que toman lugar por agrupaciones de personas quienes en su ilícito accionar hayan de generar zozobra y pánico en la población (...).

4.2. El patrimonio del Estado

Este bien jurídico está constituido por el conjunto de valores económicos que corresponden al dañado; en el caso en particular, se ve afectado el patrimonio del Estado en dos vertientes: 1) el presupuesto del erario destinado a combatir la delincuencia organizada; y, 2) los gastos en los que incurre el Estado para desarticular y procesar a una organización criminal específica.

V. LA REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL

5.1. Legitimidad para obrar

Habiendo establecido el carácter pluriofensivo de los delitos de organización criminal y banda criminal, de cuyos bienes jurídicos resulta titular el Estado peruano, la entidad legitimada para ejercer la acción civil en su representación es la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público, que ostenta dicha legitimidad en mérito a lo dispuesto en el artículo 45.1 del Decreto Supremo N.º 018-2019-JUS (Decreto Supremo que aprueba el Reglamento del Decreto Legislativo N.º 1326, Decreto Legislativo que reestructura el Sistema Administrativo de Defensa Jurídica del Estado y crea la Procuraduría General del Estado), que prescribe:

45.1. El/la Procurador/a Público/a Especializado/a en Delitos Contra el Orden Público ejerce la defensa jurídica de los intereses del Estado ante instancias jurisdiccionales y no jurisdiccionales, en indagaciones policiales, investigaciones, procesos o procedimientos relacionados con la comisión de delitos contra la paz pública y/o contra los medios de transporte, comunicación y otros servicios públicos, en todas las modalidades contempladas en el Capítulo I del Título XIV, a excepción de los artículos 316-A, 318 y 318-A; y, en el Capítulo II del Título XII, a excepción de los artículos 284 y 285, del Libro Segundo del Código Penal, respectivamente. Asimismo, interviene en el delito de instigación o participación en pandillaje pernicioso, previsto en el artículo 148-A del Código Penal.

5.2. Acreditación de daños

Una vez identificados los bienes jurídicos que resultan lesionados como consecuencia directa del ejercicio de la conducta ilícita prevista en los artículos 317 y

317-B del Código Penal, es función de la Procuraduría Pública, una vez constituida como actor civil, acreditar la existencia de daños individualizados por bienes jurídicos:

5.3. Acreditación del daño patrimonial

El bien jurídico de patrimonio del Estado comprende un contenido patrimonial resarcible, por lo que, una vez reunidas las pruebas objetivas que acrediten el daño, la Procuraduría Pública podrá solicitar los siguientes componentes indemnizables del daño patrimonial:

a) Daño emergente

Constituido por el menoscabo efectivo del patrimonio del Estado, debe ser acreditado con prueba objetiva de su correspondencia. Como se ha expresado en líneas precedentes, la acreditación de este daño se realiza en dos vertientes: 1) el gasto irrogado por el Estado en forma general en la lucha contra la criminalidad organizada, cuya acreditación se constituye en la Ley de Presupuesto aprobada para dicho fin; y, 2) el gasto irrogado por el Estado en forma específica en la desarticulación de la organización criminal. La acreditación del daño se realiza en mérito a los gastos en los que incurre la Policía Nacional del Perú y el Ministerio Público en dicho fin, esto es: i) en las acciones de inteligencia e identificación delictiva; ii) en el operativo policial que desarticula la organización criminal; y, iii) en las acciones posteriores al operativo hasta la emisión de una sentencia firme, aspectos que son acreditados con informes Económicos eobjetivos.

b) Lucro cesante

Constituido por las ganancias ciertas dejadas de percibir, en el caso de los delitos materia de análisis. La correspondencia de este tipo de daño se debe acreditar con documentación objetiva que denote el menoscabo en: i) las ganancias propias de la actividad empresarial del Estado; ii) los ingresos fiscales; u, iii) otras actividades económicas del Estado que han dejado de percibirse por el accionar de la organización criminal.

En ese sentido, las Procuradurías Públicas están dotadas de herramientas que les permiten incoar una acción civil dentro del proceso penal identificando un *quantum* indemnizatorio objetivo, el cual debe comprender los daños

inmediatos y futuros bajo el criterio de la obligación de condenar al responsable a pagar una sola vez.

5.4. Acreditación de daños extrapatrimoniales

Sobre el particular, se debe destacar que el Estado, en este componente de daños, únicamente puede sufrir daño moral, puesto que los daños a la persona son dirigidos exclusivamente contra la persona física.

En ese contexto, y ante el contenido cuasi filosófico de la acreditación de un daño moral, la jurisprudencia peruana ha determinado que se sustenta en la sola comisión del hecho antijurídico, no requiriendo medios probatorios para su consolidación, posición que fue fijada en el fundamento 10 de la Casación N.º 867-2005:

El daño a la imagen es consecuencia directa del perjuicio ocasionado como condición intrínseca al daño moral, tanto más si este no requiere de medios probatorios que acrediten su existencia, ya que se trata de una apreciación libre que es confiada al Juez.

Por otro lado, el Estado como persona jurídica de derecho público es pasible de sufrir daños extrapatrimoniales, exclusivamente de naturaleza moral, conforme lo establecido por la Corte Suprema en la Casación en el fundamento quinto de la Casación N. 2673: "(...) sobre el daño moral de las personas jurídicas, Espinoza Espinoza (...) señala éstas, como titulares de situaciones jurídicas existentes (como el derecho a la identidad, reputación, (...) entre otros), son pasibles de sufrir daños morales (...)", pudiendo solicitar una indemnización por daños patrimoniales y extrapatrimoniales. Así mismo, se entiende al daño moral como el "(...) menoscabo (...) [de un] sentimiento, (...) socialmente digno y legítimo, aprobado por la conciencia social, (...) digno de la tutela (...) [y debe] incluirse todo perjuicio no pecuniario producido por la lesión de un bien de la persona (...), (honestidad, etc.) o de sus sentimientos y afectos más importantes y elevados".

En ese sentido, la acreditación de daño moral por la vulneración de bienes jurídicos de titularidad del Estado resulta como consecuencia de la verificación de la existencia del hecho antijurídico que conlleva dicha lesión, no revistiendo complejidad en su determinación al coexistir uniformidad jurisprudencial en su aceptación.

5.5. Cuantificación del daño moral

El bien jurídico tranquilidad pública, que resulta afectado como consecuencia de la comisión de los tipos penales de organización criminal y banda criminal, no tiene contenido patrimonial, por lo que su valor no puede ser tasado objetivamente. Por lo tanto, el legislador peruano ha decidido encargar su valoración a la judicatura, conforme lo prescribe el artículo 1332 del Código Civil: “(...) si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con una valoración equitativa (...)”, valoración que no comprende límites mínimos o máximos, ni exige al juez valorar los aspectos singulares del daño.

En ese marco problemático, la doctrina fija estándares de valoración para evitar la excesiva discrecionalidad en la fijación de un *quantum* indemnizatorio. En esa línea. Zúñiga Rodríguez (2001) señala que para valorar los daños ocasionados por la criminalidad organizada se han de tener en cuenta cuatro dimensiones:

(...) la dañosidad de los delitos medios, la dañosidad de los delitos fin, la dañosidad de la existencia misma de la organización criminal dispuesta a cometer más delitos y, finalmente, la potencialidad que tienen todas estas dimensiones en la vinculación sinérgica en una sociedad, pudiendo llevar a socavar los cimientos democráticos de un Estado y su sociedad (...).

Estas dimensiones deben ser valoradas en el marco de los criterios de determinación de la responsabilidad civil citados en el apartado 3 de este artículo.

Para dotar de cierta uniformidad en la acción reparatoria que formulan las Procuradurías Públicas, estas recurren a criterios no estandarizados, dentro de los cuales destacan los siguientes: a) el impacto delictivo, b) la publicidad de la organización criminal, c) el ámbito geográfico de acción, d) los delitos fines, e) la cantidad de integrantes, y f) el tiempo de permanencia. Aspectos que son utilizados para cuantificar daños extrapatrimoniales en forma directamente proporcional a la singularidad del daño causado. Por ejemplo, el monto de pretensión civil será mayor en una organización criminal cuyo ámbito geográfico de acción es nacional, frente a una cuyo accionar delictivo se limita a una población distrital.

Estos paliativos que acercan a un cierto grado de uniformidad son criterios utilizados únicamente en la doctrina y en las pretensiones civiles formuladas por las Procuradurías Públicas; no obstante, es la judicatura quien tiene la función de valuar el daño, con base en el criterio de equidad y sana crítica, aspectos

intrínsecamente subjetivos, pues dependen del valor que le da cada juez en particular, lo cual conduce a la falta de predictibilidad de las resoluciones judiciales y repercute directamente en la seguridad jurídica.

Por lo tanto, urge incorporar en nuestro ordenamiento jurídico mecanismos que enerven el principio de seguridad jurídica en la cuantificación de daños extrapatrimoniales, tarea que requiere la fijación de márgenes mínimos y máximos a las que el juez esté sujeto, los cuales deben estar condicionados por las dimensiones dañosas antes esbozadas y en atención a los criterios generales de cuantificación. Esta alternativa de solución está englobada en tablas de valor vinculantes denominadas baremos.

VI. LA UTILIZACIÓN DE BAREMOS EN LA DETERMINACIÓN DEL QUANTUM INDEMNIZATORIO

6.1. Los baremos

Los baremos son tablas de valor que constituyen repertorios de tarifas; son utilizados para referenciar un hecho fáctico en una cifra objetiva. Chanamé Orbe (2012) los define como: “(...) Cuantías de indemnización, cantidades a tanto alzado, sobre todo en cuestiones laborales. Conjunto de normas establecidas convencionalmente para evaluar los méritos personales, la soberanía de empresas, etc.” (p. 113).

El concepto de baremos no es ajeno a nuestro ordenamiento jurídico, incluso en aspectos relacionados con el derecho de daños, los cuales son utilizados como marcos de referencia para valorar componentes extrapatrimoniales en una institución, dentro de los cuales tenemos: 1) Manual de evaluación y calificación del grado de invalidez (MECGI) de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP: comprende los criterios que deben ser tomados en consideración para la evaluación de daños de acuerdo con el grado de invalidez; 2) Reglamento del Decreto Ley N.º 18846 – Accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, aprobado por el DS N.º 002-72-TR. Comprende un listado de los grados de incapacidad como base genérica para los accidentes de trabajo y el porcentaje de pérdida de la incapacidad para devengar ingresos; y, 3) Reglamento de Aplicación del Principio de Oportunidad aprobado por Resolución de la Fiscalía de la Nación N.º 1470-2005-MP-FN, que comprende un baremo como tabla de

referencia para la reparación civil por conducción en estado de ebriedad, conforme lo muestra el siguiente cuadro.

Periodos de alcoholemia		Vehículo motorizado menor de 4 ruedas (incluye cuatrimotos)	Vehículo motorizado de 4 ruedas a más, (no incluye cuatrimotos)
1.º periodo de alcoholemia: subclínico	De 0,25 a 0,5 g/l (Ley N.º 29439)	*	*
2.º periodo de alcoholemia: ebriedad	Más de 0,5 a 1,0 g/l Más de 1,0 a 1,5 g/l	5 % UIT a 50 % UIT 10 % UIT a 50 % UIT	10 % UIT a 1 UIT 15 % UIT a 1 UIT
3.º periodo de alcoholemia: ebriedad absoluta	Más de 1,5 a 2,0 g/l Más de 2,0 a 2,5 g/l	15 % UIT a 1 UIT 20 % UIT a 1 UIT	20 % UIT a 1.5 UIT 25 % UIT a 1,5 UIT
4.º periodo de alcoholemia: grave alteración de la conciencia	Más de 2,5 a 3,0 g/l Más de 3,0 a 3,5 g/l	25 % UIT a 1 UIT 30 % UIT a 1 UIT	30 % UIT a 2 UIT 35 % UIT a 2 UIT
5.º periodo de alcoholemia: coma	Más de 3,5 g/l	35 % UIT a 1 UIT	40 % UIT a 2 UIT

6.2. Los baremos en el derecho comparado

Los baremos en el campo de la responsabilidad civil son utilizados en legislaciones europeas y americanas, que les otorgan un carácter meramente orientativo; no obstante, en España, con la emisión de la Ley 30/1995 de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, se establece la introducción de baremos para cuantificar daños corporales con carácter vinculante para el juzgador, lo cual, en opinión de Pintos Ager (2000):

(...) ofrece una excelente muestra del modo que, para la consecución de la reparación íntegra se redactan normas muy abiertas y abstractas sobre los criterios de evaluación del daño. Dicho en otras palabras, desde un análisis de condiciones necesarias —o de inputs— nuestro anterior sistema de responsabilidad civil tiene todos los requisitos para que se desarrolle en él un problema de variabilidad en las cuantías indemnizatorias, con todas las implicancias anejas.

Por otro lado, en Francia se utiliza el Baremo de Rousseau para valorar daños personales. En el sistema jurídico chileno coexiste el Baremo Estadístico de Indemnizaciones por Daño Moral por Muerte, elaborado por el Poder Judicial de Chile y la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción en el año 2012. Siguen este ejemplo países como Bélgica, Alemania, Italia, Grecia, Luxemburgo, Portugal, entre otros, que comprenden en su ordenamiento

jurídico baremos orientativos que reducen el campo discrecional de los jueces y lo dotan de seguridad jurídica.

6.3. El método de baremos por cálculo de puntos

Habiendo establecido la naturaleza jurídica de los baremos, se debe destacar que coexisten tantos métodos en su utilización como formas de graficar las tablas. Entre ellos se encuentran: 1) El método rígido: la correspondencia de una situación fáctica a un valor estático; 2) El método de márgenes: comprende la asignación de un supuesto fáctico a un margen mínimo y máximo, el cual se aproximará a un extremo en proporción a las condiciones especiales del daño; entre otros.

No obstante, dada la complejidad de los bienes jurídicos que resultan vulnerados como consecuencia de la comisión de los ilícitos penales de organización criminal y banda criminal, el método de utilización de baremos idóneo para su materialización es el método del cálculo por puntos o *calcul aun point*, que comprende la concurrencia de cuatro presupuestos:

- a) La fijación de un valor monetario de referencia.
- b) El establecimiento de componentes específicos del daño.
- c) La asignación de márgenes de puntos a los componentes.
- d) La elección de puntos de daños a cargo del juzgador.

Por lo tanto, a efectos de explicar este método, y con base en la experiencia en el ejercicio de la defensa jurídica del Estado en procesos penales por el delito de organización criminal, se diagrama un baremo orientativo:

a) Primer presupuesto: la fijación de un valor monetario de referencia

El valor de referencia monetario lo constituye la Unidad Impositiva Tributaria (UIT), hoy ascendente a la suma de S/4600.

b) Segundo presupuesto: establecer componentes específicos del daño

Se establecen los siguientes componentes específicos del daño al bien jurídico de tranquilidad pública:

El impacto delictivo: el cual comprende el menor o mayor grado de afectación a la sociedad.

- La publicidad de la organización criminal: determinada por el alcance de la influencia de la organización criminal.
- El ámbito geográfico de acción: determinado por el alcance de las acciones ilícitas específicas cometidas.
- Los delitos fines: constituidos por la pluralidad y condición de los delitos fines de la organización criminal:
- Cantidad de integrantes.
- Tiempo de permanencia.

c) Tercer presupuesto: asignar márgenes de puntos a los componentes

Componente específico del daño	Variable	Margen de puntos
Impacto delictivo	Ninguno	01-10
Publicidad	Local	01-02
	Nacional	02-10
	Internacional	10-20
Ámbito geográfico de acción	Local	01-02
	Nacional	02-10
	Internacional	10-20
Delitos fines	La vida, el cuerpo y la salud	02-05
	Patrimonio y libertad	02-05
	Administración de justicia	05-10
	Administración pública	05-10
	Tráfico de drogas	05-10
	Otros delitos	02-10
Cantidad de integrantes	Entre 2 y 5	01-05
	Entre 6 y 20	05-10
	Entre 21 y 40	10-30
	Entre 41 y más	30-50
Tiempo de permanencia	Menos de 1 año	01-05
	Entre 1 y 3 años	05-20
	Más de 3 años	20-50

d) Cuarto presupuesto: la elección de puntos de daños a cargo del juzgador

En este apartado, la judicatura, una vez valorados los medios de prueba, y enmarcado en los márgenes del baremo orientativo, deberá asignar un valor de puntos a cada componente específico del daño, para, posteriormente, sumarlo y, sobre el resultado, multiplicarlo por el valor de referencia. De esta forma se arriba a una valoración de daños uniforme que corresponderá desde la pretensión civil formulada por las Procuradurías Públicas hasta la emisión de la sentencia definitiva.

6.4. Caso modelo del uso de baremos

Habiendo establecido un baremo referencial, a efectos de graficar la alternativa de solución propuesta plantearemos un ejemplo práctico.

- **Caso modelo:** la organización criminal denominada “Los Malditos del Aire”, constituida por 30 integrantes, ha tenido presencia delictiva en la región de Chiclayo. Se dedica a la comisión de delitos de extorsión y de sicariato, desde el año 2015 hasta la fecha, y así mantiene aterrorizada la población por su violento accionar. Así mismo, por el ejercicio violento y organizado de sus acciones, diversa prensa escrita y televisada a nivel nacional ha dado cuenta de sus acciones previniendo a la población.
- **Análisis de los componentes específicos del daño**
 1. El impacto delictivo en la región de Chiclayo ha sido constante y grave, pues se ha extendido la sensación de inseguridad a gran parte de la población.
 2. La publicidad de la organización criminal se extendió a nivel nacional por el violento accionar de sus integrantes.
 3. El ámbito geográfico de acción de la organización criminal se circunscribió a la región de Chiclayo.
 4. La organización criminal cometió delitos contra la libertad y la vida.
 5. La organización criminal está integrada por 30 personas.
 6. La organización criminal tuvo presencia criminal continua por siete años.

- Elección de puntos por el juzgador

Componentes específicos del daño	Variable	Margen de puntos	Elección de puntos
Impacto delictivo	Ninguno	01-10	
Publicidad	Local	01-02	
	Nacional	02-10	05
	Internacional	10-20	
Ámbito geográfico de acción	Local	01-02	02
	Nacional	02-10	
	Internacional	10-20	
Delitos fines	La vida, el cuerpo y la salud	02-05	05
	Patrimonio y libertad	02-05	04
	Administración de justicia	05-10	
	Administración pública	05-10	
	Tráfico de drogas	05-10	
	Otros delitos	02-10	
Cantidad de integrantes	Entre 2 y 5	01-05	
	Entre 6 y 20	05-10	
	Entre 21 y 40	10-30	20
	Entre 41 y más	30-50	
Tiempo de permanencia	Menos de 1 año	01-05	
	Entre 1 y 3 años	05-20	
	Más de 3 años	20-50	30
Puntos totales			66

Habiendo arribado a la suma de puntos de daño, esta deberá ser multiplicada por el valor monetario de referencia, que en el presente caso asciende a la suma de S/4600, lo que da el siguiente resultado:

$$66 \quad \times \quad 4600 \quad = \quad S/303\ 600$$

(Puntos de daño) (Valor de referencia) (Monto de reparación civil)

Por lo tanto, el monto que la Procuraduría Pública solicitaría en juicio oral por daños extrapatrimoniales de naturaleza moral al bien jurídico de tranquilidad pública asciende a la suma de S/303 600.

Por otro lado, debemos destacar que la alternativa de solución propuesta es meramente conceptual, pues para su estandarización, en la línea del derecho comparado, se requiere la realización de una mesa técnica entre antropólogos, procuradores públicos, economistas y otros profesionales con el fin de asignar puntos de valor a los condicionantes del daño.

VII. CONCLUSIONES

7.1. Los problemas estructurales del derecho de daños aplicado en los procesos penales son: 1) deficiencias de motivación en las sentencias respecto a la pretensión civil, y 2) la cuantificación de daños extrapatrimoniales.

7.2. La valoración de daños extrapatrimoniales le es confiada al juez, quien está dotado del artículo 1332 del Código Civil, que lo faculta a determinarlo usando el criterio de equidad y sana crítica, el cual es variable de acuerdo con los factores subjetivos que componen la mente de cada juez en particular.

7.3. La discrecionalidad ilimitada en la fijación de un *quantum* indemnizatorio por daños extrapatrimoniales atenta contra dos pilares de nuestro ordenamiento jurídico, la uniformidad de decisiones judiciales y la seguridad jurídica.

7.4. Las Procuradurías Públicas, en su función de representantes del Estado, persiguen una acción reparatoria en procesos penales cuando se ha vulnerado un bien jurídico supraindividual de titularidad del Estado. Están facultadas para solicitar, entre otros, daños extrapatrimoniales, para lo cual se valen de criterios singulares para valorar los daños a partir de los cuales arriban a un monto dinerario no vinculante para la judicatura.

7.5. En la comisión de los injustos penales de organización criminal y banda criminal se vulneran dos bienes jurídicos de titularidad del Estado. El primero está contenido en el patrimonio estatal, el cual comprende un contenido patrimonial, y cuya acreditación y cuantificación están supeditadas a criterios objetivos. Así mismo, vulnera el bien jurídico de tranquilidad pública, cuya acreditación se desprende de la mera comisión del ilícito penal y su cuantificación le es confiada discrecionalmente a la judicatura.

7.6. La implementación de un baremo para la valoración de daños patrimoniales derivados de la comisión de los ilícitos penales de organización criminal y banda criminal constituye el mecanismo idóneo para garantizar los principios de predictibilidad de resoluciones judiciales y seguridad jurídica, instrumento que debe atender a los siguientes criterios para su consolidación: 1) el impacto delictivo; 2) la publicidad de la organización criminal; 3) el ámbito geográfico de acción; 4) los delitos fines; y, 5) la cantidad de integrantes. Criterios objetivos que dimensionan el alcance del daño que ocasiona la criminalidad organizada al Estado.

7.7. La creación de baremos vinculantes y/u orientativos es imprescindible para dotar de seguridad jurídica al derecho de daños, los cuales deben ser diseñados por el Poder Legislativo a través de una mesa de expertos.

REFERENCIAS

- Barboza, A. (2002). *Lección N.º 12 de responsabilidad civil*. Universidad de Cartagena. http://ocw.bib.upct.es/pluginfile.php/8435/mod_resource/content/1/LECCION-12.pdf
- Baudry-Lacantiniere y Barde (1905). *Traité theorque el prtque de droit civil*. Librairié de la Societé du Recuel General des Lois et des Arrêts.
- Chanamé Orbe, R. (2012). *Diccionario jurídico moderno*. 8.ª edición. Adrus.
- Espinoza Espinoza, J. (2002). *Derecho de la responsabilidad civil*. 1.ª edición. Gaceta Jurídica Sociedad Anónima.
- Fernández Sessarego, C. (2006). *Deslinde conceptual entre daño a la persona, daño al proyecto de vida y al daño moral*. http://dike.pucp.edu.pe/bibliotecadeautor_carlos_fernandez_cesareo/articulos/ba_fs_6.PDF
- Le Tourneau, P. (2004). *La responsabilidad civil*. (J. Tamayo Jaramillo, traductor). Legis Editores.
- Manzanares Campos, M. (2008). *Criterios para valorar el quantum indemnizatorio en la responsabilidad civil extracontractual: análisis desde la jurisprudencia peruana*. Grijley.
- Mazeaud, H. y León, J. (1975). *Lecciones de derecho civil*. Editorial Jurídica Europa-América.
- Mosset Iturraspe, J. (2002). *Responsabilidad civil*. UNLFCJS.
- Muñoz Conde, F. (1996). *Derecho penal. Parte general*. 2.ª edición. Tirant lo Blanch.
- Pintos Ager, J. (2000). *Baremos, seguros y derecho de daños*. Instituto Universitario de Derecho y Economía Universidad Carlos III de Madrid.
- Rey de Castro, A. (1972). *La responsabilidad civil extracontractual*. UNMSM.
- Roque Ventura, W. (2019). *La reparación civil en el delito de organización criminal*. Editores del Centro.
- Taboada Córdova, L. (2003). *Elementos de la responsabilidad civil*. Grijley.

Vélez, P. (2001). La responsabilidad civil. En M. Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual* (pp. 79-xxx). Dykinson.

Zúñiga Rodríguez, L. (2001). *El delito de asociación ilícita*. Ad-Hoc.

CORRUPCIÓN DE FUNCIONARIOS

INCREMENTOS REMUNERATIVOS AISLADOS A UNA ADECUADA GESTIÓN FISCAL DE LOS RECURSOS HUMANOS: ¿DELITO DE PECULADO, EXACCIÓN ILEGAL O INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA?

Diana Mercedes Caycho Ramos

183

Sumario

I. La gestión fiscal de los recursos humanos. II. El delito de peculado. III. El delito de exacción ilegal. IV. Infracción administrativa. V. Toma de postura respecto de los incrementos remunerativos aislados a una adecuada gestión fiscal de los recursos humanos, ¿configuran delito de peculado, exacción ilegal o infracción administrativa?

I. LA GESTIÓN FISCAL DE LOS RECURSOS HUMANOS

El artículo 77 de la Constitución Política del Perú establece que “el presupuesto asigna equitativamente los recursos públicos (...), su programación y ejecución responden a los criterios de eficiencia de necesidades sociales básicas y de descentralización”. Como se puede apreciar, el presupuesto público se encuentra regulado dentro de la norma constitucional, razón por la cual su protección corresponde a todos los niveles jerárquicos que integran la administración pública.

El presupuesto puede entenderse considerando cuatro aristas, tal y como se puede ver en el siguiente cuadro.

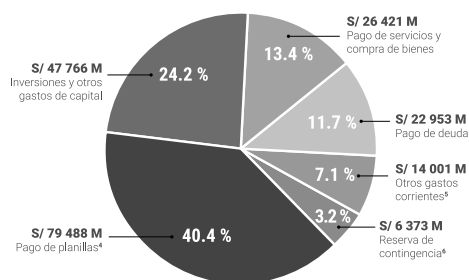
Perspectiva política	Perspectiva económica
<p>Desde esta perspectiva, podemos encontrar dos sentidos:</p> <p><i>Ámbito gubernativo:</i> para el cumplimiento de sus fines (ejecución o realización de obras, servicios y cometidos estatales).</p> <p><i>Ámbito contralor:</i> competencias de la Contraloría General de la República y del Poder Legislativo.</p>	<p>Necesario para el sostenimiento económico y desarrollo del país.</p>
Perspectiva administrativa	Perspectiva jurídica
<p>Primero, como instrumento contable de previsión; y, luego, como un texto que establece las pautas de gestión en cierto periodo fiscal.</p>	<p>Como instrumento que emana del Poder Legislativo a efectos de otorgar eficacia a la política económica.</p>

Como es natural, los recursos no son ilimitados; por ello, es fundamental su adecuado manejo y distribución. Así, para el año 2022 se ha previsto un presupuesto total de S/197 002 269 014, cuya distribución se puede apreciar de modo general en el siguiente gráfico.

2. ECONÓMICA

¿En qué se gasta?

Las entidades realizan distintas actividades que requieren de asignación de recursos. Por ejemplo, pago de planillas, inversiones, servicios, etc.



- 1 Incluye las funciones de educación, salud, protección social, saneamiento, vivienda y desarrollo urbano, cultura y deporte y previsión social.
- 2 Incluye las funciones de transporte, agropecuaria, ambiente, comunicaciones, energía, comercio, trabajo, turismo, pesca, industria y minería.
- 3 Incluye las funciones de planeamiento, gestión y reserva de contingencia, relaciones exteriores y legislativa.
- 4 Incluye conceptos remunerativos, pensiones, prestaciones y asistencia social.
- 5 Incluye donaciones, transferencias, subvenciones, subsidios y pago de obligaciones legales y administrativas.
- 6 Incluye gastos corrientes y de capital.

Fuente: Guía de orientación al ciudadano del presupuesto público (2022).

Como se puede advertir, parte del presupuesto público se destina al pago de planillas, que incluye remuneraciones, pensiones, prestaciones y asistencia social.

En este punto, es pertinente traer a colación la trascendente labor que realiza la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos (DGGFRH), órgano de línea del Ministerio de Economía y Finanzas, cuya atribución es “(...) el análisis financiero y técnico sobre las políticas en materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público, conforme a las leyes respectivas, y proponer medidas en estas materias”, conforme con el artículo 154 del Texto Integrado del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Economía y Finanzas.

Si bien esta Dirección tiene una serie de funciones, para efectos de este artículo solo resaltaremos aquellas más importantes de las previstas en el artículo 155 de la citada norma. Así, tenemos:

Artículo 155. Funciones de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos

Son funciones de la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos las siguientes:

- a) Aprobar los lineamientos para la gestión eficiente de los ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público, alineados con los principios de Sostenibilidad Fiscal y Responsabilidad Fiscal;
- b) Proponer medidas y evaluar las propuestas de los sectores en materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público, que implique el uso de Fondos Públicos;
- c) Emitir opinión vinculante en materia de ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público;
- (...)
- h) Emitir opinión previa a la aprobación del Presupuesto Analítico del Personal (PAP) de cada entidad del Sector Público;
- (...)
- l) Administrar el Aplicativo Informático que señala la Ley, siendo la única autorizada para crear registros de plazas o puestos, conceptos y montos establecidos en el Catálogo Único de Conceptos de Ingresos correspondientes a los recursos humanos del Sector Público;

m) Registrar en el Aplicativo Informático que señala la Ley, los beneficios acordados en convenios colectivos y laudos arbitrales aprobados conforme a la normatividad correspondiente, y que cuente con financiamiento en las Leyes Anuales de Presupuesto respectivas;

(...)

p) Participar y emitir opinión, en representación del Ministerio, en las negociaciones de convenios internacionales y los tratados en materia de seguridad social;

(...).

En líneas generales, la Dirección General de Gestión Fiscal de los Recursos Humanos busca una gestión eficiente de los recursos humanos del sector público; para tal efecto, tiene como atribución emitir lineamientos, opiniones, proponer medidas, entre otros, así como administrar el aplicativo informático para el registro centralizado de planillas y de datos de los recursos humanos del sector público (AIRHSP). Dicho aplicativo es:

(...) una herramienta informática de soporte al proceso de gestión de los recursos humanos del Sector Público y un sistema de información de costos personal para los diferentes niveles de gobierno. Los datos registrados en el Aplicativo Informático sirven de base para las fases del Proceso Presupuestario, para definir el número de plazas, puestos, políticas remunerativas o de compensaciones económicas, obligaciones sociales y previsionales, gastos en personal cualquiera sea la modalidad de contratación.

Es importante que se tomen en cuenta las atribuciones de la Dirección, que tiene competencia respecto de las remuneraciones del sector público, puesto que muchos de los casos en los que se advierten incrementos remunerativos irregulares se dan con ocasión de que las entidades del sector público aprueban disposiciones en materia de ingresos del personal, cuando la única entidad competente para emitir informes al respecto es la DGGFRH.

Un ejemplo de lo señalado lo podemos encontrar en el Informe de Control Específico N.º 009-2021-2-0710-SCE, del 7 de diciembre de 2021, sobre incrementos remunerativos a favor del personal del régimen laboral del Decreto Legislativo N.º 276 en una Unidad de Gestión Educativa (UGEL). En dicho caso, se realizó un servicio de control posterior respecto de la Resolución Directoral N.º 0663-2019 del 31 de mayo de 2019, y su modificatoria, mediante los cuales se aprobaron

nuevos montos remunerativos a favor del personal del régimen 276. De dicho examen se concluyó que el director de la UGEL no tenía competencia para aprobar una resolución que contradijera disposiciones presupuestales, en tanto dicha competencia corresponde únicamente a la DGGFRH.

Por ello, se recomendó que se realicen las acciones tendientes a determinar las responsabilidades de los funcionarios y servidores públicos, debido a que dichos aumentos remunerativos irregulares ocasionaron un perjuicio económico de S/341 752,92.

Por lo expuesto, la referida Dirección tiene competencia en materia de ingresos del sector público y, por lo tanto, sus lineamientos deben ser luz para las demás entidades del sector, a efectos de un adecuado manejo del presupuesto público en materia de la gestión fiscal de los recursos humanos.

II. EL DELITO DE PECULADO

Dentro de la doctrina del derecho penal, Salinas Siccha (2011) señala que la administración pública es considerada como “(...) el servicio público que cumple el Estado por medio de sus funcionarios o servidores para lograr su fin último, cual es el bienestar común”. En efecto, si bien la administración pública no va a generar un estado de plena satisfacción, tiene la obligación de promover un ambiente adecuado para el desarrollo de sus ciudadanos. Agrega el mismo autor que:

(...) la administración pública se concibe en doble sentido. Objetivamente, como el conjunto de actividades realizadas por los agentes públicos y que constituye el desarrollo, la dinámica de la función misma. Y subjetivamente, se constituye en el orden de órganos estatales, lo que implica niveles, jerarquía, entidades, cargos y oficios delimitados en sus competencias. (2011, p. 4)

Claro está que la administración pública necesita de la actividad dinámica de los funcionarios y servidores, quienes, conforme a sus competencias establecidas, buscan el cumplimiento de sus fines en beneficio de la comunidad. Sin embargo, es innegable que también encontramos servidores y funcionarios que tienen intenciones particulares y que las anteponen a los intereses generales, lo que incluso llega a lesionar bienes jurídicos protegidos por el derecho penal.

Es en este contexto que nos encontramos con el delito de peculado, previsto en el artículo 387 del Código Penal, como uno de los delitos de corrupción más recurrentes en la lista de ilícitos que contemplan los delitos contra la administración pública. Así lo demuestra un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo, en el cual señala que entre los delitos registrados con mayor incidencia están el peculado, con un 34 % del total (9297 de 27 275), seguido de colusión, con un 21 % (5696), y cohecho, con un 12 % (3226).

Considerado como uno de los delitos más frecuentes cometido por los funcionarios o servidores públicos, Zambrano Pasquel (2009) lo define como:

(...) el abuso de dineros públicos que efectúa un funcionario público a quien le han sido confiados o entregados para que les dé un empleo o uso determinado, y se apropia de los mismos. Es igualmente peculado el abuso en beneficio de un tercero. (p. 554)

Por ello, dicho tipo penal no solo implica la ausencia de protección de los caudales o efectos al Estado por parte del sujeto competente, sino también el traslado de estos y su aplicación para fines privados.

El artículo 387 del Código Penal establece dos modalidades del delito de peculado: la apropiación y la utilización. Para Frisancho Aparicio (2011), se da una apropiación cuando "(...) el sujeto activo realiza actos de disposición como si fuera el dueño de los caudales o efectos cuya percepción, administración o custodia le han sido confiados en razón de su cargo. Actúa determinado por el *animus domini*" (p. 332). Por otro lado, respecto del peculado por utilización, el agente no busca apropiarse de los caudales o efectos, pero sí favorecerse con el uso del bien.

Antes de analizar el bien jurídico protegido en el delito de peculado, como paso previo, es preciso señalar que la doctrina mayoritaria asume la postura que el bien jurídico en los delitos contra la administración pública es el "correcto y regular funcionamiento de la administración pública"; siendo esta la postura más acertada, teniendo en cuenta que somos un Estado democrático, social, independiente y soberano, en el cual, por la posición especial en la que se encuentra el funcionario, sus actos deben realizarse conforme con las normas establecidas y la función que le es encomendada para salvaguardar los intereses del Estado.

En relación con el bien jurídico protegido del delito de peculado, Hugo Álvarez (2006) considera que es “(...) el ejercicio correcto y regular de la Administración Pública” (p. 176), mientras que Frisancho Aparicio (2011) señala que el bien jurídico protegido en el delito de peculado es el:

(...) normal desarrollo de la Administración Pública que se vería afectado si se permite que los funcionarios dispongan ilegalmente de los bienes propios de la Administración. El delito de peculado castiga la lesión sufrida por la administración pública, al ser despojado de la disponibilidad de sus bienes. (p. 328)

Además, agrega que “(...) cuando el funcionario o servidor público se apropia o utiliza los bienes señalados, el Estado pierde su disponibilidad y el bien no cumple su finalidad propia y legal” (p. 328).

El Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, establece que el delito de peculado es un delito pluriofensivo, y el bien jurídico se desdobra en dos objetos específicos:

- a. garantizar el principio de la no lesividad de los intereses patrimoniales de la Administración Pública y b) evitar el abuso de poder del que se halla facultado el funcionario o servidor público que quebranta los deberes funcionales de lealtad y probidad. (p. 32)

Así mismo, el referido acuerdo establece que debe existir una relación funcional entre el sujeto activo y los caudales o efectos, entendiéndose esta como “(...) el poder de vigilancia y control sobre la cosa como mero componente típico, esto es, competencia del cargo, confianza en el funcionario en virtud del cargo, el poder de vigilar y cuidar los caudales o efectos” (p. 33).

Para que se configure el delito de peculado se necesita que el sujeto tenga la condición de funcionario público. Este requisito constituye una exigencia de la tipicidad objetiva que debe verificarse para imputar responsabilidad penal. Es necesario este elemento configurativo, pues el desvalor de este delito se da en la infracción del deber que comete el sujeto público respecto de los caudales o efectos que debe proteger dentro de su ámbito de competencia y que además debe proteger respecto de terceros.

Para comprender el delito de peculado, es necesario saber que su fundamento central se encuentra en el quebrantamiento de los deberes de garante vinculados al funcionario o servidor público, quien debe resguardar los caudales o efectos públicos que le son encomendados para su adecuado manejo. De esta manera, lo que la norma penal sanciona es que el agente activo sobreponga sus intereses particulares respecto del buen uso del patrimonio público.

Pronunciamiento de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N.° 2455-2018-Lima Norte del 23 de octubre de 2019: se imputa a los regidores que derogaron de forma irregular acuerdos de consejo, y aprobaron montos mayores como dieta y remuneración mensual de la alcaldesa. El Ministerio Público planteó el recurso de nulidad alegando que los hechos materia de acusación no se subsumen en el delito de exacción ilegal, sino en el delito de peculado. Sobre el particular, es preciso resaltar lo señalado por la Sala Suprema:

Noveno. Es pertinente precisar que la *Sala Superior no observó que los verbos típicos del delito de exacción ilegal (exigir, hacer pagar o entregar), requieren la presencia de una persona (normalmente un administrado) a quien el funcionario público (aprovechándose de su cargo) le pide contribuciones o emolumentos indebidos, lo que en caso de autos no ocurrió.*

Décimo. Tampoco evaluó que el ingreso de contribuciones o emolumentos indebidos son parte de la custodia del funcionario público, esto es, se encuentran dentro de la relación funcional que tiene este con los fondos ilícitos, así en el presente caso se obvió analizar dicha circunstancia, pues *los fondos de incremento de las dietas se encuentran dentro del ámbito de custodia de los procesados (...).* (Cursivas nuestras)

La Sala Suprema advierte que los hechos no se subsumen en el delito de exacción ilegal, por cuanto los verbos rectores de este tipo penal no encuadran dentro de los hechos, aspecto que no fue valorado oportunamente; así mismo, hace alusión a que existiría relación funcional de los procesados con los caudales o efectos que fueron materia de incremento (dietas), por lo que se debe realizar un nuevo juicio oral, considerando los argumentos expuestos sobre la posibilidad de comisión del delito de peculado.

Recurso de Nulidad N.° 1362-2016-Puno del 13 de septiembre de 2017: el análisis gira en torno a un incremento remunerativo mediante el cual los procesados

utilizaron como fuente de financiamiento los recursos municipales agrupados bajo el rubro técnico presupuestal denominado FONCOMUN; por ello, se les siguió un proceso penal por el delito de peculado. Al respecto, la Sala Suprema estableció que no se contaba con los medios probatorios idóneos para vincular a los procesados con el tipo penal, y, por ello, correspondía la modificación de la sentencia recurrida, al no existir suficientes medios probatorios, absolviéndose a los procesados de la acusación fiscal.

En este caso se aprecia que el análisis no busca cuestionar si corresponde o no una investigación por el delito de peculado, sino la insuficiencia probatoria para vincular a los sujetos procesados con el tipo penal; es decir, que no fue materia de cuestionamiento determinar si los hechos se subsumen o no en el tipo penal, por lo que nos encontramos ante otro caso en el cual el incremento irregular fue tipificado en el delito de peculado.

Casación N.º 1527-2018-Tacna del 5 de marzo de 2020: los procesados denuncian una errónea interpretación del artículo 387 del Código Penal, debido a que consideran que el aumento de las remuneraciones no constituye un supuesto de peculado. Sobre el particular, la Sala Suprema señaló que no se subsume en el tipo penal de peculado el incremento de remuneraciones de los funcionarios públicos que tienen vínculo laboral con la entidad agraviada y que prestaron servicios de manera efectiva; lo cual, si bien quebranta las reglas sobre presupuesto público e incluso puede ser subsumido en otro tipo penal, no puede serlo en el delito de peculado. Agrega que distinto sería el caso de aquel funcionario o servidor que disponga el pago de remuneraciones a un tercero que no laboró o lo hizo parcialmente; en tal supuesto, sí constituiría delito de peculado en la modalidad de apropiación.

De lo expuesto, se advierte que para la Corte Suprema es posible la tipificación del delito de peculado para aquellos supuestos en los que existen incrementos remunerativos irregulares, ya que los fondos públicos son parte del deber de protección del funcionario o servidor público.

Este deber de protección puede verse materializado a través del Manual de Organización y Funciones y del Reglamento de Organización y Funciones de cada Entidad, ya que dichas normas delimitan los ámbitos de competencia de cada funcionario y servidor público, lo que también implica que el agente no puede responder por aquellas funciones que no tiene previamente establecidas.

Considerando que cada sujeto conoce su ámbito de competencia y que no es imprescindible la supervisión para el cumplimiento de funciones, cobra relevancia el “principio de confianza”, respecto del cual podemos comprender que cada funcionario o servidor público realizará sus funciones de la manera más eficiente posible.

Sin embargo, el principio de confianza no puede ser excusa del funcionario a efectos de desconocer su responsabilidad respecto de la protección de los fondos públicos que tiene que salvaguardar. Así, un gobernador no podrá alegar el principio de confianza respecto de las funciones de otras unidades orgánicas, puesto que un gobernador regional es el encargado de dirigir y supervisar el Gobierno Regional, así como de sus órganos ejecutivos, administrativos y técnicos.

Por ello, la Casación N.° 1527-2018-Tacna, en la cual la Sala Suprema concluyó que podía subsumirse en un tipo penal distinto al peculado, no resulta ser coherente, debido a que si dentro del ámbito de competencia regulado en el MOF o ROF se establece que los funcionarios a cargo de los caudales públicos se encuentran vinculados a la protección de los mismos, es irrelevante si se otorgó los incrementos remunerativos a sujetos que laboran en la entidad o de quienes no tienen vínculo laboral; puesto que el punto central en dicho contexto es el quebrantamiento de los deberes de protección respecto de los fondos públicos, lo que genera un desmedro patrimonial en agravio de la administración pública.

En el supuesto de que el beneficiario no labore en la entidad, sumado al delito de peculado podría configurarse un delito contra la fe pública, teniendo en cuenta que para verse beneficiado un tercero inserta documentos que sustentan su vinculación laboral; sin embargo, ello no le resta importancia al tipo penal de peculado, pues, según el ROF u otras normas de similar naturaleza, existirá un sujeto responsable encargado de la protección de los fondos, quien debe evaluar y verificar el otorgamiento o no de los mismos.

En este punto podemos concluir que existe la posibilidad —y así también lo ha señalado la Corte Suprema— de que los incrementos remunerativos irregulares sean investigados y sancionados penalmente por el delito de peculado.

III. EL DELITO DE EXACCIÓN ILEGAL

El delito de cobro indebido previsto en el artículo 383 del Código Penal establece:

El funcionario o servidor público que, abusando de su cargo, exige o hace pagar o entregar contribuciones o emolumentos no debidos o en cantidad que excede a la tarifa legal, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cuatro años e inhabilitación, según corresponda, conforme a los incisos 1, 2 y 8 del artículo 36.

Según la Casación N.º 977-2016-Cusco del 20 de abril de 2017, el objeto de protección es el correcto funcionamiento de la administración pública, sin dejar de lado la protección del patrimonio público. La acción típica tiene tres verbos rectores: i) exigir, ii) hacer pagar y iii) hacer entregar. Se entiende por emolumento las remuneraciones, honorarios o sueldos que percibe la persona en contraprestación por su trabajo.

Para la configuración del delito de exacción ilegal se requiere que “(...) la conducta del sujeto activo debe estar dirigida a compeler la voluntad de otra persona para obtener un beneficio (...)”. En un caso concreto, en el supuesto de que se hayan emitido resoluciones o acuerdos de consejos cuya base jurídica vulnere normas presupuestales, pero no inserte información falsa o desdibuje la realidad, no podríamos encontrarnos ante un delito de exacción ilegal, pero sí ante una posible infracción administrativa.

Pronunciamiento de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N.º 1015-2018-Pasco del 4 de abril de 2019: los imputados cobraron, por concepto de gratificaciones por el “día del trabajador municipal”, diversas sumas de dinero en diferentes períodos. Sobre el particular, se determinó que el delito de exacción ilegal es:

(...) un delito de infracción del deber, por tanto, la determinación de la autoría no solamente debe partir de la mera subsunción de los hechos al tipo penal, sino que, jurídicamente, debe valorarse la producción de ese hecho como obra de la acción del sujeto y de la peligrosidad inherente de dicha acción, y debe partir del incumplimiento de deberes especiales y que se afecten bienes que se encuentren dentro de los ámbitos de competencia del sujeto cualificado.

Si bien en dicho caso se declaró fundada la excepción de prescripción a favor de los procesados y, en consecuencia, extinguida la acción penal, nos encontramos ante un caso sobre incremento remunerativo por concepto de gratificaciones calificado como delito de exacción ilegal.

Recurso de Nulidad N.º 1234-2016-Cajamarca del 21 de abril de 2017: se advierte de la acusación fiscal que se imputa a los funcionarios públicos el cobro indebido de sumas de dinero, en atención a un acuerdo de consejo, en el que fijaron la remuneración mensual de la alcaldesa y dieta de los regidores, monto que fue disminuido en atención al Decreto Supremo N.º 025-2007 PCM. No obstante, posteriormente dichos conceptos fueron incrementados nuevamente.

Sobre el particular, la Sala Suprema señala que los procesados:

(...) actuaron con conciencia y voluntad para desconocer el Decreto Supremo en referencia, puesto que se acreditó que adoptaron dicha decisión sin base fáctica o legal (informe técnico legal); es decir, no se siguió con el trámite regular para una decisión como la que se adoptó, por lo que es evidente que los encausados, de forma concertada, engañaron a los funcionarios competentes para lograr percibir una remuneración distinta a la establecida y, con ello, obtener una ventaja patrimonial indebida.

En consecuencia, se declaró no haber nulidad en la sentencia que declaró infundada la excepción de prescripción en el proceso en cual fueron condenados por el delito de exacción ilegal.

Conforme podemos apreciar de la jurisprudencia analizada, la Corte Suprema admite la posibilidad de que los incrementos remunerativos irregulares sean investigados como delito de exacción ilegal, resultando evidente que se genera toda una estrategia en la que el engaño es parte para lograr una remuneración diferente de la que se designa por las leyes presupuestales, o incrementos remunerativos no reconocidos previamente por las direcciones competentes que emiten pronunciamientos al respecto.

IV. INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

El derecho penal no es el único mecanismo de intervención que sanciona hechos que no se condicen con lo establecido en la ley. El derecho administrativo, a través del derecho administrativo sancionador o disciplinario, también constituye un medio de sanción. El punto de distinción se encuentra en que el derecho administrativo sancionador puede reprimir a los administrados, quienes no ostentan una condición especial; mientras que el derecho administrativo disciplinario se encuentra dirigido a sancionar a los sujetos que tienen una estricta vinculación de sus labores con la administración pública.

Para García Cavero (2016), la distinción entre las sanciones de carácter penal y administrativo responde a que el injusto penal lesiona un bien jurídico protegido (la vida, salud, integridad física, administración pública, entre otros), pero una infracción administrativa se centra en los casos de falta de obediencia hacia la autoridad estatal, lo que también podría generar que se afecte el funcionamiento de la administración pública.

Sobre el particular, es preciso tener en cuenta que la diferencia entre un injusto penal y uno administrativo "(...) radica en que en el primero, además del quebrantamiento de la norma administrativa, se toma en cuenta: i) el elemento subjetivo con la que obra el agente y ii) la lesión de un bien jurídico protegido por el Estado".

En palabras de Rojas Rodríguez (2015):

La potestad disciplinaria implica a) una organización pública, b) la facultad de imponer sanciones, c) que el sujeto pasivo de la sanción sea miembro de la organización, y d) que los deberes infringidos se deriven de la pertenencia a la organización. (p. 44)

Coincidimos con lo señalado, ya que en el derecho disciplinario el sujeto también tiene deberes que cumplir, considerando, por ejemplo, los principios de la función pública previstos en el artículo 6 de la Ley N.º 27815, como son: 1. respeto, 2) probidad, 3) eficiencia, 4) idoneidad, 5) veracidad, 6) lealtad y obediencia, 7) justicia y equidad, 8) lealtad al Estado de derecho.

En otras palabras, para el ejercicio de la función pública se exige un mayor grado de compromiso y responsabilidad, y que en la ejecución de sus actividades se

refleje el cumplimiento óptimo de las normas y principios administrativos que guían su actividad laboral cotidiana. En palabras de Hugo Álvarez (2006):

el Estado, para el normal, correcto y ordenado funcionamiento de los órganos de la Administración, exige del funcionario o servidor público: probidad, eficiencia, honradez y fidelidad como deberes del cargo entre otros, a efectos de los servicios que presta a la comunidad, y que, en su razón de ser, se encuentren adecuados a derecho. (p. 177)

No obstante, en el supuesto de transgresión de los principios antes señalados, la norma prevé sanciones como, por ejemplo, las señaladas en el capítulo IV de la Ley de Ética en la Función Pública, o como es el caso de la Ley N.º 30057, Ley del Servicio Civil, que establece en su artículo 88 que las sanciones por faltas disciplinarias son: a) amonestación, b) suspensión sin goce de remuneraciones desde un día hasta doce (12) meses; y, c) destitución. Como se puede advertir, la ejecución de las sanciones es diferente de las penales, en cuyo caso no existe solo una infracción de normas de índole administrativa sino la lesión de bienes jurídicos protegidos.

Pronunciamiento de la Corte Suprema

Recurso de Nulidad N.º 2390-2017-Áncash, del 23 de abril de 2018: se atribuye a funcionarios de la Municipalidad Provincial de Huari el delito de peculado, ya que se apoderaron ilegalmente de fondos de dicha entidad, desconociendo la disposición legal del Decreto Supremo N.º 25-2007 PCM, efectuándose pagos irregulares. La Corte Suprema señaló que:

(...) el exceso de pago antes anotado constituye una irregularidad presupuestal de orden administrativo, mas no denota una conducta típica de peculado, por cuanto la estructura típica de dicho delito establece una pluralidad de supuestos que no fueron disgregados por el representante del Ministerio Público al formular su acusación ni definidos en la sentencia.

Se consideró la posibilidad de un ilícito administrativo mas no de la comisión del delito de peculado; y que los sentenciados, al realizar la devolución de lo abonado en exceso, se acredita la ausencia de dolo en la apropiación; en consecuencia, se declaró fundado el recurso de casación y se ordenó la absolución de los sentenciados.

Dicho análisis es incongruente si se considera que para los efectos de la consumación del delito de peculado es irrelevante que el sujeto haya realizado la devolución de los caudales o efectos, ya que se establece que el tipo penal se consume con la sola incorporación de los fondos públicos dentro de la esfera privada del agente activo; en consecuencia, en el supuesto de devolución de lo otorgado en exceso, sería un argumento irrelevante, porque el tipo penal se materializó.

Recurso de Casación N.° 146-2020-Cusco del 24 de junio de 2021: tenemos el caso de un alcalde de la Municipalidad Distrital de Huanquite, quien cobró remuneraciones de modo excesivo durante el periodo de tres años, aproximadamente, transgrediendo el Decreto Supremo N.° 025-2007 PCM. Se desprende del análisis de la Sala Suprema que para que se configure el delito de exacción ilegal:

(...) el engaño que constituye abuso del cargo por arbitrariedad implícita debe estar dirigido a los funcionarios encargados del pago; por lo mismo, debe centrarse (...) en invocar resoluciones y acuerdos falsos o normas legales inexistentes. Lo que importa para la configuración de este delito es la verificación del incumplimiento expreso de las formalidades previas.

En ese sentido, la no aplicación de leyes de presupuesto implica una infracción administrativa, pero no necesariamente un delito. Por ello, se resolvió absolver a los acusados del delito de exacción ilegal.

V. TOMA DE POSTURA RESPECTO DE LOS INCREMENTOS REMUNERATIVOS AISLADOS A UNA ADECUADA GESTIÓN FISCAL DE LOS RECURSOS HUMANOS, ¿CONFIGURAN DELITO DE PECULADO, EXACCIÓN ILEGAL O INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA?

Hemos analizado diversos pronunciamientos de la Corte Suprema con el fin de proporcionar una posible solución a un problema concreto sobre tipificación de los incrementos remunerativos aislados a los lineamientos establecidos por la gestión fiscal de los recursos humanos.

Al respecto, los pronunciamientos de la Corte Suprema se encuentran divididos, y admiten que los incrementos remunerativos irregulares puedan ser sancionados bajo el delito de peculado, exacción ilegal o como infracción administrativa.

Sin perjuicio de los matices de cada caso concreto, a continuación exponemos nuestra postura.

En un supuesto en el que el funcionario o servidor público disponga el pago irregular de remuneraciones en beneficio de terceros, que en realidad no les corresponde, nos encontraríamos ante el delito de exacción ilegal. En efecto, no se trata de que el funcionario o servidor utilice la intimidación, sino que nos encontramos ante medios engañosos o fraudulentos que han generado un beneficio irregular. Por ejemplo, en el marco de una ejecución de sentencia en el cual una asociación de pensionistas solicita la nivelación de pensión de sus afiliados, en el supuesto de que el funcionario o servidor al momento de realizar el llenado de las planillas y disponga los pagos, en caso se extralimite y otorgue la nivelación de pensiones fuera de los periodos que enmarca la sentencia, nos encontraremos ante un claro ejemplo de abuso de cargo, que dispone la entrega de un pago irregular no reconocido en ninguna base legal.

En el caso específico de incrementos remunerativos, por ejemplo, cuando existen acuerdos de consejo que disponen irregularmente el incremento de remuneraciones de sus miembros, nos encontramos ante el delito de exacción ilegal respecto del funcionario o servidor público que, abusando de su cargo e infringiendo los deberes de cuidado, realiza las acciones necesarias para la entrega de beneficios que según las leyes de presupuesto y los lineamientos de la DGGFRH no le corresponden, como, por ejemplo, el llenado de planillas o boletas, lo que genera el otorgamiento irregular de un beneficio no autorizado. Es más, también responderían penalmente todos aquellos funcionarios y servidores públicos que otorgaron el visto bueno a dichas boletas, planillas o resoluciones que hicieron efectiva la entrega del incremento remunerativo. La razón es muy simple: en el Manual de Organización y Funciones o el Reglamento de Organización y Funciones, encontraremos gerencias, subgerencias, direcciones o unidades orgánicas en las que, como parte de sus atribuciones, se encuentre “la administración de los fondos públicos”; por lo tanto, son los directamente responsables del buen manejo de estos.

Claro está que, al colocarnos en la posición de cada uno de los funcionarios y servidores, podríamos llegar a la conclusión de que puede existir desconocimiento respecto de si la norma faculta o no el otorgamiento de incrementos remunerativos, y que puede existir una infracción mas no el dolo de entregar irregularmente pagos a terceros; sin embargo, trayendo a colación

el principio de confianza al que hemos hecho referencia en este caso, se pretende que los funcionarios y servidores realicen su labor de manera óptima en la búsqueda de soluciones dentro del marco normativo, por lo que en caso de dudas o cuestionamientos se deben absolver los mismos a través de las unidades orgánicas o direcciones competentes para emitir pronunciamiento. Esto es así porque lo irregular no son los incrementos remunerativos si ellos se condicen respetando el presupuesto público y los procedimientos adecuados para su aprobación; lo sancionable es la utilización de mecanismos irregulares para valerse de beneficios que no les corresponden a funcionarios y servidores, más aún cuando recae en ellos la protección de estos.

Sin embargo, sobre los incrementos remunerativos encontramos una situación particular: aquellos casos en los cuales los beneficiados son los propios funcionarios o servidores públicos de cada entidad. Al respecto, el contexto cambia porque no nos encontramos ante un caso de entrega de dinero a favor de terceros, como en el ejemplo de la Asociación de Pensionistas que solicitó los pagos en mérito de una sentencia firme, sino ante el quebrantamiento de los deberes de cuidado y protección materializados por los propios integrantes de la institución.

En dicho caso, el abanico de posibilidades se amplía, porque ya no solo nos encontramos ante la entrega de bienes a favor de terceros, sino que la propia irregularidad se determina dentro de la institución. Ante este supuesto, cabe la posibilidad de subsunción respecto del delito de peculado, porque se están lesionando los intereses patrimoniales de la administración pública, y porque el funcionario o servidor, a través de la aprobación de resoluciones, directivas o similares, abusa de su poder a efectos de obtener una ventaja particular respecto de los fondos del Estado, lesionando los principios por los cuales se debe dirigir su desempeño, vale decir, los deberes funcionales de lealtad y probidad.

Cabe precisar que cada uno de los funcionarios y servidores que se apropia de caudales o efectos del Estado responde por el quebrantamiento de su deber especial de no lesividad respecto del patrimonio público, ya que es poco probable que cada uno de los sujetos implicados llegue a un acuerdo a efectos de vulnerar las arcas del Estado.

En ese sentido, aunque por el principio de especialidad en un primer momento el incremento remunerativo nos dirige hacia la posibilidad de sanción penal

por el delito de exacción ilegal —ya que el tipo penal hace referencia expresa a la entrega de emolumentos mediante el abuso del cargo del funcionario o servidor—, no se puede dejar de lado la protección íntegra de los bienes jurídicos patrimoniales y de los deberes funcionales, con lo cual no se debe descartar la posibilidad de imputación penal por el delito de peculado.

No coincidimos con lo señalado por la Sala Suprema respecto de que los incrementos remunerativos irregulares corresponden solo a una infracción administrativa, por vulneración a las normas sobre presupuesto público, ya que, tal como hemos expuesto en ese artículo, el presupuesto se encuentra constitucionalmente reconocido y, por ello, es necesaria su protección desde todo nivel jerárquico.

Por lo expuesto, dependerá del caso concreto determinar si los incrementos remunerativos irregulares son pasibles de sanción penal por el delito de peculado o exacción ilegal; sin embargo, no se debe descartar la posibilidad de inicio de un proceso administrativo disciplinario respecto de los sujetos de todos los niveles jerárquicos involucrados en el otorgamiento irregular de fondos públicos, ya que, conforme con el artículo 264 del TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General, existe autonomía respecto de las responsabilidades civiles, administrativas y penales. Esto es así porque, mientras el derecho penal tiene como fin primordial “(...) el mantenimiento de la paz y seguridad jurídica mediante la protección de los valores básicos de la convivencia en la comunidad”, en el derecho administrativo disciplinario se busca sancionar las inconductas de los funcionarios y servidores que transgredieron los principios administrativos que rigen su actuación respecto de la entidad pública.

REFERENCIAS

- Acuerdo Plenario N.º 4-2005/CJ-116, del 30 de septiembre de 2005, sobre definición y estructura típica del delito de peculado.
- Adjuntía de Lucha contra la Corrupción, Transparencia y Eficiencia del Estado. (2022). *Mapas de la corrupción*. 5.ª edición (defensoria.gob.pe). Boletín “Mapas de la corrupción: Quinta edición, Comisiones regionales anticorrupción y datos de corrupción”.
- Alafaro, L. M. R. (2009). *Delitos contra la administración pública*. Jurista Editores.
- Álvarez, J. B. H. (2006). *El delito de peculado*. Gaceta Jurídica.
- Aparicio, M. F. (2011). *Delitos contra la administración pública*. 4.ª edición. Editora FECAT.
- Casación N.º 1527-2018-Tacna, del 5 de marzo de 2020, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema, sobre vinculación funcional y fundamentación fáctica del tipo penal de peculado.
- Casación N.º 694-2020-Huancavelica, del 21 de junio de 2022, emitida por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República, sobre el delito de peculado: la condena del absuelto y el principio de confianza en los delitos contra la administración pública en que exista posición de garante.
- Casación N.º 977-2016-Cusco, del 20 de abril de 2017, emitida por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema, sobre el delito de exacción ilegal.
- Chinchayán, R. H. V. (2020). Bien jurídico, corrupción pública, abuso, gestión y oportunidad en los delitos contra la administración pública en el Perú. *Revista de Derecho*, 22(2).
- Document, R. C., Pachas, D. T. y Cieza, M. G. (2020). *Claves para reconocer los principales delitos de corrupción*. 1.ª edición. PUCP.
- El delito de peculado en la jurisprudencia penal suprema. Diálogo con la jurisprudencia. *Gaceta Jurídica*, 27(284).
- García Caveró, P. (2016). El principio del *ne bis in ídem*: material en caso de concurrencia de pena y sanción administrativa. *Política criminal*, 11(21).
- Gutiérrez, I. C. (2017). *Régimen de presupuesto público explicado*. 1.ª edición. Gaceta Jurídica.

Informe de Control Específico N.° 009-2021-2-0710-SCRE, del 7 de diciembre de 2021, emitido por la Gerencia Regional de Arequipa, sobre incrementos remunerativos a favor del personal del régimen laboral del Decreto Legislativo N.° 276 en la UGEL Islay.

Jescheck, H. H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal, parte general*. Volumen I. Traducción de Miguel Olmedo Ardenete. 1.ª edición. Instituto Pacífico.

Ministerio de Economía y Finanzas del Perú. (2022). *Guía de orientación al ciudadano del presupuesto público 2022*.

Montoya Vivanco, Y., Chanjan Documet, R., Novoa Curich, Y., Rodríguez Vásquez, J. y Quispe Farfán, F. (2013). *Manual de capacitación para operadores de justicia en delitos contra la administración pública*. IDEHPUCP.

Paiva, E. A. V. y Ravines, C. A. C. (2022). *Delitos de corrupción de funcionarios: su imputación y prueba en el proceso penal*. 1.ª edición. Gaceta Jurídica.

Ramos, D.M.C. (2019). *Infracciones administrativas elevadas a la categoría de delito. ¿La no rendición de cuentas de viáticos justifica una sanción penal por peculado?: problemas derivados con la entrega de viáticos*. (Tesis para optar el grado de Magíster, Pontificia Universidad Católica del Perú).

Rojas, H. F. R. (2015). *Fundamentos del derecho administrativo sancionador*. Instituto Pacífico – Actualidad Gubernamental.

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N.° 004-2004-CC/TC. Lima, 31 de diciembre de 2004.

Siccha, R. S. (2011). *Delitos contra la administración pública*. 2.ª edición. Grijley.

Vargas, F. R. (2012). *Código Penal: dos décadas de jurisprudencia*. Tomo III. Ara Editores.

DELITOS ADUANEROS Y TRIBUTARIOS

REFLEXIONES SOBRE EL DELITO ADUANERO

Héctor A. Castillo Figueroa

205

Sumario

I. Introducción. II. La relación jurídica aduanera. III. Los ilícitos aduaneros.
Referencias

I. INTRODUCCIÓN

Este análisis intenta proponer algunas reflexiones sobre el delito aduanero, empezando por identificar la relación jurídica obligatoria que establece el marco normativo aduanero y cuyo incumplimiento sustenta la configuración del ilícito aduanero para, posteriormente, identificar a plenitud el delito aduanero, su naturaleza jurídica y el bien jurídico protegido. Finalmente, nos referiremos a cada uno de los tipos penales que se incluyen en la categoría de delito aduanero.

El estudio propuesto resulta interesante y necesario, toda vez que se pretende dar una visión acerca de cómo entender el delito aduanero y, fundamentalmente, estandarizar el bien jurídico penal protegido en este delito y, por ende, para cada

uno de los tipos penales que son su expresión normativa. Se trata, con esto, de lograr un acercamiento para sentar las bases de una teoría del delito aduanero.

II. LA RELACIÓN JURÍDICA ADUANERA

1. Definición

Antes de abordar el tema de la relación jurídica aduanera, consideramos pertinente referirnos al concepto de relación jurídica, que ha sido graficado por Diez Picazo y Gullón (1994), quienes la consideran como un cauce o instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social. Es en mérito a esta consideración que la definen como “la situación en la que se encuentran dos o más personas, que aparece regulada como una unidad por el ordenamiento jurídico, organizándola con arreglo a determinados principios, y que la considera, además, como un cauce idóneo para la realización de una función merecedora de tutela jurídica” (p. 216).

En relación con lo expresado sobre la relación jurídica, Escobar Rosas, en su artículo “Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva” (2010), señala que:

- La relación jurídica es un vínculo que une términos homogéneos y heterogéneos.
- La relación jurídica intersubjetiva es aquella que, por “conectar” situaciones jurídicas subjetivas, surge únicamente entre personas (sujetos de derecho).
- Las situaciones jurídicas subjetivas a las cuales la relación jurídica intersubjetiva conecta son de distinta clase (el binomio “derecho-deber”).
- La relación jurídica intersubjetiva puede ser “abstracta” o “concreta”. Es “abstracta” cuando su función consiste en impedir la perturbación de la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce; y es “concreta”, en cambio, cuando su función consiste en lograr la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce. La relación “abstracta” (o de protección) vincula al titular de la situación de goce con todos los terceros que estén en condiciones de perturbar la satisfacción del interés presupuesto por ella. La relación “concreta” (o de satisfacción), por su parte, vincula al titular de la situación de goce con el que coopera para que se produzca la satisfacción del interés presupuesto por ella.

- La relación jurídica intersubjetiva no tiene uno sino dos objetos, que son aquellas situaciones jurídicas subjetivas que conecta. (p. 30)

Teniendo en cuenta los conceptos antes señalados, es evidente que la relación jurídica aduanera se enmarca en los alcances de la relación jurídica, razón por la cual se puede identificar en su estructura la existencia de acciones de cooperación pero que implican la presencia de derechos y deberes (obligaciones), en virtud de las cuales se tiene la facultad de exigir el cumplimiento y el deber de cumplir lo que se exige.

En atención a lo expresado, podemos definir la relación jurídica aduanera como la relación jurídica que se establece entre el Estado y las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que realizan actividades de comercio exterior que impliquen el ingreso, permanencia y salida de mercancías hacia y desde el territorio nacional. Además, este concepto es ratificado en el artículo 1 de la Ley General de Aduanas.

Es decir, la relación jurídica aduanera establece un vínculo jurídico de naturaleza tanto homogénea como heterogénea. La primera de ellas se materializará en atención a que el derecho de uno está en función del deber del otro, pero este último debe contar con la cooperación de quien ostenta el derecho para que se cumpla con la satisfacción de este. Es además heterogénea, porque enfrenta un derecho a un deber debidamente conectados.

Resulta preciso señalar también que la relación jurídica aduanera es intersubjetiva, pues vincula situaciones jurídicas entre personas de derecho a través de la conexión derecho-deber y tiene una condición concreta y abstracta. En el primer caso, busca la satisfacción de un deber específico con respecto a una persona determinada, y en el segundo, de condición abstracta, se orienta a que dicho deber se extienda a todas las demás personas que de una u otra forma tienen acercamiento a la relación jurídica aduanera.

Es así evidente que la relación jurídica aduanera solo va a surgir en el marco de una acción de comercio exterior. En ese sentido, toda otra relación que asuma el Estado, representado por la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) con otras entidades del Estado, así como con personas naturales o jurídicas, que no esté en dicho contexto, no será considerada como una relación jurídica aduanera.

2. Sujetos

La relación jurídica aduanera, dada su calidad intersubjetiva, solamente podrá constituirse entre personas naturales o jurídicas, esto es, entre el Estado, representado por la SUNAT, y los operadores de comercio exterior, operadores intervinientes y terceros, conforme están precisados en la Ley General de Aduanas.

El Estado (la SUNAT) asume la calidad de acreedor en la relación jurídica aduanera, entidad pública que puede ser definida como el organismo técnico especializado, adscrito al Ministerio de Economía y Finanzas, que cuenta con personería jurídica de derecho público, con patrimonio propio, y goza de autonomía funcional, técnica, económica, financiera, presupuestal y administrativa, y tiene como finalidad, en su ámbito estrictamente aduanero, la inspección y el control del cumplimiento de la política aduanera en el territorio nacional y del tráfico internacional de mercancías, personas y medios de transporte. Es su función facilitar las actividades aduaneras de comercio exterior y asegurar la correcta aplicación de los tratados y convenios internacionales y demás normas que rigen la materia, así como combatir los delitos aduaneros de acuerdo con sus atribuciones.

Precisamente a la SUNAT, en el marco de la relación jurídica aduanera, le corresponde brindar el denominado “servicio aduanero”, que puede ser definido como la actividad que ejerce la SUNAT (Aduanas) por sí misma o delegando, previa autorización, a particulares para asegurar y facilitar el comercio exterior y contribuir al desarrollo nacional y a velar por el control aduanero y el interés fiscal, aspecto con el cual se ratifica el carácter de homogeneidad que ostenta la relación jurídica aduanera.

Los otros sujetos participantes en la relación jurídica aduanera, conforme ya lo hemos indicado, son el operador de comercio exterior, el operador interviniente y el tercero, los cuales son definidos en la Ley General de Aduanas. En cuanto al primero —el operador de comercio exterior—, es toda aquella persona natural o jurídica que está vinculada directa o indirectamente en la internación o extracción de mercancías del territorio nacional. Otra forma de definir a los operadores de comercio exterior es como toda aquella persona natural o jurídica que interactúa informática y operativamente con la administración aduanera, cuya responsabilidad es garantizar la seguridad de los procesos u operaciones que se realicen en actividades de comercio exterior. Por su parte, el operador interviniente se puede definir como toda aquella persona natural o jurídica que

interviene en un trámite o régimen aduanero, así como en una operación relacionada con ellos pero que no tiene la calidad de operador de comercio exterior. Finalmente, el tercero es aquella persona que está vinculada a la operatividad aduanera o a otra operación relacionada con esta, pero que no califica como operador de comercio exterior ni como operador interviniente.

En conclusión, se puede señalar que, a pesar de existir diferencias entre el operador de comercio exterior, el operador interviniente y el tercero, todas estas personas tienen un denominador común: desarrollar de manera directa o indirecta acciones vinculadas al comercio exterior (ingreso o salida de mercancías del territorio nacional), accionar que debe ser implementado con plena sujeción y sometimiento al control aduanero.

3. Las obligaciones en la relación jurídica aduanera

Conforme hemos señalado al referirnos a la relación jurídica aduanera, si bien esta implica una actividad de cooperación entre las personas que la generan, es evidente que en su estructura y en la vinculación que forja surgen derechos y obligaciones, siendo las obligaciones las relevantes para efectos de este análisis.

La obligación puede ser definida, al decir de Diez Picazo y Gullón (1994), como el vínculo jurídico que enmarca una situación bipolar que se encuentra formada, por un lado, por la posición de una persona llamada deudor, y, por otro, por la posición de otra persona distinta llamada acreedor. El acreedor es el titular de un derecho que le faculta para exigir frente al deudor lo que por este es debido (prestación). Al mismo tiempo, como medida complementaria, el acreedor se ve investido de la posibilidad, en caso de incumplimiento, de proceder contra el deudor, así como de una serie de facultades para la defensa de sus intereses. La segunda faceta es la posición del deudor, que es el sujeto de un deber jurídico que le impone la observancia del comportamiento debido y le sitúa en el trance de soportar, en otro caso, la consecuencia de su falta.

En atención a lo recién dicho, es evidente que la obligación debe ser entendida como el vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto llamado deudor queda vinculado jurídicamente respecto de otro sujeto llamado acreedor a realizar una conducta que puede consistir en un dar, hacer o no hacer. Es en este contexto que entre las diversas clases de obligaciones que reconoce la doctrina, consideramos relevante citar la que clasifica a la obligación en sustancial y formal: la

primera es aquella que impone el cumplimiento de una prestación principal, y la segunda está referida al procedimiento o acciones que deben desarrollarse para lograr el cumplimiento de la obligación sustancial.

Es en esa línea que se debe considerar las obligaciones que emergen de la relación jurídica aduanera; precisamente, esta reconoce la existencia de obligaciones sustanciales y obligaciones formales. Las obligaciones sustanciales son la obligación aduanera, la obligación tributaria aduanera y la obligación de comercio lícito, y contienen prestaciones principales que deben ser cumplidas por los operadores de comercio. A su vez, las obligaciones formales son las contenidas en los procedimientos y trámites que contempla la legislación aduanera y que deben ser realizadas para posibilitar el cumplimiento de las obligaciones sustanciales.

Como ya se ha mencionado, la relación jurídica aduanera vincula al Estado (SUNAT) y a los operadores de comercio exterior, operadores intervinientes y terceros. A esta relación se le reconoce un contenido obligatorio impuesto por la ley y que está referido fundamentalmente a los operadores antes señalados y compuesto por obligaciones sustanciales (obligación aduanera, obligación tributaria aduanera y obligación de comercio lícito) y obligaciones formales.

3.1. Obligaciones sustanciales

3.1.1. La obligación aduanera

Desde nuestro punto de vista, esta es la obligación sustancial más relevante que contempla la legislación aduanera, dado que es la primera gran obligación que es exigida a los operadores en actividades de comercio exterior que impliquen el ingreso o salida de mercancías del territorio nacional.

Lo dicho anteriormente se evidencia con meridiana claridad si se revisa la Ley General de Aduanas, que, si bien no contiene una definición de la obligación aduanera, sí hace referencia a ella cuando establece normatividad precisa sobre los lugares por los cuales debe ingresarse o extraerse mercancía del territorio nacional, sobre las formalidades que se deben cumplir para tales acciones, sobre la información que debe transmitirse y los procedimientos que se deben desarrollar para tal efecto.

Si bien la Ley General de Aduanas, conforme se ha indicado, no contiene una definición de la obligación aduanera, sí deja sentada su presencia a lo largo de la regulación que hace respecto de las acciones que se implementan para internar o extraer mercancías del territorio nacional, acciones que por lo demás se consolidan al momento de la presentación de la Declaración Aduanera de Mercancías, documento en el cual la persona pone de manifiesto (informa) qué mercancía está internando o extrayendo del territorio nacional, así como precisando a qué régimen aduanero sujetará la mercancía, debiendo para este efecto suministrar la información necesaria para la identificación de la mercancía objeto de la actividad de comercio exterior.

En atención a lo dicho, se puede definir a la obligación aduanera como el vínculo jurídico entre el Estado y el operador de comercio, que implica el cumplimiento de una prestación de hacer por parte del operador de comercio a favor del Estado, siendo la prestación el comunicar e identificar qué mercancías son ingresadas o extraídas del territorio nacional del Estado.

El concepto de obligación aduanera que hemos propuesto es asumido en la parte introductoria del Convenio de Kyoto, en cuanto se infiere que las formalidades aduaneras imponen obligaciones a las personas relacionadas con las mercancías. Dicha persona es generalmente el propietario de las mercancías, un tercero designado por el propietario o el transportista de las mercancías, dependiendo de la formalidad a ser cumplida. En general, las obligaciones consisten en la presentación de las mercancías y el medio de transporte ante la Aduana, tan pronto como sea posible, esto es, se presenta la declaración de mercancías junto con los documentos de respaldo solicitados.

Finalmente, consideramos necesario precisar que la obligación aduanera no puede ni debe confundirse con la obligación tributaria aduanera, toda vez que la primera es primigenia y su cumplimiento determina la posibilidad de que pueda surgir la obligación tributaria aduanera; *contrario sensu*, si la obligación aduanera no se cumple, en modo alguno podrá nacer la obligación tributaria aduanera.

3.1.2. La obligación tributaria aduanera

Conforme ya indicamos, la obligación tributaria aduanera, si bien es cierto ostenta mayor regulación de la Ley General de Aduanas, también es dependiente,

en el entendido de que su nacimiento requiere necesariamente del cumplimiento de la obligación aduanera.

La obligación tributaria aduanera constituye el vínculo jurídico entre el Estado y el operador de comercio, que implica el cumplimiento de una obligación de dar, esto es, el pago de los tributos que gravan la internación de mercancías en el territorio nacional, internación de mercancías que, conforme a la legislación aduanera, debe configurar el régimen aduanero de importación para el consumo. O, como expresa Cosío Jara (2014), “la obligación tributaria aduanera es una obligación de dar que conforme a ley se presenta —*stricto sensu*— en el régimen de importación para consumo...” (p. 590).

Por su parte, la Ley General de Aduanas señala que en la obligación tributaria aduanera interviene como sujeto activo, en su calidad de acreedor tributario, el Gobierno Central; precisa, además, que los sujetos pasivos de dicha obligación son los contribuyentes y responsables, y especifica que el contribuyente es el dueño de la mercancía.

Conforme deja ver la definición propuesta, la obligación tributaria aduanera es una forma de manifestación específica de la obligación tributaria, dado que esta última, al ser definida como el vínculo jurídico en virtud del cual un sujeto denominado deudor debe a otro (acreedor) que actúa ejerciendo poder tributario, sumas de dinero o cantidad de cosas determinada por la ley, es perfectamente aplicable al concepto de obligación tributaria aduanera, dado que en ella existe un sujeto pasivo o deudor, que es el operador de comercio y, del otro lado, el Estado o Gobierno Central, como señala la Ley General de Aduanas, como acreedor. Así, el primero de los nombrados debe dar una suma de dinero (tributo) al segundo con el fin de tener la posibilidad de internar mercancías en el territorio del Estado acreedor.

Resumiendo, la obligación tributaria aduanera puede ser considerada como una expresión de la obligación tributaria, pero limitada a una operación económica específica, esto es, al internamiento de mercancías extranjeras en el territorio nacional, y siempre que estas sean introducidas para ser consumidas en el territorio nacional.

3.1.3. Obligación de comercio lícito

Otra de las obligaciones centrales que emergen como consecuencia de la verificación de la relación jurídica aduanera es el compromiso que asumen los operadores de comercio de proveer al mercado nacional de mercancías extranjeras lícitamente internadas en el territorio nacional, esto es, mercancías internadas para su circulación o comercialización en el territorio nacional, pero con plena observancia y cumplimiento de la obligación aduanera y la obligación tributaria aduanera.

3.2. Obligaciones formales

En principio, señalaremos que las obligaciones formales son aquellas que no son sustanciales, pero posibilitan el cumplimiento de estas; es decir, se constituyen como todo el conjunto de acciones que desarrollan o que deben desarrollar los operadores de comercio exterior y operadores intervinientes y que de manera directa o indirecta están orientadas a lograr cumplimiento de las obligaciones sustanciales. Las obligaciones formales están previstas en la Ley General de Aduanas y en las demás normas complementarias.

213

3.2.1. El incumplimiento obligacional en la relación jurídica aduanera

Para abordar este tema, en principio es necesario referirse al concepto y naturaleza del derecho aduanero como la disciplina jurídica que le da contenido a la legislación aduanera. En ese sentido, a criterio de Basaldúa (1992), el derecho aduanero es el conjunto de normas concernientes a la importación y exportación de mercaderías, cuya aplicación se encomienda a la Aduana, para lo cual se regula su estructura y sus funciones; se determinan los regímenes a los cuales debe someterse la mercadería que se importa o exporta, y se establecen diversas normas referidas a los tributos aduaneros, a los ilícitos aduaneros y a los procedimientos y recursos ante las aduanas.

Otra definición del derecho aduanero es la proporcionada por Rohde (citado por Cosío Jara (2014) cuando señala que es el conjunto de instituciones y principios que se manifiestan en normas jurídicas que regulan la actividad aduanera del Estado, las relaciones entre el Estado y los particulares que intervienen en dicha actividad, la infracción de estas normas, sus correspondientes sanciones y los medios de defensa de los particulares frente al Estado. Por su parte, Cosío Jara

(2014) define el derecho aduanero como el conjunto de normas que regulan el tráfico internacional de mercancías buscando asegurar y facilitar el comercio exterior.

De las definiciones propuestas se advierte que, cada una a su estilo, reconoce el ámbito de estudio del derecho aduanero; sin embargo, consideramos más acertada la propuesta por Rohde, quien circunscribe el ámbito de estudio del derecho aduanero, sin dejarse seducir por la extensión del comercio internacional, a la actividad aduanera del Estado, es decir, a la actividad que ejerce el Estado en el marco del comercio internacional, pero circunscrita al ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional; siendo además este su ámbito de regulación, que está contenido en la legislación aduanera, orientada a facilitar el comercio exterior, velar por el control aduanero y el interés fiscal.

Así mismo, cabe precisar, utilizando la clásica división del derecho en derecho público y privado, que el derecho aduanero es una rama del derecho público, dado que existe una subordinación de los particulares frente al Estado, lo que se evidencia en el carácter imperativo de las normas del derecho aduanero; esto es, se trata de normas imperiosas y de observancia obligatoria. Pero como en todo dispositivo legal de derecho público existe un porcentaje de normas cuya forma de cumplimiento es dejada a la discrecionalidad de las personas que deben cumplirla, el mayor porcentaje de las normas que contempla la legislación aduanera es de cumplimiento obligatorio, esto es, no existe la posibilidad de ejercer un cumplimiento de dicha normatividad al margen de la forma y condiciones que esta ha establecido.

De lo recién expresado se advierte que una de las exigencias en el cumplimiento de las normas que regulan el derecho aduanero —llámese Ley General de Aduanas, su Reglamento y normas complementarias— es que su observancia es obligatoria, específicamente cuando las acciones que se desarrollan están ligadas a los procedimientos aduaneros que contempla esta legislación, de tal forma que su no observancia no solamente invalidará la acción procedimental que se está efectuando, sino que además puede conducir a que el hecho sea calificado como ilícito, entendiendo este término en su acepción más amplia.

Para comprender a cabalidad lo recién indicado, es conveniente recordar que en la relación jurídica aduanera, que es materia de la regulación en la legislación aduanera, emergen obligaciones sustanciales y formales, de tal manera que el

cumplimiento de las normas imperativas que conforman la legislación aduanera está orientado a lograr la consecución de las obligaciones de la relación jurídica aduanera, es decir, las obligaciones sustanciales (obligación aduanera, obligación tributaria aduanera y obligación de comercio lícito), así como las obligaciones formales. Resulta evidente, entonces, que el incumplimiento de las normas aduaneras implica un incumplimiento de las obligaciones que emergen en la relación jurídica aduanera.

III. LOS ILÍCITOS ADUANEROS

1. Concepto

Para abordar este tema, en principio se debe reafirmar que la relación jurídica aduanera genera, conforme ya se ha señalado, obligaciones sustanciales y formales, las cuales se encuentran reguladas por las normas que rigen el derecho aduanero.

En atención a lo antes señalado, se advierte que la configuración de un ilícito aduanero obedece al incumplimiento de las normas imperativas que regulan el derecho aduanero, es decir, la normatividad que regula el cumplimiento de las obligaciones sustanciales formales que genera la relación jurídica aduanera.

De ahí que el ilícito aduanero tenga como causa, en principio, el incumplimiento de la normatividad aduanera, que implica necesariamente el incumplimiento del marco obligacional impuesto por la relación jurídica aduanera.

En tal virtud, podemos definir el ilícito aduanero, en términos de la Organización Mundial de Aduanas (OMA), como cualquier infracción o delito contra estatutos o disposiciones regulativas en que Aduanas sea responsable de asegurar su cumplimiento. El *Glosario de términos aduaneros y de comercio exterior del Estado Plurinacional de Bolivia* señala que el ilícito aduanero es todo acto u omisión mediante los cuales se infringe la legislación aduanera en operaciones aduaneras y de comercio exterior. Así mismo, parafraseando el texto del Código Tributario, se puede definir el ilícito aduanero como toda acción u omisión que importe la violación de normas aduaneras, siempre que se encuentren tipificadas en la ley.

El ilícito aduanero comprende, así, toda clase de violación o incumplimiento de las disposiciones legales que tienen relación con el derecho aduanero, lo que implica la vulneración de las obligaciones sustanciales y formales que genera la relación jurídica aduanera y que son precisamente materia de regulación por la normativa aduanera.

Los ilícitos aduaneros se encuentran regulados en la Ley General de Aduanas y en la Ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros. La primera de estas normas legales regula las infracciones administrativas aduaneras, y la Ley N.º 28008 contempla las infracciones administrativas vinculadas al delito aduanero y, propiamente, los delitos aduaneros.

2. Diferencia entre infracción administrativa aduanera, infracción administrativa vinculada al delito aduanero y delito aduanero

Conforme hemos indicado, el concepto de ilícito aduanero abarca tanto las infracciones administrativas aduaneras, las infracciones administrativas vinculadas al delito aduanero y el delito aduanero; sin embargo, es necesario aclarar que cada uno de estos ilícitos tiene un marco conceptual definido que permite establecer su clara diferenciación.

2.1. Infracciones administrativas aduaneras

En términos del Convenio de Kyoto (1973), la infracción administrativa aduanera es toda acción u omisión que importe una violación de la legislación aduanera. Si nos atenemos a la definición antes señalada y nos sujetamos a la normatividad aduanera existente, podríamos señalar que la infracción administrativa aduanera es la prevista en la Ley General de Aduanas, y que se configura cuando se vulneran las obligaciones que contempla la precitada legislación.

Para empezar, es necesario señalar que las infracciones administrativas aduaneras se sujetan al principio de legalidad, es decir que para que un comportamiento sea calificado como infracción administrativa aduanera debe estar previamente previsto como tal en una norma legal. Además, se precisa que no cabe calificar un comportamiento como infracción por interpretación extensiva o analógica.

Otro aspecto relevante de la infracción administrativa aduanera es que es determinada de manera objetiva, es decir, que la infracción se califica solamente

por la vulneración de normatividad aduanera, sin considerar, para efectos de la tipificación del hecho, el aspecto subjetivo con el cual hubiera intervenido el infractor. Sin embargo, esto no significa que, de existir indicios razonables que evidencien una conducta dolosa y esta esté orientada a vulnerar una obligación sustancial de la relación jurídica aduanera, el hecho pueda ser calificado como delito.

Del mismo modo, se debe precisar que la infracción administrativa aduanera ha sido tipificada en atención al infractor; por ello, existe en la Ley General de Aduanas una infracción para el operador de comercio exterior, otra para el operador interviniente y otra para los terceros. Aun así, un denominador común es que las infracciones tipificadas tienen como sustento la vulneración de obligaciones formales y la afectación de alguno de los elementos de las obligaciones sustanciales.

Sin perjuicio de lo antes señalado, surge una situación específica en la Ley General de Aduanas, y que se refiere precisamente a la regulación de la sanción de comiso; es decir, aquí se rompe la técnica legislativa desarrollada en la parte de infracciones de la Ley General de Aduanas, dado que se abandona la técnica de identificar al operador, sea de comercio exterior, interviniente o tercero para, luego, definir los comportamientos que deben ser considerados como infracción, para pasar a identificar la sanción (comiso) y, después, determinar las situaciones de hecho que justificarían su imposición. Lo más relevante es que los supuestos de hecho que contempla la aplicación de esa sanción están referidos a la vulneración de obligaciones sustanciales y formales de la relación jurídica aduanera.

2.2. Infracciones administrativas vinculadas al delito aduanero

Son las que están reguladas en la Ley N.º 28008, y pueden ser definidas como aquellos comportamientos que, a pesar de contener los elementos típicos del delito aduanero, son investigados y reprimidos en instancia administrativa, debido a que las mercancías, objeto material del evento ilícito, tienen un valor inferior al fijado por la ley para ser considerado este hecho como delito.

Como se puede apreciar de la definición propuesta y del texto normativo de la Ley N.º 28008, es evidente que este tipo de comportamiento es asumido como infracción únicamente atendiendo al valor de las mercancías, objeto material

del evento ilícito, pero los comportamientos tipificados como infracción son los mismos que están considerados en la legislación como delito de contrabando, receptación aduanera y tráfico de mercancías prohibidas y restringidas; considerándose últimamente también al delito de defraudación de rentas de aduana, situación normativa prevista en el Decreto Legislativo N° 1542 (aun no vigente) en cuanto modifica el artículo 33 de la Ley 28008.

En términos del Código Penal, se podría señalar que las infracciones administrativas vinculadas al delito aduanero toman la calidad de faltas, esto es, un comportamiento que transgrede la normatividad establecida y que afecta un bien jurídico protegido, pero que, por su escasa lesividad, no puede ser considerado como delito.

De ahí que sea necesario precisar que la infracción administrativa vinculada al delito aduanero prevista en la Ley N.° 28008 debe cumplir estrictamente con todos y cada uno de los elementos constitutivos de los delitos de contrabando, receptación aduanera y tráfico de mercancías prohibidas y restringidas, últimamente también considerada el delito de defraudación de rentas de aduanas (Decreto Legislativo N° 1542 aun no vigente). La única diferencia entre esta infracción administrativa y los delitos ante señalados, como ya lo expresamos, es su mínima lesividad, esto es, la escasa magnitud del daño ocasionado con el comportamiento desarrollado, que para el caso de la infracción administrativa vinculada al delito aduanero está representado por el valor de la mercancía, objeto material del ilícito perpetrado, que no debe exceder de cuatro unidades impositivas tributarias (UIT) esto para los delitos de contrabando, tráfico de mercancías prohibidas y restringidas y receptación aduanera, mientras que para el delito de defraudación de rentas de aduana el comportamiento fraudulento debe tener una connotación económica que no supere a una unidad impositiva tributaria, según la modificatoria aun no vigente de la Ley 28008.

3. Delito aduanero

El ilícito aduanero que es reprimido penalmente en la legislación nacional es el delito aduanero, contemplado en la Ley N.° 28008 y regulado normativamente mediante la configuración de tipos penales como el contrabando, el contrabando fraccionado, la defraudación de rentas de aduana, el tráfico de mercancías prohibidas y restringidas, la receptación aduanera y el delito de financiamiento.

3.1. El delito aduanero

3.1.1. Concepto

El delito, en su concepción más amplia y técnica, es entendido como toda acción típica, antijurídica y culpable; es decir, cualquier conducta humana que sea calificada como delictiva necesariamente deberá reunir los elementos antes señalados. A decir de Mir Puig (1996), el delito puede ser considerado como un hecho penalmente antijurídico y personalmente imputable. Como se aprecia, esta definición releva el elemento de la antijuricidad y el de la culpabilidad que lo identifica como imputación. En atención a lo expuesto, es evidente que el delito aduanero se encuadra perfectamente en el marco de la definición dada y, por ende, debe reunir todos y cada uno de los elementos que son propios del delito.

Aplicando los elementos de la teoría del delito al delito aduanero, se debe entender, en principio, que el delito aduanero se configura al materializarse en la realidad un comportamiento humano, es decir, a través de la realización de una conducta desarrollada por una persona, conducta que por lo demás debe ser realizada con plena conciencia y voluntad, es decir, con intención y queriendo obtener el resultado ilícito que se pretende alcanzar. Dicho de otro modo, la conducta humana que se ejecuta, dentro de los parámetros del delito aduanero, debe ser eminentemente dolosa.

Además de ser un comportamiento doloso, ha de ser típico, es decir, que el comportamiento humano que se califica como delito aduanero, antes de su realización, debe estar contemplado en una norma penal que lo describa y le señale una determinada sanción.

Este comportamiento humano típico también debe ser antijurídico, es decir, contrario al derecho. De tal modo, este accionar no puede estar favorecido con ninguna de las causales de justificación que contempla el ordenamiento jurídico.

Y, finalmente, ese comportamiento humano típico y antijurídico debe ser culpable, esto es, imputable a una persona, y supone la reprochabilidad de este, dado que la persona no actuó de acuerdo con lo exigido por el derecho a pesar de tener la posibilidad concreta de hacerlo.

Hasta aquí hemos precisado los elementos que debe ostentar el delito aduanero, que en definitiva son los mismos elementos genéricos que debe contener cualquier comportamiento que es calificado cómo delictivo. Ahora es necesario referirnos al aspecto distintivo del delito aduanero y que hace que este sea diferente de cualquier otro comportamiento calificado como delito en la legislación penal.

Con el fin de individualizar el delito aduanero de los demás delitos contemplados en el ordenamiento jurídico penal, podemos señalar que el delito aduanero es la expresión más gravosa del ilícito aduanero. Ocurre que este, el delito aduanero, emerge como consecuencia del incumplimiento de las disposiciones legales que regulan la actividad aduanera del Estado, pero específicamente las referidas a las obligaciones sustanciales que se generan en el marco de la relación jurídica aduanera.

En este contexto, es evidente que el delito aduanero surge como consecuencia de la afectación dolosa de la normatividad aduanera regulatoria de las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera o, lo que es lo mismo, por la afectación dolosa del denominado control aduanero en cuanto este referido al cumplimiento y observancia de a las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera

En resumen, podemos concluir que el delito aduanero, como ilícito jurídico penal, tiene un contenido claramente definido, esto es, se orienta a regular y proteger el estricto cumplimiento de las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera que contempla la legislación aduanera y cuya observancia ha sido encargada a la administración aduanera, a través del ejercicio del control aduanero.

Así, pues, el delito aduanero puede ser definido como toda acción, típica, anti-jurídica y culpable que lesiona el control aduanero en cuanto exige observancia y cumplimiento de las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera.

3.1.2. Naturaleza jurídica del delito aduanero

Definido el delito aduanero, cabe ahora preguntarse cuál es su naturaleza jurídica. Para esto es necesario referirnos al concepto de derecho penal económico que, a criterio de Bajo y Bacigalupo (2001), debe ser entendido como “el conjunto

de normas jurídico-penales que protegen el orden económico” (p. 12). Se debe señalar que el orden económico que contempla esta definición puede ser entendido en un sentido estricto o amplio: si es en el primero, el orden económico se asume como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía; mientras que si la concepción es amplia, el orden económico será considerado como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Atendiendo a los conceptos de derecho penal económico y a la definición estricta y amplia del orden económico como objeto de protección de esta disciplina jurídica, es evidente que el delito económico debe responder a dichos criterios. En ese sentido, este delito económico es definido como la infracción jurídico-penal que lesiona o pone en peligro el orden económico, entendido este como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía (acepción estricta) o la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios (acepción amplia).

Teniendo en consideración ambas definiciones del delito económico, la estricta y la amplia, consideramos que el delito aduanero se enmarca en la concepción estricta del delito económico, en atención a los rasgos que individualizan al orden económico como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, lo que no es otra cosa que la actividad que realiza el Estado con la finalidad de adecuar a determinados fines la economía del mismo Estado, o como lo entiende Rodríguez Chirinos (citado por Rosenzweig Mandiáldua, 2010) al señalar que es el conjunto de actividades del Estado tendientes a establecer las condiciones y asegurar el funcionamiento del orden económico; o también considerándolo como la actividad del gobierno o de los organismos dependiente de él, encaminada a influir en los comportamientos mediante el dictado de normas que orienten o restrinjan las decisiones económicas.

Este concepto de intervencionismo estatal en la economía lo encontramos en la Ley General de Aduanas, en cuanto señala que el objeto de esta ley es regular la relación jurídica aduanera, esto es, no dejar su implementación al libre criterio de las personas que intervienen o participan en actividades de comercio exterior que impliquen el ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional, sino, por el contrario, establecer un marco normativo que debe ser observado de manera imperativa al momento de la realización de la actividad económica antes señalada.

Es esa línea, en la Ley General de Aduanas se establecen reglas expresas sobre la forma como deben cumplirse las obligaciones sustanciales que emergen de la relación jurídica aduanera, es decir, una regulación precisa respecto del ingreso, permanencia o extracción de mercancías del territorio nacional, así como el pago de tributos por el ingreso de dichas mercancías.

La normatividad aduanera es, así, una expresión de esta actividad regulatoria del Estado, que no solo se orienta a regular la actividad de comercio exterior (ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional), sino que además preceptúa la observancia obligatoria de los procedimientos a ejercerse para cumplir con las obligaciones sustanciales y formales de la relación jurídica aduanera, llegando incluso a tipificar infracciones y delitos en caso de incumplimiento de las acotadas obligaciones (delito aduanero).

De este modo, el delito aduanero se encuentra inmerso en la concepción estricta del delito económico y, por ende, orientado a proteger el orden económico entendido como la regulación del intervencionismo estatal en la economía, pero circunscrito al incumplimiento de las obligaciones sustanciales impuestas por la relación jurídica aduanera contempladas en la normatividad aduanera.

3.1.3. El bien jurídico protegido en el delito aduanero

Conforme hemos indicado, al ser el delito aduanero una expresión de la concepción estricta del delito económico, se entendería que el objeto de protección para este ilícito penal sería el orden económico comprendido como la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía; sin embargo, el orden económico, por su amplitud, no puede ser objeto de protección por un solo ilícito penal, dada la diversidad de acciones que contempla como acción regulativa que desarrolla el Estado. En ese sentido, el orden económico debe ser objeto de protección por varios tipos penales, que son aglutinados, conforme señalan Bajo y Bacigalupo (2001), en el denominado derecho penal económico, esto es, en el conjunto de normas que forman parte del derecho penal y que contemplan los tipos penales cuyo denominador común es la protección de la actividad regulatoria intervencionista del Estado en la economía, como pueden ser los delitos tributarios, delitos monetarios, blanqueo de capitales y, por supuesto, el delito aduanero, entre otros.

Dada la amplitud del concepto orden económico, es evidente que desde su concepción estricta mantiene su condición de bien jurídico, pero siempre que se entienda de manera adecuada y muy específica, como anotan Bajo y Bacigalupo (2001), esto es, que el orden económico como regulación jurídica no suele aparecer como bien jurídico, sino más bien como un interés del Estado susceptible de concreción y protección en cada figura delictiva en particular.

Entendido el orden económico como bien jurídico —es decir, considerado como objeto de protección atendiendo al interés del Estado en resguardar determinada actividad de la economía—, es evidente que, en el caso de los delitos aduaneros, este interés estatal se orientará al adecuado desarrollo de las actividades de comercio exterior referidas al ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio del Estado, situaciones que implican precisamente el nacimiento de la denominada relación jurídica aduanera.

Ahora bien: considerando al orden económico, en su concepción estricta, como bien jurídico protegido en los delitos económicos y, por ende, también asumido por el delito aduanero, pero circunscrito al adecuado desarrollo de las actividades de comercio exterior referidas al ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional, cabe preguntarse ahora cuál sería el bien jurídico protegido en el delito aduanero.

Para dilucidar la interrogante propuesta, es necesario, en principio, referirnos a lo que debe entenderse como bien jurídico penalmente protegido, conceptualizado por Zaffaroni (1998) como “la relación de disponibilidad de un individuo con un objeto, protegido por el Estado, que revela su interés mediante la tipificación penal de conductas que le afecten” (p. 475). A decir de este autor, la protección del bien jurídico protegido se circunscribe a la relación de disponibilidad del titular del bien, siendo que las conductas que prohíbe el Código Penal son aquellas que perturban o impiden la disposición de ciertos bienes.

Dicho de otro modo, el bien jurídico protegido puede ser definido como bienes o intereses que son importantes para el sistema social, o como una condición necesaria o socialmente concebida como necesaria o útil para el desarrollo de la vida de las personas y de la sociedad. Sin embargo, se debe precisar que para que un bien sea considerado jurídicamente protegido no solo debe gozar de protección extrapenal, dado que esta protección solo significará que es un bien que goza de protección legal, sino que debe estar amparado en una norma de

carácter penal que persiga su represión en caso de afectación a ese bien o interés que es materia de protección.

De ahí que sea necesario precisar, atendiendo a la concepción estricta de orden económico, cuál es el interés predominante de la actividad regulatoria del Estado en el comercio exterior. Para clarificar este tema debemos señalar que, en materia de comercio exterior, el Estado adquiere un especial interés en promover la actividad comercial, pero a su vez controlando su ejercicio específicamente en lo que respecta al ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional, lo que nos lleva a precisar que la actividad de comercio exterior asume importancia para el Estado cuando entra en relación con la actividad aduanera que desarrolla y que es materia de regulación específica por el Estado.

La actividad aduanera que regula el Estado está referida a todos aquellos actos necesarios para que se pueda materializar el ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional; o también puede ser conceptualizada como la actividad que desarrolla el Estado para controlar el tráfico internacional de mercancías y velar por que se observe el ordenamiento jurídico, conforme lo señala Vargas Acuache (2016) en su *Introducción a la actividad aduanera*.

En atención a lo señalado, se puede establecer que la regulación de la actividad aduanera está contenida en la legislación aduanera, precisamente a través de dos instituciones básicas como son la potestad aduanera y el control aduanero, que se encuentran previstas en la Ley General de Aduanas.

La potestad aduanera es la atribución o la asignación de una competencia administrativa específica y, además, otorga la facultad —es decir, la aptitud y capacidad administrativa— para controlar la actividad aduanera. En buena cuenta, la potestad aduanera es el primer paso para la concreción del orden económico, como bien jurídico protegido, dado que delimita el interés del Estado en la actividad de comercio exterior cuando esta entra en vinculación con la actividad aduanera, para lo cual el Estado define atribución y facultades para el desarrollo de una actividad administrativa orientada a regular específicamente dicha actividad.

Sin embargo, la potestad aduanera como concreción del orden económico, como bien protegido por el delito aduanero, adquiere mayor individualización si se contempla lo señalado en la definición de control aduanero, dado que este

materializa el ejercicio de la potestad aduanera; es decir, se pasa del ámbito normativo que contempla una facultad administrativa para constituirse como un conjunto acciones —se entiende desarrolladas por el Estado— con el objeto de exigir la observancia y cumplimiento de la legislación que directa o indirectamente deber ser cumplida al desarrollarse acciones de comercio exterior vinculadas con la actividad aduanera, acciones de control que permitirán identificar a la persona que infracciona la ley, la lesión que causa y la consumación del hecho en perjuicio de lo preceptuado por la legislación aduanera.

En el escenario antes detallado, el control aduanero tiene plena relevancia, dado que encierra la implementación de todas las acciones de control que desarrolla el Estado para asegurar la plena observancia de la legislación aduanera que regula la actividad aduanera realizada por los operadores de comercio exterior, operadores intervinientes y terceros. Por ende, comprende el cumplimiento de las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera que contempla el ordenamiento jurídico aduanero.

En conclusión, es evidente que el bien jurídico protegido en los delitos aduaneros es precisamente el control aduanero, que aparece como un interés concretado por el Estado y que se desprende del orden económico, entendido en su concepción estricta; interés estatal que es relevante y que asume la calidad de bien jurídico protegido, dado que centra su objetivo en la protección del control que se ejerce respecto del ingreso, permanencia y salida de mercancías del territorio nacional, así como al exigir el cumplimiento de la normatividad que regula específicamente esta acción, conforme ya lo hemos referido, en estricto en lo que respecta al cumplimiento de las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera, esto es, la obligación aduanera, la obligación tributaria aduanera y la obligación de comercio lícito.

4. El control aduanero como bien jurídico protegido en cada uno de los tipos penales del delito aduanero

Como ya hemos indicado, el bien jurídico protegido en el delito aduanero es el control aduanero, que se constituye como un bien jurídico relevante y merecedor de protección penal en cuanto exige la observancia y cumplimiento de las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera; sin embargo, dadas las peculiaridades e individualidad que asumen los tipos penales que conforman el denominado delito aduanero, es necesario vincular el control aduanero

con las obligaciones sustanciales de la relación jurídica aduanera, a efectos de establecer con meridiana claridad el ámbito de protección del control aduanero atendiendo al tipo penal que es materia de imputación.

En tal virtud, y dejando sentado una vez más que el control aduanero es el bien jurídico protegido del delito aduanero, procederemos ahora a analizar cada uno de los tipos penales contemplados en la legislación penal aduanera y determinar con precisión cómo debe entenderse el control aduanero como bien jurídico protegido en cada uno de estos.

4.1. Contrabando

En la legislación nacional, el delito de contrabando tiene una definición contenida en el artículo 1 de la Ley N.º 28008, que lo define en los términos siguientes:

El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto, cuyo valor sea superior a cuatro (04) unidades impositivas tributarias (...)

La ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados equivale a la no presentación. (p. 1)

En atención al tipo penal expresado, empezaremos señalando que el delito de contrabando se comete cuando se realiza un comportamiento doloso, esto es, perpetrado con conciencia y voluntad, y que además tiene que encuadrarse en cualquiera de los verbos rectores contemplados en la norma, es decir, implementar una acción de sustraer, eludir o burlar; en definitiva, apartarse o separarse de una actividad que se considera obligatoria, perjudicial o inconveniente; evitar una obligación con un artificio o estratagema; o ridiculizar a una institución o un accionar regulatorio.

Los comportamientos recién descritos se deben configurar con un objetivo central: ingresar mercancías del extranjero o extraerlas del territorio nacional, pero afectando el control aduanero, esto es, vulnerando el conjunto de medidas adoptadas por el Estado con el objeto de asegurar el cumplimiento de la legislación aduanera o de cualquier otra disposición cuya aplicación o ejecución es de

competencia o responsabilidad de esta y que deben ser observadas al momento de ingresar mercancías o extraerlas del territorio nacional.

Además, se debe precisar que el delito de contrabando también se ejecuta cuando las mercancías no son presentadas para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la administración aduanera o en los lugares habilitados; o cuando exista ocultación o sustracción de las mercancías (lo que se considera como no presentación) para evitar la verificación o reconocimiento físico, con la finalidad de vulnerar el control aduanero.

Contempla pues el desarrollo de un comportamiento dirigido a no presentar, no exhibir, no mostrar ni evidenciar qué mercancías están siendo internadas o extraídas del territorio nacional, así como sustrayéndolas, esto es, esconder o apartarse de los procedimientos establecidos con el objetivo de evitar que se desarrollen las acciones de verificación o reconocimiento físico.

De todo lo dicho, se advierte con meridiana claridad que el delito de contrabando es un delito que se puede ejecutar mediante la implementación de acciones clandestinas, es decir, de manera subrepticia, por lugares donde no existe presencia física de la autoridad aduanera; o también por lugares habilitados y donde existe presencia de la autoridad, incluso sujetándose a los controles aduaneros pero burlándose de ellos valiéndose del criterio aleatorio del control aduanero que ejerce el Estado en el ingreso y salida de mercancías del territorio nacional.

Este tipo penal hace mención expresa a que el delito se configura cuando se sustrae, se elude o se burla el control aduanero; así como cuando no se presenta (sustracción u ocultamiento) la mercancía de su verificación o reconocimiento físico, pero siempre a situaciones referidas al ingreso o extracción de mercancías, es decir, cuando se afecta o vulnera las acciones que desarrolla el Estado para conocer de manera cierta qué mercancías se están ingresando o extrayendo del territorio nacional. En el marco de la relación jurídica aduanera, lo que este tipo penal trata de proteger es la regularidad y licitud en el ejercicio de la obligación aduanera, vale decir, la obligación de declarar. Ello da lugar a la configuración y tipificación del delito de contrabando, cuando se ingresa o se extrae mercancías, sustrayendo, eludiendo o burlando el control aduanero o cuando no se presenta (oculta o sustraiga) las mercancías que se están pretendiendo ingresar o extraer del territorio nacional para evitar su verificación o reconocimiento físico.

Aquí es relevante tener en consideración que este tipo penal solo hace referencia a la declaración de información de mercancías que se está ingresando o que se está extrayendo, pero no al pago de tributos por la internación de dichas mercancías al territorio nacional. De ahí que ratifiquemos que la obligación que vulnera al perpetrarse el delito de contrabando es la obligación aduanera, siendo por demás evidente que el bien jurídico protegido en este delito es el control aduanero, pero circunscrito al ámbito de la obligación aduanera, es decir, a la obligación de declarar qué mercancías se ingresan o se extraen del territorio nacional. Aquí es preciso referenciar lo señalado por Bajo y Bacigalupo (2001), quienes señalan que:

sustentar que el objeto de protección es la Hacienda Pública identificando el bien jurídico con el mismo delito fiscal (...) a nuestro juicio, esta tesis es insostenible no sólo porque, de existir deuda tributaria ésta surge en el mismo momento de la comisión del delito de contrabando, sino porque en la mayor parte de los casos ni siquiera nace deuda tributaria alguna. (p. 332)

Finalmente, se debe precisar que para que se configure el delito de contrabando, conforme ya hemos especificado, es necesario que la mercancía, objeto material de delito, tenga un valor superior a cuatro unidades impositivas tributarias.

En esa línea, para la legislación penal aduanera peruana el *delito de contrabando, atendiendo al bien jurídico protegido, puede ser definido como toda acción dolosa de internar o extraer mercancías del territorio nacional vulnerando la obligación aduanera como expresión específica del control aduanero.*

4.2. Contrabando fraccionado

Hablar de contrabando fraccionado es hablar de una forma muy específica y autónoma de tipificar y reprimir el delito de contrabando, conforme se advierte del artículo 3 de la Ley N.º 28008. Este ilícito penal se configura con la perpetración de cualquiera de los comportamientos tipificados en los artículos 1 y 2 de la Ley N.º 28008, los cuales deben ser ejecutados en forma fraccionada ya sea en un solo acto o en varios actos, pero en los cuales cada acto, considerado aisladamente, referencie mercancías por un valor igual o menor a cuatro UIT, comportamientos que pudieran considerarse como infracciones administrativas vinculadas al contrabando, comportamiento criminal que debe además ser realizado con unidad de propósito y de manera sistemática.

Este tipo penal, a nuestro modo de ver, se debe aplicar en tanto y en cuanto los actos que configuran el delito de contrabando fraccionado han sido detectados pero no reprimidos como infracción administrativa vinculada al delito de contrabando, para evitar que una persona sea sancionada por un mismo hecho más de una vez y porque, además, el tipo penal en referencia (artículo 3 de la Ley N.º 28008) en momento alguno dice que los comportamientos aislados, configurativos de infracciones, deben ser sancionados administrativamente para la tipificación de este tipo penal. En realidad, solamente exige que dichos comportamientos sean considerados como infracciones administrativas en razón, precisamente, del valor de las mercancías, objeto material del ilícito.

Esto se justifica si consideramos que no puede valorarse dos veces un mismo hecho para calificar el tipo penal (delito o crimen) o una infracción administrativa para evaluar la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal; es decir, desde nuestro punto de vista, configurar el delito de contrabando fraccionado sobre la base de comportamientos ya tipificados y sancionados administrativamente como infracciones administrativas vinculadas al delito aduanero equivaldría a vulnerar el principio del *non bis in idem*, dado que no debemos olvidar que al cometerse una infracción administrativa vinculada al delito aduanero, las previstas en la Ley N.º 28008, estos comportamientos deben reunir y presentar los mismos elementos constitutivos de los delitos de contrabando, receptación aduanera y tráfico de mercancías prohibidas y restringidas. En conclusión, se debe tener en consideración que la única diferencia entre el delito aduanero y la infracción administrativa vinculada al delito aduanero es el valor de las mercancías, objeto material del ilícito, por lo que consideramos que entre los hechos configurativos de los delitos aduaneros e infracciones administrativas existe identidad en cuanto al hecho, sujeto y fundamento punitivo.

Considerando los términos en que ha sido tipificado el delito de contrabando fraccionado, resulta notorio que el bien jurídico protegido también será el control aduanero, pero referido al ámbito de la obligación aduanera.

En suma, cabe definir el delito de contrabando fraccionado como toda acción dolosa y sistemática de internar o extraer mercancías del territorio nacional, en uno o varios actos en los cuales el valor de las mercancías, objeto material, considerados aisladamente, sea inferior al valor para calificar el hecho como delito, vulnerando la obligación aduanera como expresión específica del control aduanero.

4.3. Defraudación de rentas de aduana

De acuerdo con el artículo 4 de la Ley N.º 28008, el delito de defraudación de rentas de aduana se materializa en el marco de un trámite aduanero, es decir, cuando ya existe Declaración Aduanera de Mercancías numerada y se ha informado al Estado qué mercancía va a ser internada en el territorio nacional (esto es, cumplida la obligación aduanera). Cabe aquí precisar que el trámite aduanero que se implemente puede ser cualquiera de los normados en la Ley General de Aduanas, pero la finalidad del comportamiento delictivo es lograr internar (importar) dichas mercancías para ser consumidas en el territorio nacional, pero dejando de pagar en todo o en parte los tributos u otros gravámenes, derechos antidumping o derechos compensatorios que gravan la importación, u obtener beneficios o franquicias aduaneras indebidas, accionar que se configura valiéndose de engaño, ardid, astucia o cualquier otra forma fraudulenta. En buen romance, el delito de defraudación de rentas de aduana se tipifica cuando se interna mecánicamente al territorio nacional vulnerando la obligación tributaria aduanera.

230

Este artículo 4 de la Ley N.º 28008 nos habla de trámite aduanero, que debe ser entendido como toda acción, gestión o diligenciamiento que se realiza para internar mercancías del territorio nacional. En este concepto de trámite se encuadra toda acción administrativa que se solicita ante la Administración Tributaria, siendo los relevantes los regímenes aduaneros, que son precisamente los que representan el marco administrativo en el que se ejecuta el delito de defraudación de rentas de aduana. Estos están previstos en el artículo 49 y siguientes de la Ley General de Aduanas, es decir, los regímenes de importación (importación para el consumo, reimportación en el mismo Estado, de admisión temporal para reexportación en el mismo Estado, regímenes de perfeccionamiento (admisión temporal para perfeccionamiento de activos, de la exportación temporal para perfeccionamiento pasivo y el *drawback*), reposición de mercancías con franquicia arancelaria, regímenes de depósito aduanero, regímenes de tránsito (tránsito aduanero, transbordo y reembarque) y los otros regímenes previstos en el artículo 98 de la Ley General de Aduanas. Lo relevante en este ilícito penal es que cualquier trámite aduanero que se realice debe estar orientado a conseguir internar (importar) mercancías para su consumo en el territorio nacional evadiendo total o parcialmente la obligación tributaria aduanera.

De las características tipológicas del delito de defraudación de rentas de aduana se advierte que para la comisión de este se requiere necesariamente cumplir

con la obligación aduanera, la cual se materializa al momento de la numeración y presentación de la Declaración Aduanera de Mercancías, es decir, que se debe cumplir con informar qué mercancía se está internado en el territorio nacional, dado que la intención delictiva en este tipo penal no es eludir la obligación de declarar, sino evadir el cumplimiento de la obligación tributaria aduanera. En este entendido, es evidente que para que exista el delito de defraudación de rentas de aduana se debe haber cumplido con la obligación aduanera, la obligación de declarar, lo que significa que en un mismo y único comportamiento no pueden coexistir los delitos de defraudación de rentas de aduana y de contrabando.

Este delito es un ilícito eminentemente doloso, y el bien jurídico protegido es precisamente la obligación tributaria aduanera como expresión específica del control aduanero, dado que la estructura tipológica de este delito está orientada a reprimir toda conducta dirigida a dejar de pagar en todo o en parte las imposiciones aduaneras-tributarias que contempla la legislación aduanera.

Así, se puede definir el delito *de defraudación de rentas de aduana como toda acción dolosa de internar de mercancías extranjeras al territorio nacional vulnerando la obligación tributaria aduanera como expresión específica del control aduanero.*

4.4. Tráfico de mercancías prohibidas y restringidas

Este tipo penal está previsto en el artículo 8 de la Ley N.º 28008, y se configura cuando, utilizando cualquier medio o artificio, o infringiendo normas específicas, se introduce o extrae del territorio nacional mercancías cuya importación o exportación estén prohibidas o restringidas. Para configurar este ilícito también se requiere que la mercancía tenga un valor superior a las cuatro UIT.

Atendiendo a la estructura tipológica de este delito, en principio se debe considerar que es un delito eminentemente doloso y que para su configuración se exige la utilización de cualquier medio o artificio o que se infrinjan normas específicas. Es decir, se trata de tres supuestos con los cuales se configura este delito. El primero es la utilización de cualquier medio. Aquí la norma hace referencia a la posibilidad de agenciarse indistintamente de instrumentos o elementos que sirvan para el propósito ilícito, así como también a un artificio entendido como argucia o artimaña y, finalmente, infringiendo normas específicas, esto es, no cumpliendo o vulnerando una normativa determinada. Además, estos

comportamientos se desarrollan para introducir o extraer mercancías del territorio nacional, y aquí reside la diferencia saltante con el delito de contrabando: dichas mercancías deben tener la calidad de prohibidas o restringidas para la legislación nacional, esto es, que no puedan ingresar o extraerse del territorio nacional o que estén restringidas; mercancías que, para ingresar o extraerse del país, requieren autorización de una o más entidades estatales. En ambos casos, el denominador común es la calificación que la mercancía debe tener en la legislación, ya sea como prohibida o restringida.

Pero hay un tema adicional que se puede detectar, y está referido al ingreso o extracción de mercancías que no son prohibidas ni restringidas, pero que para su ingreso o extracción deben cumplir determinadas exigencias, condiciones o requisitos propios de la estructura, composición o funcionamiento de la mercancía. En este caso se podría pensar que el introducir o extraer este tipo de mercancías configuraría este delito (tráfico de mercancías prohibidas o restringidas), pues se estarían vulnerando o infringiendo normas específicas. Sin embargo, esto no es exacto, dado que, según la estructura de este tipo penal, el infringir normas específicas solo está referido a mercancías prohibidas o restringidas y no a mercancías que no tengan esta connotación. En ese sentido, de no existir una modificación del tipo penal que incluya que la internación y extracción de mercancías están prohibidas si no se cumplen determinados requisitos o exigencias propias de la estructura, composición o funcionamiento de la mercancía establecidos en normas específicas, este hecho, desde nuestro punto de vista, debe ser tipificado como delito de contrabando.

Además, es necesario precisar que el bien jurídico protegido en este delito no es otro que el control aduanero en su ámbito de observancia de las normas aduaneras y extraaduaneras que prohíben y restringen el ingreso y salida de mercancías del territorio nacional. *En ese sentido, se podría definir este delito como toda acción dolosa de internar y extraer mercancías prohibidas o restringidas vulnerando la obligación aduanera como expresión específica del control aduanero.*

4.5. Delito de receptación aduanera

La receptación, en términos generales, se entiende como ocultar o encubrir; sin embargo, con el propósito de analizar en forma debida el delito de receptación aduanera, consideramos necesario revisar, aunque muy brevemente, el

tratamiento normativo que se le da al delito de receptación y al de encubrimiento en el Código Penal.

Teniendo esto en cuenta, es preciso señalar que no debemos confundir el delito de receptación con el delito de encubrimiento. El primero es tipificado como un delito contra el patrimonio y se implementa con ánimo de lucro, es decir, con la finalidad de obtener ganancias o beneficios. Para ello se desarrollan acciones destinadas a obtener provecho económico de bienes que, se sabe o se presume, provienen de un delito. Mientras que el delito de encubrimiento (personal o real) es un ilícito penal que afecta a la administración de justicia y cuya finalidad no es obtener un beneficio económico, sino evitar o perturbar la acción investigatoria respecto de un hecho ilícito determinado.

Además de lo ya mencionado, se debe precisar que un elemento importante a tener en consideración para no confundir el delito de receptación con la participación en calidad de coautor o cómplice es que la persona que comete el delito de receptación en momento alguno debe haber tenido participación en la ejecución del delito previo que se ha realizado y en mérito al cual se obtienen los bienes de origen ilícito que son acogidos en el marco de la receptación.

233

Teniendo en cuenta lo indicado, debemos señalar que el delito de receptación aduanera es un ilícito penal aduanero que no tiene una existencia propia, sino que requiere necesariamente de la perpetración de un delito aduanero previo; esto es, cualquiera de los ilícitos penales aduaneros previstos en la Ley N.º 28008. Es un delito, como algunos doctrinarios lo llaman, de complemento, esto es, uno que hace subsistir los efectos ilícitos de un delito previo, que en el caso de la receptación aduanera debe ser otro delito aduanero.

Así mismo, hay que precisar que el delito de receptación aduanera no es una modalidad especial del delito de receptación previsto en el artículo 194 del Código Penal, dado que, a diferencia del delito de receptación común, no protege el derecho de propiedad, sino que se orienta fundamentalmente a proteger el comercio lícito de bienes extranjeros internados al territorio nacional, es decir, a impedir que circulen en el territorio nacional bienes que hayan sido internados vulnerando el control aduanero.

Según el artículo 6 de la Ley N.º 28008, el delito de receptación aduanera se configura cuando el sujeto activo de este delito, que puede ser cualquier persona,

adquiere, recibe en donación, en prenda o almacena, oculta o vende o ayuda a comercializar mercancías que, de acuerdo con las circunstancias, tenía conocimiento o se comprueba que debía presumir que provenían no de cualquier delito, sino específicamente de un delito aduanero, es decir, los previstos en la Ley N.º 28008, lo que nos lleva a pensar que el delito de receptación aduanera no tiene como bien jurídico protegido el derecho de propiedad, ni la circulación regular y lícita de los bienes en la sociedad, sino el control aduanero pero para proteger el comercio lícito de mercancías extranjeras internadas en el territorio nacional. Finalmente, el valor de las mercancías objeto material del delito debe ser superior a las cuatro UIT.

En atención a lo dicho, se puede definir el delito de receptación aduanera como toda acción dolosa que directa o indirectamente vulnera la obligación de comercio lícito de mercancía extranjera en el territorio nacional, como expresión específica del control aduanero.

4.6. El delito de financiamiento

234

El tipo penal recogido en el artículo 8 de la Ley N.º 28008 es el delito de financiamiento en materia de delitos aduaneros: el que financia por cuenta propia o ajena la comisión de los delitos tipificados en la Ley 28008. Así concebido este tipo penal, y con el propósito de lograr su cabal comprensión, es necesario partir de lo que debe entenderse por financiamiento. Si consideramos una interpretación literal del término, el financiamiento es toda forma de aporte económico destinado a un fin específico. Pero si le concedemos una acepción amplia, podríamos llegar a entenderlo como todo acto que provee cualquier elemento que permita la comisión de un acto determinado.

Considerando la acepción amplia del financiamiento, se puede llegar a pensar que este delito no solamente se comete cuando se da un aporte dinerario, sino además cuando se da el aporte de bienes o elementos que permitan la comisión de un evento delictivo; sin embargo, si analizamos la legislación penal para otros delitos, como el de minería ilegal, vemos que el tratamiento del aporte de dinero se realiza de manera específica y diferenciada con respecto al aporte de otro tipo de bienes. En ese sentido, y considerando que la legislación aduanera solo ha contemplado el término financiación y teniendo en cuenta la estructura normativa de la Ley N.º 28008 y los elementos constitutivos de los tipos penales aduaneros a financiar, consideramos que el delito de financiamiento, en materia

aduanera, solamente está referido al aporte de dinero para la comisión de dichos eventos delictivos.

Cabe precisar que, para poder interpretar adecuadamente este delito, no se debe confundir el incentivar la comisión de un delito aduanero con financiarlo. En el primer caso, es estimular, motivar o instigar la comisión de un delito; mientras que financiar significa proveer de los medios económicos necesarios para que otras personas cometan el delito que el financista quiere que se cometa. El financista no solo desea que se perpetre el delito aduanero, sino que además da un aporte económico para que el delito se cometa.

En el delito de financiamiento, el sujeto activo actúa dolosamente, esto es, persigue que se logre la comisión de un delito aduanero que él directamente no comete, pero cuya comisión promueve con el aporte dinerario para su realización, siendo relevante para la imputación de este delito que el aporte de dinero sea fundamental y determinante para la comisión del delito aduanero. De tal modo, el aporte dinerario debe realizarse antes de la comisión del delito aduanero, solo que en esta circunstancia se podría imputar el delito de financiamiento.

Así mismo, se debe precisar que el delito de financiamiento, a pesar de las deficiencias de técnica legislativa que ha experimentado su regulación, desde nuestro punto de vista, siempre ha sido concebido como un delito autónomo cuya penalidad es más severa que la prevista para los delitos de contrabando, contrabando fraccionado, defraudación de rentas de aduana y receptación aduanera, a diferencia del delito de tráfico de mercancías prohibidas y restringidas con el cual tiene la misma penalidad en cuanto pena privativa de libertad.

Así concebido el delito de financiamiento, cabe preguntarse cuál sería el bien jurídico protegido. La respuesta siempre seguiría siendo la misma: que el bien jurídico protegido es el control aduanero, pero la afectación específica al control aduanero estaría determinada por el delito aduanero que es materia de financiación.

En ese sentido, *el delito de financiamiento puede ser definido como toda acción dolosa que financia ilícitos penales que vulneren la obligación aduanera, la obligación tributaria aduanera o la obligación de comercio lícito, todas ellas como expresión específica del control aduanero.*

REFERENCIAS

- Bajo, M. y Bacigalupo, S. (2001). *Derecho penal económico*. Editorial Centro de Estudios Ramon Areces S.A.
- Basaldúa, X. R. (1992). *Introducción al derecho aduanero*. Editorial Abeledo Perrot.
- Convenio de Kyoto. (1973). Directiva del anexo 3, Formalidades de desaduanamiento y otras formalidades aduaneras.
- Cosío Jara, F. (2014). *Derecho tributario aduanero*. Juristas Editores EIRL.
- Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1994). *Sistema de derecho civil*. Editorial Berrot.
- Escobar Rosas, F. (1998). Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva. *Revista Themis*, 38.
- Flores Corral, R. (Monografía en Internet S/F). *Ilícitos aduaneros*. <https://monografias.com>.
- Gobierno de Bolivia. (S/F). *Glosario de términos aduaneros y de comercio exterior del Estado Plurinacional de Bolivia*. Aduana Nacional de Bolivia.
- Ley General de Aduanas. (2008). *Decreto Legislativo N.º 1053 y normas modificatorias y complementarias*.
- Mir Piug, S. (1996). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Tecfoto S.L.
- Munive Taquia, J. (1995). *Fundamentos de derecho aduanero*. Editorial Palma Ediciones SRL.
- Rosenzweig Mandiáldua, F. (2010). La función regulatoria del Estado: el control estatal en la provisión de los servicios públicos. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 28.
- Vargas Acuache, C. (2016). *XILX Seminario Aduanero "Introducción a la Actividad Aduanera"*. <https://www.mef.gob.pe>
- Zaffaroni, E. R. (1986). *Manual de derecho penal*. Editorial Ediciones Jurídicas.

EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN DE RENTAS DE ADUANA: ANÁLISIS DE SU TIPO BASE COMO MECANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DEL ESTADO EN EL ÁMBITO ADUANERO

Rafael Eduardo Girao Berrocal *

Sumario

I. Concepto de aduana. II. Consideraciones previas. III. Tipicidad objetiva. 3.1. Sujeto activo. 3.2. Sujeto pasivo. 3.3. Conducta típica. 3.4. Resultado típico. 3.5. Objeto del delito. 3.6. Bien jurídico protegido. IV. Tipicidad subjetiva. V. Consumación y tentativa. VI. Autoría y participación. VII. Pena. VIII. Concurso con otros delitos. Referencias

237

I. CONCEPTO DE ADUANA

El origen etimológico del término aduana se puede encontrar en las palabras árabes *Ad-diwana*, que significa “registro”, *Adayán*, que significa “libro

* El presente trabajo formó parte de mi tesis para optar el grado de Magíster en Derecho Penal, titulada *La medida de incautación en la investigación del delito de defraudación de rentas de aduana en el régimen de importación para el consumo* (PUCP, 2016), que se sustentó en la normativa que estuvo vigente antes de la entrada en vigor del Decreto Legislativo N.° 1542, que modificó la Ley N.° 28008, Ley de los Delitos Aduaneros.

de cuentas”, y *Divanum*, que significa “la casa donde se cobraban los derechos o impuestos”. Sin embargo, la referencia más cercana al término que conocemos hoy en día es la palabra italiana *Duxana*, que significa “derechos del duque”, por ser los derechos que pagaban las mercaderías en Venecia y Génova al magistrado supremo de la región, llamado *Dux*. También tendría su origen en la palabra francesa *Dovana* o *Douana*, que significa “derecho” con un contenido de tributo o arancel; y existen incluso relatos en los que se señala que procede del término *Advenio*, porque se refería a mercaderías llegadas de otros países.

Como se puede observar, una primera aproximación que nos brindan tales acepciones es la existencia de una obligación de asentar documentariamente la realización de determinadas actividades que pudieran generar una retribución y/o ventaja a quien las realizaba, pero por la cual era necesario efectuar el pago de un derecho a la autoridad establecida con la finalidad de poder continuar con la práctica de esa labor.

Con la aparición de la Aduana y su evolución en el tiempo se ha podido identificar una coherencia en su significado a través de los años que ha cimentado un fundamento más que certero en las razones de su existencia, al igual que su imperiosa necesidad en la vida económica de un Estado.

Por ello, pareciera que llevar a cabo una definición de Aduana resultaría simple si es que solamente nos abocamos a encasillarla como una institución que ofrece un servicio administrativo vinculado con el ingreso y salida de mercancías del país; pero ello no es así: es más que eso. Véase por ejemplo que, en la legislación aduanera colombiana, la Ley N.º 79 de 1931 entendía exclusivamente por Aduana al funcionario que se situaba en un lugar para recaudar los derechos por ingreso y salida de mercancías.

Por tanto, la Aduana no es solamente una entidad a la que se le ha otorgado una serie de funciones para el adecuado cumplimiento de la normativa aduanera. Como bien lo entiende Munive Taquía (1995), en el término Aduana se pueden aceptar tres sentidos: (i) uno institucional, con el que se identificará a aquella institución del Estado que se encarga de velar por la observancia de las leyes sobre el trámite aduanero de ingreso o salida de mercancías del territorio aduanero, (ii) uno operativo, como consecuencia de las operaciones de comercio exterior a partir de cuyo trámite se establecerá el régimen aduanero al que serán sometidas las mercancías que ingresen o salgan del territorio aduanero;

y, (iii) un sentido tributario, fundamentado en el principio de legalidad tributaria contemplado en el artículo 74 de la Constitución Política del Estado, por el que se dispone que todo tributo que sea recaudado por la Aduana deberá estar previamente contemplado en una ley.

En el capítulo II del Convenio de Kyoto —principal convenio de facilitación del comercio aduanero, elaborado por la Organización Mundial de Aduanas en el 2006— se define a la Aduana como:

El servicio estatal responsable de la aplicación de la legislación aduanera y de la recaudación de los derechos e impuestos y encargado, asimismo, de la aplicación de otras leyes y reglamentos relativos, entre otros, a la importación, exportación, al tránsito y al almacenaje de mercancías. (p. 2)

Posteriormente, el concepto de Aduana se ha venido ampliando y, además de poseer las características antes mencionadas, incluye una cualidad adicional que, según señala Tossi (1994), está referida al control del tráfico de mercancías. Así, este autor expresa que:

Se trata de la repartición, con la competencia asignada, para ejercer, principalmente, la función de percibir y fiscalizar la renta pública que emanare de los derechos y tributos que graven las operaciones de importación o exportación, y el control del tráfico internacional de mercancías. (p. 5)

No cabe duda entonces de que Aduana es un vocablo que no se puede desligar de las ideas que encierra, concernientes, en primer lugar, a la finalidad para la que fue creada, como también al lugar físico —recinto— por donde se deberán presentar las mercancías para su verificación y control.

En suma, consideramos que la noción de Aduana que se puede desprender de los fundamentos precedentemente expuestos es la referida a aquella institución del Estado conformada por especialistas en materia aduanera, que se encarga de facilitar y/o controlar el desarrollo de las operaciones de comercio exterior mediante la aplicación de determinados procedimientos, con el objeto de evitar cualquier irregularidad que se pudiera cometer en el ingreso o salida de mercancías del territorio aduanero, tanto desde el ámbito de la recaudación de los tributos aduaneros como en el cumplimiento de la legislación aduanera a través del control de las mercancías —mediante su reconocimiento físico o documentario— para verificar si tienen naturaleza prohibida o restringida.

II. CONSIDERACIONES PREVIAS

Una circunstancia que siempre se resalta cuando se inicia el estudio del delito de defraudación de rentas de Aduana es la referida a la similitud de su construcción típica con el delito de defraudación tributaria (artículo 1 del Decreto Legislativo N.º 813, Ley Penal Tributaria). En primer lugar, por el empleo de los mismos medios fraudulentos (engaño, astucia y ardid); y, en segundo lugar, por tener como elemento común exigible para su consumación el dejar de pagar en todo o en parte los tributos que señala la ley.

Conforme a ello, en los ámbitos de protección precedentemente descritos el Estado pone de manifiesto su finalidad político-criminal de reprochar aquellas conductas tendientes a incumplir el pago de las obligaciones tributarias, tanto en la esfera de los tributos internos como en los derechos aduaneros que se encuentran gravados en las operaciones de comercio internacional, motivo por el que, dado su significado esencial en el orden económico, a decir de Bramont-Arias Torres y García Cantizano (1998), se le considera un delito socioeconómico.

240

Desde esta óptica, una de las funciones de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria (SUNAT) es la recaudación de los derechos y demás obligaciones que se deben pagar por las actividades económicas que se ejercitan a nivel exterior, las cuales tienen como núcleo el ejercicio de la potestad aduanera, que, según el artículo 164 del Decreto Legislativo N.º 1053, Ley General de Aduanas, es:

(...) el conjunto de facultades y atribuciones que tiene la Administración Aduanera para controlar el ingreso, permanencia, traslado y salida de personas, mercancías y medios de transporte, dentro del territorio aduanero, así como para aplicar y hacer cumplir las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el ordenamiento jurídico aduanero.

Tal como se puede observar, la definición que otorga la Ley General de Aduanas a la potestad aduanera es amplia, tanto que incluso, además de señalar que la autoridad aduanera ejercerá su función fiscalizadora sobre las mercancías y los medios de transporte, también expresa que realizará dicha labor sobre las personas, lo que tiene incidencia directa en su propósito de hacer cumplir la normativa aduanera.

La potestad aduanera es exclusiva y, por ello, todas las dependencias y órganos que forman parte de la Administración Aduanera tienen como función adicional a la establecida por su normativa la represión de los delitos aduaneros, por ser estos ilícitos de persecución pública. Por esta razón, se le reconoce como un ente administrativo cuyo propósito es coadyuvar a la protección de la vida económica del país, disponiendo para este fin que se pongan en conocimiento del Ministerio Público los hechos que presuntamente podrían configurarse como un delito aduanero a efecto de que la autoridad fiscal efectúe las diligencias preliminares que estime pertinentes conforme a lo establecido el artículo 330 del Código Procesal Penal.

III. TIPICIDAD OBJETIVA

3.1. Sujeto activo

Hablar del delito de defraudación de rentas de aduana es hablar de un tipo penal que expresa la existencia de un ánimo defraudatorio dentro de una operación de comercio exterior con la finalidad de obtener una ventaja económica en perjuicio del Estado.

En la materialización de este acto defraudatorio, la expresión “el que...” puede hacernos llegar a la conclusión de que este delito constituiría uno más de los delitos denominados comunes. No obstante, del análisis de los elementos normativos que forman parte del tipo penal se advierte una particularidad referida a que la persona que cometa el delito debe ser aquella que, a pesar de tener la obligación legal de cumplir con el pago de los tributos y demás exigencias que se imponen en el trámite aduanero, deja de pagarlos en todo o en parte haciendo uso de medios fraudulentos que señala la norma; o, recurriendo a estos mecanismos falaces, obtiene ilícitamente un provecho económico a través de una franquicia o un beneficio tributario.

En esta medida, el sujeto activo debe tener una obligación normativa al pago de los tributos (artículo 139 del Decreto Legislativo N.º 1053, Ley General de Aduanas) y demás exigencias que se apliquen, así como a demostrar ante la Administración Aduanera la realización de una operación de comercio exterior con el cumplimiento de todas sus formalidades en caso se solicite el otorgamiento de un beneficio tributario.

A pesar de ello, un sector de la doctrina nacional maneja una concepción errónea acerca de quién ostenta la calidad de sujeto activo, razón por la que muchas veces se llega a concluir que cualquier persona, sin interesar la función que cumpla en el trámite aduanero, puede ser considerada como autor, lo que trae inconvenientes al momento de determinarse el título de imputación de los intervinientes en el acto defraudatorio.

Si el Ministerio Público no logra individualizar en su requerimiento acusatorio, de una manera correcta, la función y el grado de participación de cada uno de los imputados, el órgano jurisdiccional procederá a acoger el sobreseimiento que se plantee o emitirá un pronunciamiento absolutorio cuando establezca que no todas las personas implicadas en el hecho delictivo, por ejemplo, tenían la obligación al pago de los tributos y demás obligaciones arancelarias, motivo por el que es relevante establecer el aporte de los implicados para considerar los niveles de autoría y de participación para cada caso en concreto.

Queda claro, entonces, que el sujeto activo en el delito de defraudación de rentas de aduana debe tener una característica especial, la cual se encuentra relacionada directamente con el interés y/o el beneficio que trae consigo la realización de una operación de comercio exterior. Sobre este punto, es relevante lo afirmado por Tocunaga Ortiz (1998) cuando señala:

(...) pasando a la calificación del Autor o Sujeto activo en los Delitos Aduaneros, básicamente, estamos frente a la figura del dueño de la mercancía. Ello fluye de la interrogante: ¿Quién es el que se beneficia con el agravio que se le causa al Estado? No otro que el dueño. Este como propietario de la mercancía, debe pagar los tributos que gravan el régimen aduanero de que se trate. De este modo, pasa a ser el beneficiario del ilícito; es decir en el que se da la conveniencia de accionar el ilícito; pues, si el dueño de la mercancía no desea el lucro ilegal, nadie más puede cometer este delito, ya que no existirá compensación alguna. (p. 18)

Por este motivo, únicamente los dueños de las mercancías podrán tener la calidad de sujeto activo, convirtiéndose por tanto el delito de defraudación de rentas de aduana en un delito especial que tiene la calidad de propio al no guardar correspondencia con otro ilícito.

Finalmente, en referencia a los casos donde se cometa el delito a través de una persona jurídica, con la aplicación de la cláusula del actuar en lugar del otro,

prevista en el artículo 27 del Código Penal, el representante legal asumiría la responsabilidad penal; sin embargo, no se debe dejar de lado que, en atención a la Segunda Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo N.º 1053, Ley General de Aduanas, en los supuestos no previstos en la normativa aduanera se aplicarán supletoriamente las disposiciones del Código Tributario, por lo que, en atención al artículo 16 del Decreto Supremo N.º 133-2013-EF, Texto Único Ordenado de la norma en mención, se podría sustentar la imputación penal de manera directa contra el sujeto activo por el incumplimiento en el pago de las obligaciones tributarias exigidas por ley.

3.2. Sujeto pasivo

El beneficio patrimonial obtenido por el sujeto activo tiene como consecuencia inmediata que el Estado deje de recaudar los ingresos que por ley le corresponden o que se vea afectado económicamente por el otorgamiento indebido de un beneficio que no correspondió conceder.

Por estos motivos, el único perjudicado con el acto defraudatorio es el Estado, representado por la SUNAT como el único órgano encargado de fiscalizar y cobrar los tributos aduaneros y demás obligaciones que establece la norma.

3.3. Conducta típica

Un exiguo análisis de la criminalidad aduanera en el ámbito nacional siempre trajo consigo la idea de que el delito de contrabando circunscribía toda la esfera delictiva relacionada con los delitos aduaneros, creencia que fue desechada con el transcurrir del tiempo, cuando el legislador delimitó las distintas conductas con las que se generaba una afectación a las funciones que ejercitaba la Administración Aduanera. Tal afectación, además de atentar contra la economía interna del país, ponía en peligro la seguridad y la salud pública, así como también la libre competencia, la formalización empresarial y la industria nacional.

Con esta concepción, fue necesario expedir leyes especiales que brinden autonomía fáctica y represiva a cada uno de estos comportamientos para poder realizar un análisis más profundo de sus elementos bajo el amparo de la teoría del delito.

El delito de defraudación de rentas de aduana se encuentra previsto en el artículo 4 de la Ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 19 de junio de 2003, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 4º.- El que mediante trámite aduanero, valiéndose de engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que gravan la importación o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a setecientos treinta días-multa.

Conforme se puede apreciar, a lo primero que se hace alusión en el *nomen iuris* de este tipo penal es a la existencia de un comportamiento que tiene como objetivo defraudar, término que según el *Diccionario de la lengua española* significa:

Privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca de derecho.

Frustrar, desvanecer la confianza o la esperanza que se ponía en alguien o algo.

Eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones.

De este modo, se puede afirmar que el eje sobre el que se sostiene este delito es una conducta que tiene como finalidad inducir en error a la Administración Aduanera para eludir, en todo o en parte, el pago de los ingresos que un Estado percibe como consecuencia del tráfico internacional de mercancías; así como para obtener una ganancia económica a través de una franquicia o mediante la solicitud indebida de un beneficio tributario.

Su construcción típica es particular en razón de que no se asemeja a ninguno de los otros delitos que se contemplan en la ley penal aduanera. Por este motivo se destaca que, a diferencia del resto de los delitos aduaneros, no posee en su estructura una condición objetiva de punibilidad que disponga que el valor de la mercancía deba superar las cuatro UIT, lo que sí ocurre para los delitos de contrabando, receptación aduanera y tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, en los que, dependiendo del valor CIF que tenga la mercancía, se delimitará si el hecho denunciado constituye un delito o una infracción administrativa sancionada por la Administración Aduanera, de conformidad con lo establecido en los artículos 33 y 45 de la Ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros.

Lo recién anotado se encuentra estrechamente vinculado con su ámbito de protección, el cual se fundamenta en la afectación a la confianza que la Administración Aduanera ofrece a las acciones y documentos que los operadores de comercio exterior ejercitan y presentan en el desarrollo del trámite aduanero, amparado en el artículo 47 del Decreto Legislativo N.º 1053, Ley General de Aduanas, donde se establece que toda mercancía que ingrese o salga del territorio aduanero debe ser sometida a un régimen y que, en caso contrario, todo acto defraudatorio que se plasme fuera de dicho espacio no podrá ser considerado como una acción generadora del delito de defraudación de rentas de aduana.

Es importante indicar que en el trámite aduanero priman los principios de veracidad y buena fe contemplados en el artículo 8 de la anotada Ley, ya que sobre esta base la Administración Aduanera —con un ánimo de brindar celeridad al trámite aduanero— otorgará credibilidad a la documentación presentada al despacho aduanero, sin perjuicio de llevarse a cabo las fiscalizaciones concurrentes o posteriores que estimen a efecto de verificar la información que fue proporcionada para el trámite de desaduanaje.

Ahora bien, otra particularidad que se distingue en el delito es que el sujeto activo no elude el control aduanero; todo lo contrario, se somete a este y al cumplimiento de sus requisitos, pero con el propósito deliberado de evitar el pago total o parcial de los tributos y demás derechos que se generen, transgrediendo su actuación una norma aduanera de carácter administrativo que tiene protección penal.

Para la elusión de los tributos aduaneros se requiere la exteriorización de tres medios fraudulentos:

El *engaño*, que, a decir de Peña Cabrera Freyre (2014): “Es el falseamiento de la realidad, es decir, los hechos que son revestidos de un determinado ropaje, para dar a parecer ciertas características de las cosas, que no se corresponden con su verdadera naturaleza” (p. 456).

El engaño se puede entender como el empleo de palabras, acciones u otro medio que altere una verdad establecida, haciendo creer un hecho distinto al que se presenta con el fin de inducir en error a la víctima, quien termina creyendo como verdadero algo que no lo es.

El *ardid* es el artificio o medio empleado mañosamente para hacer caer a una persona en error. En opinión de Soler (1988): “Para constituir ardid se requiere el despliegue intencional de alguna actividad, cuyo efecto sea el hacer aparecer, a los ojos de cierto sujeto, una situación falsa como verdadera y determinante” (p. 348).

La *astucia*, por su lado, es el ardid destinado a lograr un fin o la habilidad para engañar con el fin de evitar que la víctima tome conocimiento oportuno, previo a la comisión del ilícito, de la falsa realidad que se le está presentando.

Con la expresión “u otra forma fraudulenta” se ha incluido en el tipo penal una cláusula indeterminada que permite sancionar otras fórmulas defraudatorias que, pese a no estar plasmadas en el supuesto de hecho, posibilitarán la sanción de cualquier otro comportamiento con el que se pretenda generar un detrimento económico al Estado, permitiéndose así que el delito de defraudación de rentas de aduana tenga una cualidad adaptativa ante la evolución de las nuevas formas de criminalidad que se presenten en el futuro.

246

Para la configuración del delito resulta necesario que el engaño sea idóneo para inducir en error a la Administración Aduanera, debiendo tener la capacidad y entidad suficiente para dar una apariencia de verdad a la información que se presenta en el despacho aduanero.

El instrumento con que se exteriorizará el actuar defraudatorio será la documentación que se requiere para cada trámite aduanero, ya que en esta se descubrirá la omisión, el ocultamiento o la alteración de la información referida a la calidad, cantidad, peso, valor comercial, origen, destino de las mercancías, etcétera. De igual manera, en casos particulares se podrá demostrar el actuar doloso del sujeto activo a través de las mercancías que son materia de desaduanaje.

Conforme se aprecia de los componentes normativos del tipo, las obligaciones que son objeto de protección se circunscriben a:

- **Tributos:** son todas aquellas imposiciones económicas a favor del Estado que se aplican en el ámbito tributario y aduanero.

- Otros gravámenes a la importación: son derechos señalados por ley, distintos a los tributos o los derechos antidumping o compensatorios, que el importador se encuentra obligado a pagar para el cumplimiento del trámite aduanero.
- Derechos antidumping: no son tributos; son derechos que se imponen a la importación de una mercancía cuando se determina que su precio de exportación, en el curso de operaciones comerciales normales, ha sido inferior a su valor normal, o precio comparable, de un producto similar destinado a consumo en el país exportador.
- Derechos compensatorios: no son tributos; son derechos que se deben pagar por la importación de mercancías que son objeto de subsidio por parte del Estado para fomentar su competitividad a nivel internacional. Al igual que el *dumping*, son considerados una práctica internacional de competencia desleal que se sanciona con la aplicación de estos derechos.

De conformidad con el artículo 55 del Decreto Supremo N.º 006-2003-PCM, en el que se reglamentan normas previstas en el Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994, en el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias y en el Acuerdo sobre Agricultura, la Administración Aduanera es la única entidad competente para efectuar el cobro de los derechos *antidumping* y compensatorios fijados por la Comisión de Fiscalización de Dumping y Subsidios del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (INDECOPI).

- Franquicia: exclusión establecida por ley, o convenio internacional, del pago, total o parcial, de los tributos producto de la importación. Es el paso de una mercancía por la Aduana con la concesión de no pagar los tributos que acarree su importación.
- Beneficio tributario: favorecimiento económico de carácter general establecido por ley, vinculado con la exoneración, total o parcial, del pago de los tributos. También se puede considerar como el incentivo económico otorgado por el Estado para fomentar el desarrollo de una determinada actividad económica.

En cuanto al régimen de importación que describe el delito de defraudación de rentas de aduana, se debe de considerar que si bien la norma no especifica a cuál régimen de importación se refiere, para que se pueda invocar un incumplimiento de pago, total o parcial, de los tributos y demás obligaciones a las que se encuentre afecta la mercancía, el único régimen de importación que culmina con el cumplimiento de los derechos arancelarios y demás impuestos aplicables por la Administración Aduanera es la importación para el consumo; cuestión que no ocurre, por ejemplo, en la reimportación en el mismo Estado donde una mercancía que ya fue exportada vuelve a ingresar al territorio aduanero sin tener que pagar obligación alguna, pero con la condición de que esta no haya sido sometida a transformaciones, elaboraciones o reparaciones en el extranjero. No sucede tampoco lo mismo en la admisión temporal para reexportación en el mismo Estado, donde se permite el ingreso al territorio aduanero de ciertas mercancías sin el pago de los tributos y demás derechos que correspondan, siempre que sean identificables y esté destinado a cumplir un fin en un lugar específico para ser reexportado en el plazo fijado sin experimentar modificación alguna.

248

En los supuestos de aprovechamiento ilícito de un beneficio tributario se podrá perfeccionar el delito en cualquier régimen aduanero siempre que el Estado, dentro del marco de su política fiscal, establezca el pago de algún tributo y el agente direcciona su resolución criminal a la obtención del beneficio de manera ilegal a través de la configuración del tipo penal. En el caso de la solicitud de restitución de derechos arancelarios (*drawback*), el beneficio tributario obtenido ilegalmente está relacionado con el régimen aduanero de exportación, debiéndose cumplir con las exigencias para su otorgamiento.

Sobre la mercancía a importar, es condición indispensable para la materialización del tipo que esta tenga la calidad de extranjera debido a que en el trámite aduanero se establecerá la obligación que tiene el importador de pagar los tributos y demás derechos que corresponden en atención a la mercancía que se desea ingresar al país, a la cual se le asigna una partida arancelaria.

Dentro de la casuística más usual en el delito de defraudación de rentas de aduana se distingue la falsificación de las facturas comerciales con el fin de consignar un valor menor o mayor al real (subvaluación o sobrevaloración, respectivamente), propiciándose con ello, por un lado, que se paguen menos tributos de los que corresponden por la importación de determinadas mercancías, y por otro,

que se lleve cabo la restitución de derechos arancelarios respecto a la exportación de un bien, cuyo valor del insumo ha sido incrementado.

También se tienen casos relacionados con la alteración de las características de las mercancías a raíz de que estas resultan muy importantes al momento de establecer los derechos arancelarios a pagar. Resulta común además el ingreso al país de mercancías por medio de franquicias que exoneran el pago de tributos, para luego obtener una ganancia comercializándolas o empleándolas para un fin distinto al señalado por la norma aduanera.

La conducta defraudatoria también se podrá desarrollar por omisión, toda vez que el sujeto activo incumpla deberes de salvamento que impidan conocer la información correcta de las mercancías sometidas al régimen de importación con la que se generará el engaño para dejar que se paguen los tributos y las obligaciones que correspondan, así como que se obtenga indebidamente una franquicia o beneficio tributario. En este supuesto, por ejemplo, son evidentes los casos en los que, pese a que el importador advierte que en la documentación remitida por el proveedor se han consignado datos que no corresponden con las características de la mercancía, permite que esta sea presentada en el trámite aduanero al ver que con esto va a obtener un tratamiento más beneficioso (menor pago de tributos).

3.4. Resultado típico

Se pueden apreciar dos circunstancias a través de las cuales se plasma la conducta del sujeto activo tendiente a afectar los intereses del Estado, representado por la SUNAT:

- Dejar de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos *antidumping* o compensatorios que gravan la importación; y,
- El aprovechamiento ilícito de una franquicia o beneficio tributario.

En el primer escenario, la acción de defraudación debe ser efectiva, esto es, ha de concretarse en un perjuicio real para el Estado, trayendo consigo que se deje de recaudar los tributos u otros gravámenes, así como los derechos *antidumping* o compensatorios que hayan sido impuestos por ley.

Con ello, dejar de pagar las obligaciones tributarias aduaneras tiene una representación latente en los casos de subvaluación, donde se persigue reducir la base imponible para dejar de pagar los tributos a la importación, lo que de igual modo se aprecia en la malintencionada asignación de una partida arancelaria que no se corresponde con la mercancía a importar.

Se debe de indicar que, si bien se requiere para la configuración del delito la existencia de un perjuicio en agravio del Estado, en el tipo penal vigente no se establece un monto mínimo que nos permita delimitar cuándo nos encontraríamos ante un ilícito penal o una infracción administrativa. Esto se debe a que, como bien hemos anotado, el ámbito de protección de la conducta se concentra en el reproche que se le otorga al acto defraudatorio *per se*, por lo que se concluiría que sea cual fuere el monto defraudado igual se habrá perfeccionado el hecho punible.

Este último análisis nos lleva a razonar que incluso en aquellos casos en los que exista un perjuicio por un monto que se considere de inocua relevancia, de igual manera el *ius puniendi* comenzará a operar, pese a que, bajo los principios de mínima intervención, *ultima ratio* y subsidiariedad, como por la presencia de una exigua afectación a la antijuridicidad material, se podría considerar innecesario poner en movimiento todo el aparato estatal.

Al margen de las distintas interpretaciones que se puedan dar, consideramos que, desde una perspectiva de defensa estatal, al ser el acto defraudatorio el fundamento del reproche de este tipo penal, si se realizara una interpretación del ilícito en forma contraria a su texto se produciría en una vulneración del principio de legalidad, debido a que, como ya se ha comentado, la variabilidad del monto obtenido a través del engaño, astucia y ardid no es lo que fundamenta la naturaleza de su reproche.

De esta manera, mientras no se produzca la modificación del tipo penal que incorpore una condición objetiva de punibilidad (cuando entre en vigencia el Decreto Legislativo N.º 1542) o se implemente el uso de un mecanismo de simplificación procesal para este delito, la interpretación que correspondería realizar debe estar acorde con su ámbito de protección.

En lo concerniente al segundo escenario, referido al aprovechamiento ilícito de una franquicia o un beneficio tributario, sin perjuicio de la definición que

sostenemos, una opinión muy particular es la de Tocunaga Ortiz (1998) cuando afirma que el aprovechamiento de un beneficio tributario no se condice con la esencia del delito de defraudación de rentas de aduana, pues, desde su postura, en la obtención ilícita de un beneficio tributario no nos encontramos con una evasión tributaria, sino:

(...) ante actos fraudulentos que tienen como propósito la obtención de una ventaja o provecho, traducido en el otorgamiento por parte de la Administración Aduanera de un reconocimiento económico, como consecuencia de haber cumplido con las regulaciones que impone la normativa aduanera. (p. 59)

Ante esta idea, que no consideramos correcta, mantenemos la premisa de que un beneficio tributario es un tratamiento que la norma otorga para brindar una disminución total o parcial de la obligación tributaria, no estando circunscrita únicamente al supuesto que establece el citado autor por presentar diversas manifestaciones que tienen un carácter excepcional.

3.5. Objeto del delito

En el fundamento jurídico N.º 9 del Acuerdo Plenario N.º 5-2010/CJ-116 se definió al objeto del delito como:

Las cosas materiales sobre las que recayó la acción típica, como por ejemplo las cosas hurtadas o robadas, armas o explosivos en el delito de tenencia ilícita de las mismas, la droga en el delito de tráfico ilícito de drogas, los bienes de contrabando en dicho delito, etcétera, para lo que se requiere una regulación específica.

Con base en esta definición, se pone de manifiesto que el razonamiento para identificar al objeto del delito en la defraudación de rentas de aduana no ha tenido un criterio uniforme en la doctrina nacional, obteniéndose como consecuencia de esto una idea errada acerca de su delimitación conceptual, la cual ha dado pie a interpretaciones desacertadas.

Una expresión de lo mencionado la encontramos en Cornejo Alpaca (2008) cuando declara, sin ningún argumento, que el objeto material del delito es la mercancía. Ampliando este nimio concepto, Gallardo Miraval (2008) afirma que el objeto del delito también es la mercancía, pero agrega que esta debe caracterizarse por ser de procedencia extranjera, produciéndose su fraude sobre el

“(…) origen, valor, calidad, cantidad o especie, entre otras características como la serie, código marca, rotulado, etiquetado, así como de las condiciones de la transacción comercial internacional de la que ha sido objeto” (p. 314).

Ante lo expresado, consideramos, desde una perspectiva orientada a la razón de la sanción penal, que la concepción antes indicada resulta equivocada, ya que ello daría lugar a sostener que la conducta defraudatoria recaería sobre la mercancía que el importador ha sometido al régimen de importación, cuando no es así.

Los elementos descriptivos y normativos que conforman el delito se encuentran estructurados de tal manera que se convergen para establecer un marco de protección penal a la recaudación efectuada por la Administración Aduanera, conformada por los tributos, derechos *antidumping* o compensatorios señalados por ley; siendo necesario entender a su vez, dentro de esa misma línea de pensamiento, que en el caso del aprovechamiento ilícito de una franquicia o de un beneficio tributario el objeto del delito será la ganancia económica obtenida ilegalmente con los actos fraudulentos desplegados por el sujeto activo ante la SUNAT.

252

En mérito al argumento invocado, el objeto sobre el que recae el delito de defraudación de rentas de aduana, y que justifica el fin proteccionista de la norma penal dentro del ámbito del comercio internacional, son los tributos u otros gravámenes, o los derechos *antidumping* o compensatorios que gravan la importación; encontrándose además dentro de este ámbito la ganancia obtenida indebidamente mediante el aprovechamiento ilegal de una franquicia o de un beneficio tributario.

En correlato con lo esbozado, no se debe confundir el objeto sobre el que recae la conducta típica con lo que es objeto de sometimiento al trámite aduanero, que viene a ser la mercancía, sobre la que se aplicarán los procedimientos aduaneros que permitan su ingreso en el país, previo cumplimiento de las formalidades administrativas, entre las que se incluye el pago de los tributos aduaneros y demás obligaciones que señale la ley.

3.6. Bien jurídico protegido

La labor que tiene el legislador penal en establecer qué comportamientos de la vida humana dejarán de ser socialmente aceptados para ser merecedores

de protección penal tiene como finalidad principal brindar protección a todos aquellos bienes que se consideren como indispensables para el desarrollo y la convivencia de la sociedad.

En el caso de la defraudación de rentas de aduana, dicho delito es una manifestación de la política criminal del Estado dentro del ámbito de los ilícitos económicos que tiene como propósito principal la eficacia de la potestad aduanera, traducida en la protección de la recaudación de los tributos con que se encuentran afectas las mercancías que ingresan al país; estos son empleados por el Estado para el incremento del tesoro público, el financiamiento de los gastos internos, la inversión en proyectos sociales y otros planes tendientes al desarrollo del país.

En mérito a este objetivo, no cabe duda de que se resguarda el proceso de ingresos del Estado que tienen su origen en las operaciones de comercio exterior; pero, además de ello, se debe tener presente que en el tipo penal se protegen otros ámbitos que no se vinculan con el pago de tributos a favor del Estado generados como consecuencia del ingreso de las mercancías a territorio nacional.

Acerca de este punto, Cosío Jara (2014) precisa diáfanoamente sobre el bien jurídico en este delito que: “Para algunos es la recaudación del tributo aduanero, ello [sic] no es correcto porque no incluiría la percepción de los derechos antidumping o compensatorios ni los *drawbacks*” (p. 1245).

Por esta razón, sin perjuicio de lo señalado, siempre que se haga referencia al bien jurídico protegido en este delito no se deberá desvincular la idea de que este se encuentra conformado tanto por los ingresos como los egresos originados por el tráfico internacional de mercancías, refiriéndose los primeros a los gravámenes, derechos *antidumping*, derechos compensatorios y franquicias que se dejan de pagar, total o parcialmente; y los segundos, relacionados con el aprovechamiento indebido de un beneficio tributario obtenido tras haber inducido a error a la Administración Aduanera.

Finalmente, sin dejar de lado la posición asumida en las líneas anteriores, en los casos en los que las mercancías que ingresan en el territorio nacional no se encuentren gravadas con el pago de tributo alguno resultará obvio que no se podrá indicar la existencia del delito de defraudación de rentas de aduana, debido a que el bien jurídico protegido no se habría vulnerado.

En este último caso, atendiendo a la forma y circunstancias como se produjeron los hechos, se deberá determinar qué tipo penal se habría configurado y si este ha transgredido una norma aduanera, como podría suceder en los supuestos de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas, que permite desterrar el concepto netamente patrimonialista que se tiene acerca de los delitos aduaneros al abarcar a su vez, dentro de su ámbito proteccionista y dependiendo de la naturaleza de la mercancía, por ejemplo, la seguridad pública, la salud pública, entre otros.

IV. TIPICIDAD SUBJETIVA

La elusión del pago total o parcial de los tributos u otros gravámenes, derechos *antidumping* o compensatorios, así como el aprovechamiento indebido de una franquicia o un beneficio, únicamente se realizará de manera dolosa; esto es, el sujeto activo debe tener pleno conocimiento y voluntad de desplegar una conducta contraria a la norma con la finalidad de obtener una ventaja económica en agravio del Estado.

254

Dentro de este ámbito de vulneración a la norma aduanera, el sujeto activo debe tener siquiera la probabilidad de saber que su comportamiento va a ocasionar un detrimento al erario estatal. Dicho proceder será suficiente para sustentar una sanción penal a título de dolo eventual.

Ahora bien: así como la existencia del dolo se demuestra mediante el análisis del comportamiento humano —a través de la exteriorización de su resolución criminal—, si el sujeto activo no tuvo en ningún momento el conocimiento y la voluntad de cometer el delito por desconocer que la documentación presentada al trámite aduanero era fraudulenta, o que siendo verdadera contenía características o cantidades distintas a las solicitadas a su proveedor, o se advierta cualquier otra conducta que nos lleve a establecer la ausencia de un ánimo de atentar contra la recaudación tributaria aduanera, nos encontraríamos ante un error de tipo, que tendrá como consecuencia la exclusión del dolo.

V. CONSUMACIÓN Y TENTATIVA

Se producirá la consumación del delito de defraudación de rentas de aduana cuando el sujeto activo, a través del engaño, astucia, ardid u otra forma fraudulenta, eluda el pago total o solo realice un pago parcial de los tributos, derechos *antidumping* o compensatorios que gravan la importación o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario.

El artículo 17 de la Ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, establece que el hecho imponible se configura en la fecha de numeración de la declaración. Sobre esa base, en atención a la configuración de su tipicidad objetiva, se postula que el momento de realización del delito vendrá a ser cuando nace la obligación tributaria aduanera, que, en atención al artículo 140 del Decreto Legislativo N.º 1053, Ley General de Aduanas, será en la fecha de la numeración de la Declaración Aduanera de Mercancías (DAM), siendo este el instante en el que se forja y/o exterioriza la desidia del sujeto activo en cumplir con su obligación, lo que dará pie a que no se efectúe el pago de los tributos o las obligaciones aduaneras, o solamente se realice de manera parcial, hecho que se acreditará materialmente con la presentación de la documentación al trámite aduanero conteniendo información distinta a la de la mercancía que se importa, referida a la calidad, cantidad, peso, valor comercial, origen, destino de las mercancías, etcétera; o documentación que, pese a ser verdadera, contiene información falaz.

En los casos de obtención de beneficio tributario a través de una solicitud de restitución de derechos arancelarios (*drawback*), consideramos que el delito se consumará en el momento de la aprobación de la solicitud por parte de la Administración Aduanera, lo que permitirá al exportador obtener el beneficio económico a su favor, siendo esto concordante con el artículo 8 del Decreto Supremo N.º 121-2003-EF, Reglamento de la Ley de los Delitos Aduaneros, que señala: "(...) Para los casos en que el delito esté relacionado al acogimiento indebido al Régimen de Beneficio de Restitución de Derechos Arancelarios-Drawback el perjuicio fiscal será el beneficio restituido o intentado obtener (...)".

En suma, estamos ante un delito de resultado que, en el caso de que no se llegue a perpetrar, como, por ejemplo, porque la Administración Aduanera descubrió a tiempo su proceder defraudatorio, se producirá la forma imperfecta de su ejecución.

Así mismo, siguiendo las bases de penales del Código Sustantivo, se exceptuará su sanción cuando el sujeto activo, de manera voluntaria, se desista de proseguir con la ejecución del delito o impida que se produzca su resultado, salvo que los actos que se hayan ejecutado constituyan, de manera independiente, otros delitos.

VI. AUTORÍA Y PARTICIPACIÓN

Cuando se ha desarrollado el tema relacionado con el sujeto activo, al ser un delito especial propio, se ha establecido que el acto vulnerador de la norma penal aduanera será realizado por aquella persona que tiene la obligación de cumplir con el pago de los tributos u otros gravámenes, derechos *antidumping* o compensatorios; como también, quien se aprovecha ilícitamente de una franquicia o beneficio tributario, teniendo por ende dicho sujeto la calidad de autor.

Sin perjuicio de lo anotado, en la realización de este ilícito aduanero puede producirse la participación de un *extranei* que, por ejemplo, podría instigar al obligado tributario a cometer el delito; o también podría haber intervención de otras personas que, dependiendo de la magnitud de su aporte (primario o secundario), contribuirán a que se cometa.

Así, por ejemplo, se puede invocar el caso en el que el importador pretende ingresar mercancía al país haciendo uso de facturas falsas con la finalidad de pagar menos tributos y se pone de acuerdo con la agencia de aduanas para que se haga uso de esa documentación fraudulenta en el trámite aduanero.

VII. PENA

Según el artículo 4 de la Ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros, la defraudación de rentas de aduana se encuentra reprimida con una pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de ocho años y con trescientos sesenta y cinco a trescientos setenta días-multa; ello sin perjuicio de lo establecido en el artículo 12 del Decreto Supremo N.º 121-2003-EF, Reglamento de la Ley de los Delitos Aduaneros, donde se establece que: “Las penas por Delito de Defraudación de Rentas de Aduana se aplicarán sin perjuicio del cobro del

adeudo o del monto de los beneficios tributarios percibidos indebidamente y de las sanciones administrativas a que hubiere lugar”.

En caso el delito sea sancionado en grado de tentativa, el artículo 9 de la acotada norma regula que deberá imponerse la pena mínima legal que corresponde al delito consumado. Sobre este punto, resulta singular la forma de sancionar la tentativa dentro del ámbito de los delitos aduaneros, en donde se aprecia que el legislador ha preferido realizar para este tipo de criminalidad una ponderación a favor de la prevención general negativa de la pena en vez de cobijar la norma que regula la sanción de la tentativa en el Código Penal (artículo 16).

VIII. CONCURSO CON OTROS DELITOS

El delito de defraudación de rentas de aduana viene a ser un ilícito que tiene una identidad que lo hace muy particular. Dadas sus características y la naturaleza del objeto al que ofrece tutela penal, no se podría aseverar que este pueda concursar idealmente con otro tipo penal que se encuentre contemplado en la Ley N.º 28008, Ley de los Delitos Aduaneros; ello en razón de que cada uno de estos tipos penales poseen su propia estructura, con las particularidades de que goza en mérito a su ámbito de protección.

De igual modo, tampoco podría concursar idealmente con un delito común, ya que si bien para generar el engaño, el ardid o la astucia sería necesaria la comisión de otros ilícitos, tales como la falsificación de documentos (artículo 427, primer párrafo del Código Penal), uso de documento falsificado (artículo 427, segundo párrafo del Código Penal), falsedad ideológica (artículo 428 del Código Penal) o falsedad genérica (artículo 438 del Código Penal), el tratamiento que se les debe brindar a estas figuras delictivas es de un concurso aparente de leyes, concretamente, el principio de consunción.

REFERENCIAS

- Alpaca Pérez, A. (2015). *Delitos tributarios y aduaneros*. Ubilex.
- Ataliba, G. (2001). *Hipótesis de incidencia tributaria*. Ara Editores.
- Basaldúa, R. X. (1992). *Derecho aduanero. Parte general. Sujetos*. Abeledo-Perrot.
- Bramont-Arias Torres, L. A. y García Cantizano, M. del C. (1998). *Manual de derecho penal. Parte especial*. 4.ª edición. Editorial San Marcos.
- Cabanellas, G. (2006). *Diccionario enciclopédico de derecho usual*. 29.ª edición. Heliasta.
- Carbajal Contreras, M. (1997). *Derecho aduanero*. Porrúa.
- Cornejo Alpaca, A. R. (1997). *Derecho penal aduanero*. Marsol.
- Cornejo Alpaca, R. A. (1999). *Derecho penal y procesal penal aduanero*. Lej.
- Cornejo Alpaca, A. R. (2008). *Delitos aduaneros e infracciones administrativas conexas*. Cotaval.
- Cosío Jara, F. (1997). *Comentarios a la Ley General de Aduanas (Dec. Leg. N.º 809). Comentarios – Antecedentes – Concordancias – Sumillado – Normas Conexas*. Librería y Ediciones Jurídicas.
- Cosío Jara, F. (2007). *Manual de derecho aduanero. Doctrina-jurisprudencia*. 2.ª edición. Rodhas.
- Cosío Jara, F. (2014). *Tratado de derecho aduanero*. Jurista Editores.
- Coya Ponce, J. (2013). *Los delitos aduaneros en el Nuevo Código Procesal Penal*. Grijley.
- Gallardo Miraval, J. (2008). *Los delitos aduaneros. Fundamentos de comercio internacional*. Editorial Rhodas.
- García Caveró, P. (2007). *Derecho penal económico. Parte general*. Tomo II. 2.ª edición. Grijley.
- Jescheck, H.-H. y Weigend, T. (2014). *Tratado de derecho penal. Parte general*. Volumen I. 5.ª edición. Instituto Pacífico.
- Matsuura Sánchez, H. (2019). *Comercio exterior y operatividad aduanera. Regímenes y regulaciones*. Fondo Editorial USMP.

- Munive Taquíá, J. (1995). *Fundamentos de derecho aduanero*. Palma Ediciones.
- Peña Cabrera Freyre, A. R. (2014). *Derecho penal. Parte especial*. Tomo VII, 1.ª edición. Idemsa.
- Ramírez P., A. (1972). *Manual de derecho aduanero. Importaciones y exportaciones*. Editorial Temis.
- Salinas Siccha, R. (2015). *Delitos contra el patrimonio*. 5.ª edición. Instituto Pacífico.
- Soler, S. (1988). *Derecho penal argentino*. Tomo IV, 4.ª edición. Tea.
- Tocunaga Ortiz, A. (1998). *Colección aduanera. Derecho Penal Aduanero. Ley N.º 26461. Exposición Sistemática – Legislación, Análisis y Comentarios a la Ley de los Delitos Aduaneros*. Tomo II. Instituto Peruano de Derecho Aduanero.
- Tossi, J. L. (1994). *Diccionario de derecho aduanero*. Ediciones Depalma.
- Vidal Albarracín, H. G. (1987). *Delito de contrabando. Leyes 22.415 y 23.353*. 2.ª edición. Universidad.
- Villalobos Torres, L. (2006). *Términos de comercio internacional (Incoterms) 2000*. Editorial Miguel Ángel Porrúa.
- Zagal Pastor, R. (2008). *Derecho aduanero. Principales instituciones jurídicas aduaneras*. San Marcos.

EL DELITO FISCAL: ANÁLISIS DE LA PARTICIPACIÓN DEL PROVEEDOR DE FACTURAS EN LOS DELITOS TRIBUTARIOS A PARTIR DE LA INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 5C DE LA LEY PENAL TRIBUTARIA

Ángela Talía Avellaneda Díaz

261

Sumario

I. El delito de defraudación tributaria o delito fiscal. II. El Decreto Legislativo N.º 813, Ley Penal Tributaria peruana. III. La participación del proveedor de facturas en el delito de confección, obtención, venta o facilitación de facturas. IV. La participación del proveedor de facturas en el delito de obtención indebida de crédito fiscal, saldo a favor, compensaciones y otros incentivos tributarios previsto por el inciso 'a' del artículo 4 de la Ley Penal Tributaria. V. La aplicación del principio de concusión en los casos en los que el proveedor de facturas no se limite a la facilitación, sino realice también actos ejecutivos. VI. Conclusiones. Referencias.

I. EL DELITO DE DEFRAUDACIÓN TRIBUTARIA O DELITO FISCAL

1. Naturaleza y características del delito de defraudación tributaria o delito fiscal

En una sociedad como aquella en la que vivimos, es indispensable concienciar a cada uno de los ciudadanos respecto de la responsabilidad que les atañe en el

sostenimiento del Estado con el fin de que este proporcione servicios básicos de calidad. Este deber de contribuir no solo depende de los tributos que pagan las grandes empresas o las transnacionales, sino que les corresponde a todos y cada uno de los ciudadanos, quienes en mayor o menor medida, y conforme a sus ingresos, están obligados a pagar los tributos establecidos por ley.

En ese contexto, el estudio y prevención del delito fiscal o defraudación tributaria últimamente viene cobrando mayor importancia, mucho más en épocas en las que la recaudación y la economía nacional enfrentan un duro golpe debido a la COVID-19. La comisión de este tipo de delitos no solo evidencia la poca conciencia tributaria en la que vivimos, sino que permite además ver con claridad la afectación que sufre la colectividad de ciudadanos a consecuencia de estos delitos a través de la reducción del pago de tributos, lo que genera una disminución en la recaudación que debía servir para ofrecer servicios públicos eficientes en salud y educación, entre otros.

Como es natural, ha sido parte del debate doctrinario el determinar la naturaleza del delito de defraudación tributaria. La gran mayoría de autores concluyen que el delito de defraudación tributaria o delito fiscal se configura como un delito especial propio, en tanto el sujeto activo o autor del delito debe tener una condición especial, esto es, debe ser un contribuyente registrado ante la Administración Tributaria bajo un Registro Único (RUC), que le brinda la condición de deudor tributario, sea como contribuyente o responsable, en virtud de lo establecido por el artículo 7 del Código Tributario.

Del mismo modo, el delito de defraudación tributaria ha sido considerado como un delito de infracción de deber con elementos de dominio, conforme a los términos expuestos por nuestra Corte Suprema mediante Ejecutoria Suprema N.º 5388-2008. Esto es así porque el sujeto activo no solo debe reunir esta condición especial descrita, sino también porque, en virtud de ella, asume un deber extrapenal gracias al vínculo creado directamente con la Administración Tributaria, que lo diferencian de los deberes generales como ciudadano y lo enmarcan en un deber especial y particular, como señala Martínez-Bujan Pérez (2019). Es en virtud de este deber, quebrantado dolosamente, acreditado suficientemente con el conocimiento de la obligación tributaria, que se le atribuye la autoría del delito fiscal.

Resulta vital tener en cuenta que el hecho de que este tipo de delitos sea considerado un delito de infracción de deber no imposibilita la intervención de otros partícipes, ya sea en condición de cómplices o incluso de instigadores, que colaboran de manera indiscutible en la ideación, comisión y ejecución del hecho delictivo, motivo por el cual no se le puede considerar, en puridad, un delito de infracción de deber, sino como uno con elementos de dominio o como delito mixto.

De tal forma, en la defraudación tributaria, entendida como delito de infracción de deber con elementos de dominio, se pueden identificar: a) el *intraneus* en condición de autor, al ser titular del deber especial institucional. Sobre el particular, mediante Ejecutoria Suprema N.º1234-2011, nuestra jurisprudencia ha definido que el núcleo que fundamenta la atribución de responsabilidad especial en los casos de delito tributario radica en deber de salvaguardar un adecuado funcionamiento de las entidades que se dirige; y, b) el *extraneus*, a quienes se considera lesionan un deber general y colaboran en el ámbito de su dominio al resultado final, en este caso la lesión al bien jurídico. Tal es el caso de la participación dolosa como cómplice de contadores, proveedores, asesores tributarios o fiscales, trabajadores de la empresa y demás personas vinculadas que presten colaboración durante la realización del delito, posición que ya fue asumida y aceptada por la Corte Suprema del Poder Judicial Peruano mediante Ejecutoria N.º 5388-2008.

Dicho esto, resulta evidente que el delito fiscal, dado el ámbito empresarial donde suele ocurrir, implica una serie de acciones tanto a nivel de actos preparatorios como actos ejecutivos que permiten evidenciar cierta organización para arribar a su consumación, siendo clara la organización conjunta entre el titular del deber institucional y los *extraneus* que colaboran necesariamente para su ejecución.

2. El bien jurídico protegido en los delitos fiscales o de defraudación tributaria

Respecto al bien jurídico protegido en los delitos fiscales, existen dos líneas de pensamiento:

- a. Las teorías patrimoniales, que identifican en los delitos fiscales como bien jurídico protegido el patrimonio del Estado, tanto en su dimensión inmediata,

concretada en la recaudación, como en la mediata, referida a las funciones del tributo recaudado.

- b. Las teorías funcionales, que identifican el bien jurídico protegido de los delitos fiscales en la protección de la función tributaria o funciones del tributo.

II. EL DECRETO LEGISLATIVO N.º 813, LEY PENAL TRIBUTARIA PERUANA

La Ley Penal Tributaria del país, Decreto Legislativo N.º 813, fue publicada el 20 de abril de 1996, y modificada mediante Decreto Legislativo N.º 1114, de fecha 5 de julio de 2012, mediante la cual se incorporaron nuevos tipos delictivos.

Esta norma especial está integrada por cuatro títulos que dan el marco típico de los delitos tributarios y parte del tratamiento procesal que debe seguirse a lo largo del proceso ante las instancias fiscales y judiciales. En ese sentido, el título I comprende las modalidades previstas por la ley como delitos tributarios; el título II se encuentra referido a los requisitos para ejercitar la acción penal en delitos tributarios; el título III establece las características a tener en cuenta para fijar la caución en los delitos tributarios; y el título IV se encuentra dedicado a las consecuencias accesorias a las personas jurídicas implicadas en la comisión de este tipo de delitos.

La norma penal tributaria contempla desde su origen una modalidad base de defraudación tributaria, y diversas modalidades típicas, entre las más usuales están la obtención indebida de crédito fiscal prevista por el inciso 'a' del artículo 4. Así mismo, con la modificación incorporada mediante Decreto Legislativo N.º 1114, se incluyeron tipos autónomos e incluso dos tipos penales donde se adelantaba la barrera de criminalización a los actos preparatorios a la defraudación tributaria. Estos son los tipos contenidos en los artículos 5A (entrega de datos falsos al momento de la inscripción) y 5C (confección, obtención, venta o facilitación de comprobantes de pago). Sobre el particular, nos ocuparemos de las figuras de obtención indebida de crédito fiscal y confección, obtención, venta o facilitación de comprobantes de pago con el fin de determinar la participación del sujeto proveedor de facturas como interviniente en los hechos típicos.

1. La norma penal tributaria como ley penal en blanco

Una particularidad del delito tributario radica en que nos encontramos frente a una ley penal en blanco, pues resulta indispensable la remisión a preceptos y conceptos extrapenales, en este caso, propios del derecho tributario. Ello no solo sirve para establecer el origen del deber especial o deber institucional que infringe el autor, sino también para comprender y subsumir adecuadamente cada uno de los tipos penales de defraudación contenidos en la norma. En ese sentido, y como punto de partida, resulta indispensable remitirnos al Código Tributario para establecer el deber extrapenal del sujeto activo, quien, bajo las normas de la materia, es denominado “deudor tributario”, ya sea en la figura del contribuyente mismo o su responsable, conforme lo determina el artículo 16 del Código Tributario Peruano, en el que se prevé la transferencia del deber institucional conferido por ley de una persona jurídica al representante legal o designados.

Ahora bien: la remisión a las normas extrapenales no solo resulta indispensable para determinar el deber especial del sujeto activo del delito fiscal, sino también para poder subsumir de manera adecuada los tipos penales y, más aún, enfocar su probanza. De forma que existe una unión inquebrantable entre conceptos propios del derecho penal y conceptos tributarios para completar la descripción de los tipos penales por defraudación. Los tipos penales previstos por nuestra norma, tanto la defraudación tributaria como tipo base y sus diferentes modalidades, así como los tipos penales autónomos de la mencionada ley, pese a tener características y particularidades distintas, están estrechamente vinculados unos a otros; tanto es así que un grupo de ellos se encuentran enfocados exclusivamente en los actos preparatorios de los delitos fiscales, y el otro grupo ya se constituyen como delitos con un *iter criminis* completo.

Para el caso que nos ocupa, es de advertir que el delito previsto por el artículo 5C (confección, obtención, venta o facilitación de facturas) está estrechamente vinculado tanto al tipo base como a la modalidad de defraudación prevista en el inciso ‘a’ del artículo 4, referido a la obtención indebida de crédito fiscal, saldo a favor, compensaciones, devoluciones, incentivos tributarios, dado que la obtención de las facturas es precisamente el acto preparatorio fundamental para la comisión de este tipo de defraudación. De ahí que el rol del proveedor de la factura con operaciones no reales cobra particular importancia.

En ese contexto, la factura en sí misma, como lo indica la propia exposición de motivos del Decreto Legislativo N.º 1114, tiene un contenido económico, al punto que incluso describe dicha exposición de motivos para justificar la creación del tipo, cuya posesión equivaldría a “tener una chequera en blanco” que genera en el receptor que el IGV consignado sea un crédito a su favor que pueda deducirse del pago de sus impuestos.

III. LA PARTICIPACIÓN DEL PROVEEDOR DE FACTURAS EN EL DELITO DE CONFECCIÓN, OBTENCIÓN, VENTA O FACILITACIÓN DE FACTURAS

1. Análisis del tipo de confección, obtención, venta o facilitación de facturas

El delito de confección, obtención, venta o facilitación de facturas es en nuestro ordenamiento un delito de mera actividad y de peligro, que se configura plenamente con la realización del tipo. Así mismo, es un delito de peligro, pues únicamente precisa la puesta en peligro del bien jurídico protegido, sin necesidad de que se produzca un resultado lesivo.

Ahora bien: como se anotó en líneas precedentes, consideramos que asumir la postura patrimonialista del bien jurídico resulta admisible, más aún cuando se tiene en cuenta el carácter preventivo de este tipo penal, de forma tal que la venta de facturas con operaciones no reales puede considerarse como un elemento que hace peligrar en sí la efectiva recaudación y, por ende, el patrimonio del Estado.

Por otro lado, es de advertir que nos encontramos ante un tipo penal autónomo, por lo que la interrogante lógica recae en el cuestionamiento de si con su existencia se excluye ahora la participación del cómplice como el proveedor de facturas en el delito contenido en el inciso ‘a’ del artículo 4 de la Ley Penal Tributaria (obtención indebida de crédito fiscal), para ser procesados y encausados bajo la comisión del delito autónomo que sanciona en sí misma la venta y/o entrega de facturas. O si, por el contrario, superada la posibilidad de una aplicación del principio de concusión, se puede plantear la posibilidad de un concurso real de delitos entre el delito de facilitación de facturas y la colaboración a nivel de cómplice en el delito de obtención indebida de crédito fiscal.

Finalmente, es posible plantearnos la interrogante de si, al ser un delito autónomo, como ha sido definido por la Corte Suprema, nos encontramos frente a un tipo especial propio, como los demás delitos fiscales contenidos en la ley especial; o si, por el contrario, nos encontramos ante un delito común contenido en una ley especial como es la Ley Penal Tributaria.

2. La punibilización de actos preparatorios a través del delito de facilitación de facturas

La incorporación de este nuevo tipo penal tuvo como referencia principal la legislación chilena, pues se encuentra previsto en el inciso 5 del numeral 4 del artículo 97 del Código Tributario Chileno, país donde la doctrina ha denominado este tipo penal como aquella “incriminación autónoma de meros actos preparatorios y no un supuesto de participación en la etapa previa a la tentativa” (Van Weezel, 2010, p. 131), con base en que el tipo se considera consumado con la sola entrega o facilitación, sin tener en cuenta que dichos documentos sean efectivamente utilizados por algún contribuyente para obtener algún beneficio tributario de manera indebida.

Queda claro, entonces, que en ambas legislaciones —tanto en la chilena como en la peruana— se ha adelantado la penalización de los actos preparatorios con un fin orientado básicamente a una prevención general positiva y negativa, que busca no solo reafirmar la norma y proteger el bien jurídico protegido, sino también disuadir de manera general a la sociedad de la comisión de delitos tributarios a través de la penalización de la venta de facturas, situándose en un escenario pre-delito fiscal con el objetivo de dificultar mucho más aún la posibilidad de iniciar la ejecución del delito tributario más común.

Podemos afirmar, entonces, que nos encontramos frente a un tipo que sanciona exclusivamente los actos preparatorios de un grupo de delitos fiscales, entendiendo como acto preparatorio, conforme a la doctrina, aquella “serie de conductas materializadas o no, en el mundo exterior y realizadas a priori de los actos ejecutivos, que crean una posibilidad real de puesta en peligro de un bien jurídico protegido” (Castro, 2009, p. 99).

Según apunta Künsemüller (2010), la penalización de determinados actos preparatorios en un sistema jurídico:

se caracteriza por su tendencia a anticipar lo más posible la intervención del Estado, haciendo retroceder la imputación a etapas anteriores al principio de ejecución, creando tipos legales de carácter puramente preparatorio y, a través del paradigma del desvalor del acto, escudriñar en el ánimo de las personas, reduciendo a un lugar generalmente secundario la significación del resultado del hecho punible. (p. 86)

Ello con base en un adelantamiento punitivo frente a la posibilidad de lesión de un bien jurídico protegido.

En ese sentido, para la configuración de un delito de defraudación tributaria resultan necesarios pasos previos, incluso antes de considerar iniciada la fase ejecutiva del *iter criminis*, algunos de los cuales son objeto del delito contenido en el artículo 5C. Dentro de estos actos previos se encuentra, en primer término, que determinada persona natural o jurídica que se constituya formalmente ante la Administración Tributaria, obteniendo para tal efecto un RUC con un giro determinado, empiece a llevar una contabilidad mínima y obtenga facturas de proveedores compatibles con el giro del negocio con el fin de insertarlas en su contabilidad, las mismas que serán facilitadas por un múltiple posible grupo de personas por diferentes vías. En esta situación, el delito previsto por el artículo 5C sanciona la facilitación o la entrega de esta factura o comprobante de pago sin una operación comercial que la justifique.

Dicho esto, el delito de facilitación de comprobantes de pago es de ejecución instantánea, es decir, el delito se entiende consumado una vez realizada la entrega, venta o facilitación del comprobante de pago. Debemos tener en cuenta este punto, ya que es de vital importancia para entender dónde empieza y culmina la participación del sujeto activo en el presente tipo penal, toda vez que cualquier acto posterior a la entrega o facilitación de facturas ya no está comprendido en el ámbito de sanción y protección, al menos de este tipo penal, punto neurálgico para diferenciar si el autor de este delito puede ser comprendido como cómplice del delito de obtención indebida de crédito fiscal, como veremos en adelante.

3. El delito de facilitación de facturas como delito común dentro de una ley especial

Hemos dicho ya que el delito fiscal o de defraudación tributaria se configura en su mayoría como un delito especial; no obstante, existen tipos contenidos en normas

especiales como la Ley Penal Tributaria, que no comparten esa necesidad de exigir al autor una condición especial. Un ejemplo de ellos es el delito de facilitación de facturas contenido en el artículo 5C, lo que se puede afirmar de la lectura y análisis de la redacción del mismo tipo penal, sobre la base del siguiente análisis de tipicidad.

3.1. Tipicidad objetiva

3.1.1. De los verbos rectores

Los verbos rectores del tipo contenido en el artículo 5C incluyen: a) la confección, b) la obtención y c) la venta o facilitación.

Es de advertir que no es casualidad que el tipo penal los enumere en dicha secuencia, pues el ánimo preventivo del legislador, como quedó anotado precedentemente, fue tratar de disuadir de la comisión del delito. Este ocurre en un primer punto de intervención: disuadir de la confección. En un segundo punto de intervención intenta disuadir de la obtención de un comprobante de pago ya elaborado. Y, finalmente, en un tercer momento de intervención, pretende evitar la venta o facilitación de comprobantes ya impresos y listos para circulación.

A partir de un análisis objetivo del tipo, resulta obvio que el delito de facilitación de facturas no exige ninguna condición especial para el autor o sujeto activo del tipo penal descrito; no solo porque los verbos rectores son amplios, sino también porque cualquier persona puede incurrir en la confección, obtención y venta o entrega de comprobantes de pago y no necesariamente será siempre el titular que figure en las facturas. Tal es el caso de responsables de imprentas o tramitadores que dupliquen facturas sin conocimiento del titular.

Desde cierto punto de vista, podría indicarse que la acción de confeccionar solo podría ser realizada por imprentas autorizadas. También, la venta o facilitación de comprobantes de pago, facturas, etcétera, solo podría, hipotéticamente, ser realizada por contribuyentes que se hayan registrado en los sistemas de la administración pública. No obstante, consideramos que estas posturas restrictivas no corresponden, pues tomarlas en cuenta sería desconocer que en la realidad existe tráfico de facturas con múltiples intervinientes, entre los cuales puede o no estar el titular involucrado.

3.1.2. La condición “a cualquier título” en el tipo penal

A manera de reforzar la naturaleza preventivo-general de este tipo penal, el legislador incluye de manera expresa la condición de actuación “a cualquier título”. Con ella refuerza la postura de que cualquier persona podrá ser autor del delito de confección, obtención y facilitación de comprobantes de pago. Ello teniendo en cuenta también que las acciones penales y sus consecuencias son personalísimas, de forma tal que puedan ser comprendidos como autores no solo los responsables tributarios que hubieran facilitado dolosamente comprobantes de pago, sino que incluso se podría incluir a cualquier persona.

Lo indicado cobra mayor sentido aún si se tiene presente la problemática que viene afrontando actualmente la Administración Tributaria al tener que combatir con redes de tráfico de comprobantes de pago en diferentes rubros, como el textil, el agroindustrial o el de metalmecánica, compuestas no solo por contribuyentes que se prestan a obtener un RUC para facilitar facturas sin realizar operación alguna, sino también por contadores, tramitadores, gestores e incluso personal y dueños de imprentas.

3.1.3. De los comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito y notas de débito

Es también un tipo penal en blanco, pues nos obliga a remitirnos a la Ley de Comprobantes de Pago (Decreto Ley N.º 25632) y el reglamento aprobado mediante Resolución de Superintendencia N.º 007-99/SUNAT, modificada por Resolución de Superintendencia N.º 252-2019/SUNAT, de fecha 30 de noviembre de 2019, que contiene en el artículo 1 la definición de comprobantes de pago, que define como el documento que acredita la transferencia de bienes, la entrega en uso o la prestación de servicio. En el artículo 17 del referido cuerpo normativo se define a las guías de remisión como aquel documento que sustenta el traslado de bienes entre distintas direcciones. Así mismo, en el numeral 1 del artículo 10 del mencionado reglamento se anota la definición de notas de crédito como aquellas emitidas por concepto de anulaciones, descuentos, bonificaciones, devoluciones y otros. Además, el numeral 2 del artículo 10, sobre las notas de débito, indica que se emitirán para recuperar costos y gastos incurridos por el vendedor con posterioridad a la emisión de la factura o boleta de venta, como intereses por mora y otros.

3.2. Del objeto o ánimo del sujeto activo

Respecto al ánimo establecido por el mismo tipo penal —esto es, el objeto de cometer o posibilitar la comisión de delitos previstos en la ley penal tributaria—, entendemos que este se encuentra referido únicamente a la intención existente en el agente de confeccionar, obtener o facilitar un documento sin una justificación o la existencia de una operación comercial, sin ser relevante si finalmente se utiliza o no el comprobante entregado.

En ese orden de ideas, esto se advertirá cuando, por ejemplo, determinado contribuyente se inscribió conscientemente y obtuvo un RUC, solicitó la autorización de comprobantes de pago, pese a ser consciente de que nunca realizaría operaciones comerciales de ningún tipo.

3.2.1. Tipicidad subjetiva

El delito de confección, obtención o facilitación de facturas constituye un delito eminentemente doloso, y en el que debe encontrarse ánimo defraudatorio, para sí u otra persona, de manera indistinta.

3.2.2. Del requisito de procedibilidad especial previsto por el artículo 7 de la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N.º 813)

La Ley Penal Tributaria tiene la particularidad de que exige un requisito de procedibilidad para la procedencia de la formalización de la investigación preparatoria de todas las investigaciones por delitos tributarios regulados por dicha ley. Este requisito es la emisión de un informe motivado por parte del órgano administrador del tributo (SUNAT).

La emisión de este informe motivado no solo se encuentra justificada en la Ley Penal Tributaria, sino también en el artículo 192 del Código Tributario, que denomina al informe motivado como informe de indicio de delito tributario.

El supuesto previsto por el artículo 5C no está exento de esta disposición, razón por la cual debe contarse con un informe de indicios de delito tributario. No obstante, dada la naturaleza del delito y la forma en que es cometido, el contenido de este informe estará fundado principalmente en la verificación de datos y hechos que existen en los sistemas de la Administración Tributaria

y solicitudes de información que pudiera requerir, de ser el caso, vinculados a la confección, venta o facilitación de comprobantes de pago. Dicha verificación es efectuada en virtud de una de las acciones que puede ejercer dentro de sus facultades fiscalizadoras, conforme prevé el artículo 61 del Código Tributario.

Ahora bien: los hechos constitutivos de delito contenidos en el artículo 5C se aprecian en diversos escenarios. Esto es, pueden surgir en el marco de la fiscalización programada a determinado contribuyente; pueden darse en el marco de una intervención efectuada por un fedatario fiscalizador de SUNAT o de la PNP; puede tomarse conocimiento de estos a raíz de una denuncia de parte formulada ante el Ministerio Público o la Administración Tributaria.

IV. LA PARTICIPACIÓN DEL PROVEEDOR DE FACTURAS EN EL DELITO DE OBTENCIÓN DEL CRÉDITO FISCAL, SALDO A FAVOR, COMPENSACIONES Y OTROS INCENTIVOS TRIBUTARIOS PREVISTOS POR EL INCISO 'A' DEL ARTÍCULO 4 DE LA LEY PENAL TRIBUTARIA

Como ya hemos comentado, el delito de obtención indebida de crédito fiscal podría considerarse el delito tributario con mayor incidencia en la actualidad, teniendo también en cuenta que admite la participación de diferentes sujetos como cómplices. En consecuencia lógica, la pregunta que corresponde efectuar es cuándo se puede considerar a un proveedor de facturas como cómplice del delito de obtención indebida de crédito fiscal, dada la existencia del tipo autónomo que sanciona la facilitación o entrega de las facturas.

En primer lugar, debemos dejar en claro que la existencia del artículo 5C comprende a los proveedores que vendan o faciliten facturas, pero esto no es óbice para afirmar que deben ser excluidos de su participación a nivel de complicidad en el delito de obtención indebida de crédito fiscal si durante el cruce de información efectuada en los fiscalizados se llega a determinar su participación en actos ejecutivos del delito tributario de obtención indebida de crédito fiscal, como por ejemplo, entre otros:

- Realización de declaraciones juradas mensuales y anuales donde se consignan las operaciones no reales contenidas en las facturas proporcionadas.

- Ingreso en libros o documentos como kardex de salida o inventarios de las presuntas operaciones realizadas contenidas en las facturas.
- La suscripción de diversa documentación que justifique la contratación del servicio o adquisición del producto, como cotizaciones, órdenes de compra, contratos.
- Participación en la cobranza de cheques, depósitos en cuentas y otros medios que pretendan justificar el pago de las facturas con operaciones no reales.
- Asistencia a manifestaciones administrativas ante la Administración Tributaria para sustentar las presuntas operaciones.

Estos supuestos, entre otros, permiten diferenciar y evidenciar que un proveedor no solo incurrió en la facilitación, sino además colaboró de manera directa en los actos ejecutivos del delito de obtención indebida de crédito fiscal, ayudando de manera directa al autor en la maniobra defraudatoria.

Esta serie de actos adicionales a la facilitación del comprobante, no penados ni sancionados en el tipo penal 5C, nos permiten diferenciar si nos encontramos ante un supuesto previsto en el 5C o un supuesto previsto en el inciso 'a' del artículo 4.

V. LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE CONCUSIÓN EN LOS CASOS EN LOS QUE EL PROVEEDOR DE FACTURAS NO SE LIMITE A LA FACILITACIÓN, SINO REALICE TAMBIÉN ACTOS EJECUTIVOS

Frente al análisis de la participación del proveedor de facturas en el delito previsto por el artículo 5C y el inciso 'a' del artículo 4, resulta coherente preguntarnos si nos encontramos ante un concurso real o, en su defecto, estamos frente a un supuesto en el que debe aplicarse el principio de concusión por la existencia de un concurso aparente de leyes, donde el inciso 'a' del artículo 4 contiene las acciones sancionadas por el artículo 5C.

La determinación de cada supuesto se hará al tener en consideración aquellos casos en los que el proveedor no se limite a la entrega de facturas, sino participe también en actos ejecutivos para lograr la defraudación tributaria. En este caso, la entrega de facturas pasaría a ser un acto preparatorio de la defraudación de otro partícipe, de modo que ambos comparten un mismo ánimo defraudatorio.

Respecto a comprobar si nos encontramos en el escenario de un concurso real, debemos verificar, como apunta Villavicencio Terreros (2006), la concurrencia de los requisitos correspondientes, tales como: a) la existencia de pluralidad de acciones; b) la existencia de una pluralidad de lesiones a la ley penal; c) la existencia o unidad del sujeto activo y la unidad o pluralidad del sujeto pasivo; y, d) que sea juzgado en un mismo proceso penal. Luego de constatar la concurrencia de todos los requisitos planteados por el doctor Villavicencio, corresponderá verificar si procede la aplicación de los principios de especialidad, subsidiariedad y concusión, con el fin de determinar si nos encontramos frente a un concurso aparente de leyes o se trata verdaderamente de un concurso real.

En ese sentido, respecto a los requisitos planteados por el profesor Villavicencio, la participación del proveedor de facturas, que no solo facilita el comprobante de pago sino también presta colaboración en actos ejecutivos como los señalados en el acápite anterior —esto es, firma de contratos, presupuesto, declaraciones ante la administración tributaria, cobro de cheques, etcétera— constituye, pues, la pluralidad de acciones necesaria desplegada en momentos distintos. Así, pues, la entrega o venta de los comprobantes de pago constituye una acción, y la suscripción de contratos, cotizaciones, cobro de cheques, etcétera, representan una acción posterior independiente.

Respecto a la pluralidad de lesiones a la ley penal, debemos advertir también, como se señaló en líneas precedentes, que, en primer término, al constituir el delito previsto por el artículo 5C un delito autónomo y de comisión instantánea, frente a la sola facilitación de facturas, ya nos encontramos ante un delito consumado, habiéndose configurado ya la puesta en peligro del bien jurídico protegido, independientemente de la utilización de los comprobantes, lo que constituye en sí la primera lesión o trasgresión de una ley penal. En segundo término, respecto del delito de obtención indebida de crédito fiscal, al configurarse también como un delito autónomo y de resultado, vemos que admitirá la participación de un autor y, de ser el caso, cómplices, que coadyuvarán a obtener el resultado lesivo, esto es, la obtención indebida del beneficio tributario. De esta forma se configura la segunda vulneración independiente a la ley penal. No obstante, no debe perderse de vista la naturaleza del delito contenido en el artículo 5C, el cual sanciona actos preparatorios.

En lo que concierne a la unidad del sujeto activo y la unidad del sujeto pasivo, debemos advertir que existe una variación en el título de atribución en ambos

delitos: si bien el proveedor de facturas actuará en el tipo previsto por el artículo 5C como autor, en el caso del delito previsto por el inciso 'a' del artículo 4 actuará como cómplice. No obstante, siempre tiene la condición de partícipe en los hechos con la misma voluntad o ánimo defraudatorio, tal como lo describen ambos tipos penales. Así mismo, el sujeto pasivo en estos delitos será siempre el Estado, representado por la Administración Tributaria (SUNAT).

Finalmente, respecto del requisito que sea juzgado en un mismo proceso penal, es de advertir, como se señaló anteriormente, que los hechos derivarán de la denuncia efectuada por la Administración Tributaria en mérito de un solo informe de indicio de delito tributario. En este se efectúa el desarrollo de los hechos, una verificación o fiscalización, un cruce de información, cuando sea necesario, en el cual se consigan las personas vinculadas a los hechos, desde el obligado tributario hasta cada uno de los partícipes intervinientes en todas las modalidades delictivas de delito tributario que se pudieran encontrar, lo que incluye tanto los hechos sancionados por el artículo 5C como por el inciso 'a' del artículo 4.

Conforme a lo indicado, se instaura una sola investigación con un mismo medio de prueba principal, el informe de indicio de delito, el cual, conforme al artículo 194 del Código Tributario, tiene el valor de una pericia institucional.

En virtud de lo expuesto, consideramos que los cuatro requisitos previstos por el profesor Villavicencio se cumplen, por lo que es preciso verificar la aplicación de los principios para determinar la procedencia o no de un concurso aparente, esto es, si corresponde aplicar el principio de especialidad y concusión frente a un probable concurso aparente de leyes, o si se puede determinar que nos encontramos ante un concurso real.

1. Sobre la aplicación del principio de especialidad y concusión en los casos en los que el proveedor de facturas colabora en actos adicionales a la sola facilitación

De lo expuesto hasta el momento, queda claro que todo proveedor que venda o facilite facturas conociendo que estas operaciones no se realizaron, será comprendido en el tipo penal 5C. Ahora bien: si este mismo proveedor, como segundo paso, efectúa actos adicionales a la sola entrega, debe ser comprendido como cómplice del tipo previsto en el inciso 'a' del artículo 4. No proceder de esta forma implicaría generar impunidad en acciones lesivas al bien jurídico

como es la recaudación que genera el patrimonio del Estado. En ese sentido, la pregunta recae entonces en si aquellos comprendidos por el inciso 'a' del artículo 4 deberán ser también penados por el 5C, o si existe la posibilidad de aplicación de los principios de especialidad y concusión.

1.1. Principio de especialidad

El aforismo latino *Lex specialia derogat lex generalis* nos indica que, frente a un posible concurso, deberá ser de aplicación la ley especial y no la general. Desde esta perspectiva, y conforme anotamos en líneas precedentes, el delito contenido en el artículo 5C es un delito común dentro de una ley especial. En cambio, el delito contenido en el inciso 'a' del artículo 4 de la Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N.º 813) es un delito especial propio de infracción de deber con elementos de dominio.

Sobre esa base, podemos deducir que debería ser de aplicación la ley especial, esto es, el delito de obtención indebida de crédito fiscal, en el caso del proveedor de facturas en condición de cómplice.

1.2. Principio de consunción

El aforismo latino *Lex consumers derogat legi consumptae*, como afirma Villavicencio, se da en aquellos supuestos en los que "el precepto más amplio o complejo absorbe a los que castigan las infracciones consumidas en aquel. Se da cuando el contenido de injusto y de la imputación personal de un delito están incluidos en otro" (Villavicencio, 2009, p. 714).

En ese sentido, la doctrina ha considerado un cierto grupo de delitos comprendidos en el principio de consunción, esto es, los delitos con actos anteriores, acompañantes y posteriores. En el caso que nos ocupa, nos encontraríamos ante actos anteriores copenados, dada la naturaleza del delito contenido en el artículo 5C como delito que castiga actos preparatorios de un posible delito de defraudación tributaria, en tanto ambos delitos comparten el mismo ánimo por parte de los partícipes.

Finalmente, si bien un delito absorberá o comprenderá al otro, en este caso el inciso 'a' del artículo 4 absorberá al 5C en los casos en los que existan actos ejecutivos acompañados de la sola entrega de la factura, como refiere Matus,

existe también el supuesto por el que se dé un resurgimiento de la norma desplazada cuando se verifique en el proceso que no concurren en los partícipes los presupuestos que originaron en un primer momento su desplazamiento, lo que implica que se deberá regresar a la sanción del tipo previsto por el artículo 5C y no la absolución de plano.

VI. CONCLUSIONES

El delito de defraudación es un tipo penal especial propio de infracción de deber con elementos de dominio, donde participan tanto un *intraneus*, titular del deber extrapenal o institucional, como un *extraneus*, el cual vulnera el deber general de no lesionar los bienes jurídicos.

La Ley Penal Tributaria (Decreto Legislativo N.º 813) es una ley especial que contiene delitos tributarios especiales y comunes, todos ellos como leyes penales en blanco, que obligan a la remisión de preceptos y conceptos propios del derecho tributario.

El comprendido en el artículo 5C (confección, obtención o facilitación de comprobantes de pago, guías de remisión, notas de crédito o débito) es un delito común en la Ley Penal Tributaria. Se trata de un delito de comisión instantánea y de peligro; su consumación se da con el solo hecho de facilitar el comprobante, sin importar si este es utilizado o no de manera posterior.

El artículo previsto por el inciso 'a' del artículo 4 de la Ley Penal Tributaria (obtención indebida de crédito fiscal) permite la participación del proveedor de facturas en condición de cómplice, figura que los comprenderá cuando estos, de manera adicional a la facilitación de facturas, realicen actos ejecutivos que colaboren con la maniobra defraudatoria, esto es, con actos adicionales a los establecidos en el artículo 5C, como firma de contratos, cotización, cobro de cheques, etcétera.

Es de aplicación el principio de especialidad y de consunción; por tanto, en el caso en el que exista un proveedor de facturas que cometa dichos actos adicionales, deberá ser enmarcado dentro de la complicidad del inciso 'a' del artículo 4, y ya no deberá ser subsumido de manera individual en el tipo previsto por el 5C.

REFERENCIAS

- Bacigalupo, E. (1999). *Derecho penal. Parte general*. 2.ª edición. Editorial Hammurabi.
- Bravo Salas, F. (2011). Los valores personales no alcanzan para explicar la conciencia tributaria: experiencia en el Perú. *Revista de Administración Tributaria*, 31.
- Castro Maradiaga, J. B. (2009). Las etapas del *iter criminis* y su aplicación práctica en los tipos de injusto de homicidio y asesinato. *Revista de Derecho*, 12. Universidad Centroamericana – Facultad de Ciencias Jurídicas.
- De la Mata, N. J. (2018). Delitos contra la hacienda pública y la seguridad social. En *Derecho penal económico y de la empresa* (pp. 529-591). Dykinson.
- De Araujo Alvez, J. S. (2017). La evolución de los fundamentos de las penas y el surgimiento de políticas actuariales basadas en la sociedad del riesgo. *Revista de Derecho*, 9. Escuela de Postgrado, Universidad de Chile.
- Linares, M. B. (2020). *El delito de defraudación tributaria. Análisis dogmático de los artículos 305 y 305 bis del Código Penal español*. Bosh.
- Matus Acuña, J. P. (2002). La teoría del concurso aparente de leyes penales y el “resurgimiento” de la ley en principio desplazada. *Revista de Derecho*, 9. Universidad Católica del Norte.
- Martínez-Bujan Pérez, C. (2019). Autoría y participación en el delito fiscal. En *El delito fiscal. Aspectos penales y tributarios*. Atelier.
- Milton Peralta, J. (2008). Prevención general positiva como respeto por el orden jurídico. A su vez, una distinción analítica entre distintos conceptos de “prevención general positiva”. *InDret* 2/2008.
- Mir Puig, S. (1995). *Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva en prevención y teoría de la pena*. Editorial Jurídica Conosur Ltda.
- Mir Puig, S. (2003). *Introducción a las bases del derecho penal*. 2.ª edición. Editorial BdF Ltda.
- Peñaranda Ramos, E. y Basso, G. (2019). *La pena: nociones generales en Manual de introducción al derecho penal*. Colección Derecho Penal y Procesal Penal 2. Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Künsemüller, C. (2010). El castigo de las formas preparatorias del delito. *Revista Derecho y Humanidades*, 1(16).
- Roxin, C. (2000). Las formas de intervención en el delito: estado de la cuestión. En *Sobre el estado de la teoría del delito*. Seminario en la Universitat Pompeu Fabra. Civitas Ediciones SL.
- Van Weezel, A. (2010). *Delitos tributarios*. Editorial Jurídica de Chile.
- Villavicencio Terreros, F. A. (2006). *Derecho penal: parte general*. Editorial Grijley.
- Villavicencio Terreros, F. (2019). *Derecho penal básico*. Pontificia Universidad Católica del Perú – Fondo Editorial.

DERECHO PROCESAL PENAL

ANÁLISIS CRÍTICO A LA VIABILIDAD DEL PROYECTO DE LEY N.º 6623-2020. ¿MECANISMO DE SOLUCIÓN A LAS FALENCIAS DE LA REGULACIÓN DEL PROCESO ESPECIAL DE COLABORACIÓN EFICAZ?

Héctor Aurelio Paz Solano

281

SUMARIO

I. Introducción. II. El proceso de colaboración eficaz en el ordenamiento jurídico peruano. 2.1. Definición de la colaboración eficaz. 2.2. Regulación del proceso de colaboración eficaz en el Perú. III. Proyecto de Ley N.º 6623-2020, que pretende modificar el proceso de colaboración eficaz. 3.1. Opinión sobre el Proyecto de Ley N.º 6623-2020, Ley de Colaboración Eficaz. 3.2. Análisis de los artículos del NCPP a modificar por el Proyecto de Ley N.º 6623-2020. IV. Conclusiones. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La incorporación de la colaboración eficaz en nuestro ordenamiento jurídico surge en una coyuntura política marcada por la necesidad de desarticular organizaciones criminales ligadas a la más alta cúpula del poder. Su regulación data de la década de 1990, con la aparición como colaboradora especial de Matilde Pinchi Pinchi, quien fue secretaria del exasesor presidencial Vladimiro

Montesinos y actora principal de dicha figura jurídica, y se la ha aplicado después en el caso “Lava Jato”. En ambas situaciones ha sido de gran utilidad la información producto de las delaciones, al punto que se ha convertido en uno de los principales instrumentos para la obtención de pruebas para garantizar el éxito del proceso.

Así mismo, el actual proceso especial de colaboración eficaz ha sido objeto de diversas modificaciones, que han extendido su aplicación tanto a personas naturales con la condición de no procesadas como de procesadas o condenadas e incluso de personas jurídicas.

Hoy en día, en la lucha contra la criminalidad organizada, la corrupción y delitos conexos que tienen alta incidencia en nuestra sociedad, el proceso especial de colaboración eficaz desempeña un papel protagónico, pues se ha convertido en una herramienta jurídica idónea y valiosa, utilizada a nivel nacional e internacional, y en una expresión máxima de la justicia negociada y el derecho penal premial.

Este mecanismo es ahora un instrumento indispensable para el descubrimiento de los más grandes casos de corrupción de funcionarios y del delito de lavado de activos. Lo dicho por los colaboradores eficaces y la corroboración de sus testimonios resultan protagonistas de las principales imputaciones que dieron origen a sendas investigaciones contra connotados personajes de la vida política nacional e internacional, de grupos de poder y de la criminalidad en general.

Y aunque resulta indiscutible la importancia del proceso especial de colaboración eficaz, se han podido identificar en la práctica judicial algunas falencias en su regulación actual. Existen aspectos controvertidos que han generado discusión doctrinal y hasta jurisprudencial, entre ellos la necesidad de modificar algunos criterios referidos al carácter de reserva de la identidad e información del aspirante a colaborador eficaz, la fase de corroboración de la información materia de delación, su incidencia en el dictado de una medida de coerción personal como la prisión preventiva, la necesidad del establecimiento de un estándar probatorio para su aplicación, la falta de determinación de un plazo taxativo para el desarrollo de los actos corroboración y, en sí, la duración del proceso de colaboración.

En este sentido, cabe advertir que las deficiencias a las cuales se ha hecho mención requieren de una modificación legislativa, pero para ello deben evaluarse exhaustivamente diversos factores.

II. EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

2.1. Definición de la colaboración eficaz

Antes de abordar la problemática en la que buscamos profundizar es necesario exponer las nociones de la colaboración eficaz, con el fin de determinar su concepción y regulación en el ordenamiento jurídico peruano. Según el profesor San Martín Castro (2015), la colaboración eficaz:

Es un mecanismo de la justicia penal negociada incardinada en el denominado Derecho premial, descansa en la figura del arrepentido, quien debe admitir o, en todo caso, no contradecir ante la autoridad los hechos delictivos que se atribuyen y proporcionar información suficiente, eficaz e importante en orden a neutralizar una actividad delictiva, identificar la lógica de la actuación criminal de una organización delictiva y a sus intervinientes, y/o entregar bienes delictivos o ubicar su destino o paradero. (p. 321)

Mediante la aplicación de la justicia premial se otorgan beneficios a las personas naturales o jurídicas que se hubieran acogido a este proceso especial. Para ello, además de concurrir con los requisitos señalados por el código adjetivo, la información que provean debe ser de calidad y primordial, de modo que conduzca al objetivo de la desarticulación de una o varias organizaciones criminales.

El carácter particular de la colaboración eficaz está integrado por su estrecho vínculo con la justicia premial, lo que implica la participación del imputado a sabiendas de que, de revelar información con carácter trascendental y de aceptarse su intervención en la actividad criminal, obtendrá beneficios de reducción o exención de la pena, sean personas naturales o jurídicas.

Entonces, puede entenderse que se trata de un proceso autónomo que se rige por sus propias reglas y que no depende ni está supeditado a otro proceso común o especial, es decir, a ningún expediente judicial, carpeta fiscal o incidente alguno, el cual se basa en el principio de consenso entre las partes y en la justicia penal negociada, que tiene por finalidad ser un instrumento para perseguir eficazmente la delincuencia, sobre todo a la delincuencia organizada. El uso de los colaboradores eficaces se ha manifestado en los últimos años. Por este motivo, esta institución ha adquirido gran importancia jurídica y ha venido en aumento a medida que se viene generalizando su aplicación.

En opinión de De la Jara Basombrío y Sánchez Ríos (2018):

El gran desafío es aplicar esta figura, pero evitando los riesgos que conlleva. Hay que promover que cada vez haya más colaboradores y aprovechar al máximo toda su potencialidad en cuanto a información pero impidiendo: 1) Que personas inocentes se vean perjudicadas; 2) Que culpables logren impunidad o beneficios inmerecidos; 3) Que se convierta en una vía para tapar grandes responsabilidades y desviar las investigaciones; 4) Que la inmensa cantidad de plata que se robe no se recupere; 5) Que derive en una forma de venganza o ajuste de cuentas; 6) Que pase a ser fuente de actos de corrupción. (p. 3)

Del citado fundamento se puede colegir que de ningún modo la colaboración eficaz puede convertirse en un instrumento capaz de generar impunidad, afectando a los inocentes; por el contrario, la tarea se torna compleja en el ámbito de lidiar con los supuestos mencionados. Sin embargo, debe primar la necesidad de garantizar la tutela de derechos fundamentales.

2.2. Regulación del proceso de colaboración eficaz en el Perú

El Código Procesal Penal del 2004 se refiere a los procesos especiales en el Libro V, en la Sección VI, entre los artículos 472 y 481. En el marco del artículo 473 de dicho Código, se exige la concurrencia de tres supuestos:

1. Abandono voluntario de la actividad criminal.
2. Aceptación o falta de contradicción de la imputación de los cargos.
3. Disposición de prestar información útil y relevante ante el fiscal. Mediante el Decreto Supremo N.º 07-2017-JUS se aprueba el Reglamento de la Ley N.º 1301, norma que modifica el Código Procesal Penal para dotar de eficacia al proceso especial por colaboración eficaz y que establece los lineamientos para su aplicación.

En concordancia con el artículo 4 del Decreto Supremo N.º 07-2017, se señala que el aspirante a colaborador eficaz debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Tener la condición de procesado, no procesado o sentenciado.

2. La información que revele debe versar sobre hechos de naturaleza grave y los delitos tipificados en la ley, ciertas características (suficiencia, pertinencia, utilidad, corroborable).
3. La finalidad versa en la obtención de beneficios premiales en el marco de la proporcionalidad.

Dicho procedimiento comprende el desarrollo de seis fases:

1. Calificación de la solicitud del aspirante a colaborador eficaz.
2. Corroboración de la información.
3. Celebración de acuerdo de beneficios (fiscal y aspirante).
4. Acuerdos de beneficios y colaboración.
5. Control y decisión jurisdiccional.
6. Revocación.

El Decreto Supremo N.º 07-2017, en su artículo 5, alude a que la presentación de la solicitud puede ser de dos tipos, escrita o verbal, y debe integrar cuatro elementos: i) voluntad de someterse al proceso especial; ii) alcances de su pretensión premial; iii) hechos involucrados; y, iv) aportar información referente a la organización criminal. Así mismo, tiene que constar en un Registro Especial diferente del de un proceso común, y debe mantenerse reservado. Además, es importante distinguir su carácter especial, es decir, se tramita en expediente distinto del obrante en un proceso común que tuviera el aspirante a colaborador.

El proceso se inicia con la presentación por el aspirante a colaborador eficaz de una solicitud en la que declara haber abandonado la actividad criminal, cuando acepta los cargos y tenga disposición a brindar información. Para ello, podrá negociar previamente con el fiscal con la finalidad de concretar un acuerdo para presentarlo ante el juez competente, que se limitará a efectuar el control de legalidad respectivo. El acuerdo es el punto de partida: si no existe un consenso entre las partes y si el fiscal no dispone la aprobación respecto de la propuesta que van a presentar ante el juez, no podrá proseguirse con dicho procedimiento. Una vez superada la primigenia fase de calificación, tendrá lugar la corroboración de la información vertida.

Los procesos especiales considerados mecanismos de simplificación procesal y los que ofrecen beneficios premiales han sido materia de cuestionamientos respecto de su constitucionalidad. En concordancia con lo señalado por De la Jara

Basombrío y Sánchez Ríos (2018), con posterioridad a la realización de la audiencia se efectúa el control de legalidad judicial, siendo que la resolución a emitirse no puede superar el acuerdo. Dicha aceptación tiene la estructura de la sentencia, y se admite la presentación de los recursos correspondientes. Este es el punto de partida que emplea la Corte Suprema en la figura de colaboración eficaz, pues en la actualidad ya puede observarse que mediante sentencias acusatorias ha enfatizado el carácter constitucional de su aplicación. De lo expuesto, cabe inferir que tiene reconocimiento constitucional en reiteradas jurisprudencias. La Sala Suprema ha mencionado que debe concurrirse con la tutela de las garantías procesales y los derechos fundamentales para legitimar su aplicación en el desarrollo de un proceso especial en un sistema acusatorio.

La naturaleza jurídica del proceso de colaboración eficaz se fundamenta en los principios de consenso, celeridad y economía procesal. Constituye la máxima expresión de justicia negociada el consenso entre el fiscal y el colaborador para proporcionar información relevante a cambio de beneficios premiales, siendo este el principal fundamento de dicho instrumento jurídico. Para Asencio y Castillo (2018), la información relevante es la referente a la actividad de organizaciones criminales. La delación premiada o colaboración eficaz es un trato y un negocio jurídico que el Estado realiza con los criminales, a través de sus funcionarios (fiscales), con el fin de que, a cambio de información de hechos punibles, los delatores logren obtener ciertos beneficios, la exención de la pena, una pena atenuada o determinadas condiciones de ejecución de la pena.

III. PROYECTO DE LEY N.º 6623-2020, QUE PRETENDE MODIFICAR EL PROCESO DE COLABORACIÓN EFICAZ

3.1. Opinión sobre el Proyecto de Ley N.º 6623-2020, Ley de Colaboración Eficaz

El 6 de noviembre del 2020 se presentó el Proyecto de Ley N.º 6623-2020, Ley que modifica los artículos 473, 476-A y 481. La presentación ante el Congreso de la República corrió por cuenta del grupo parlamentario Podemos Perú, en un contexto de pandemia SARS-COV-2. Se consideró como fundamento las deficiencias de la regulación actual del proceso de colaboración eficaz. Así mismo, en el dictamen recaído en el proyecto en mención, el 17 de julio del 2021, con 81 votos a favor, se decidió exonerarlo de la segunda votación.

El 5 de julio del 2021, la Comisión de Justicia y Derechos Humanos emitió el dictamen recaído en el Proyecto de Ley N.º 6623-2020, en virtud del cual se propone la ley que modifica los artículos 473, 476 y 481-A del Código Procesal, con el fin de fortalecer el proceso especial por colaboración eficaz. Cuando fue sometida a la aprobación del Pleno de Congreso, esta iniciativa obtuvo 73 votos a favor, 22 en contra y ocho abstenciones.

El Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, mediante Informe N.º 12-2021-ST/CEI-CPP, reconoce que, respecto de la modificatoria de artículo 473 y el artículo 467, inciso 3, no existe incidencia negativa, ni transgresión constitucional. A diferencia de la modificación del artículo 476-A y el artículo 481, incisos 1 y 2, consideran que resulta inviable por la afectación a la finalidad primigenia del proceso de colaboración eficaz.

La justificación es sostenida en la exposición de motivos:

Garantías en la declaración del postulante a colaborador eficaz;

- ii. Secreto del proceso y de la identidad del colaborador;
- iii. La responsabilidad fiscal en la protección del secreto del proceso;
- iv. El plazo del procedimiento en el proceso de colaboración eficaz;
- v. El postulante debe proporcionar toda la información;
- vi. Participación del abogado del postulante a colaborador eficaz; denominación “postulante o solicitante” en vez de colaboración eficaz; prohibición de usar declaración del postulante sin previa corroboración; prohibición de corroborar con declaración de otros solicitantes.

Tal propuesta ha generado diversas reacciones, tanto positivas como negativas, considerando su implicancia, debido a que se ponen en juego diversos intereses: por un lado, respecto a la tutela de los derechos fundamentales, tenemos la libertad de una persona; por otro, desde el ámbito puramente procesal está la necesidad de garantizar el éxito de un proceso, lo que se logra mediante el desarrollo de un proceso de colaboración eficaz que se sirve de información valiosa para la desarticulación de organizaciones criminales. En lo que concierne al artículo 473 del Código Penal Peruano, puede señalarse la fase de corroboración, en la que se establece la facultad del fiscal para disponer la incoación de un proceso de colaboración eficaz y se señala la posibilidad de la realización de

diligencias de corroboración indispensables para dotar de eficacia y determinar la veracidad de la información proporcionada materia de delación. Otro de los aspectos claves es la intervención de la Policía Nacional del Perú ante la solicitud fiscal que podrá requerir la realización de indagaciones previas, para que eleve un informe policial. Así mismo, cabe precisar que las investigaciones en las que estuviera inmerso el solicitante continuarán su curso. El fiscal podrá celebrar reuniones con los aspirantes a colaboradores sin la presencia de su abogado defensor.

En el convenio preparatorio deberán precisarse aspectos relacionados con la calidad de información ofrecida y la naturaleza de los cargos, los hechos materia de imputación o la falta de contradicción, los beneficios, las obligaciones y el mecanismo de aporte de información y de su corroboración.

En el transcurso del proceso, cuando sea necesario, el colaborador estará sujeto a las medidas de protección personal requeridas para asegurar investigaciones penales exitosas, la conclusión del proceso y su seguridad personal.

288

Cuando no se encuentre en el ámbito de sus potestades, el fiscal podrá requerir al juez de investigación preparatoria el dictado de medidas de coerción y de protección correspondientes, de forma reservada y en coordinación con el fiscal. Se podrá extender la aplicación de estas medidas para los representantes, socios e integrantes de la persona jurídica.

El mismo procedimiento debe seguirse cuando el colaborador sea un interno de un centro penitenciario. Luego de la evaluación correspondiente, debe establecerse alguna medida de aseguramiento personal dentro de las atribuciones del INPE, como el traslado a una zona aislada —pabellón satélite— e informando al juez de la medida adoptada.

Cuando el colaborador tenga mandato de prisión preventiva, el juez podrá, a solicitud del fiscal, disponer la variación de dicha medida, pero no son aplicables las reglas que rigen para el proceso común si no atiende por razones de seguridad o por ser parte del convenio preparatorio, el cual debe sustentarse en actos de investigación realizados en la fase de corroboración; la celebración de la audiencia tiene carácter privado, y debe contar con la participación del fiscal, el colaborador y su defensor.

En caso resulte necesario llevar a cabo diligencias de corroboración que impliquen el traslado de un centro penitenciario a otro lugar, el juez podrá disponerlas en un plazo no menor de tres días; una vez finalizada, se dispone su retorno.

En el artículo 473-A regula la participación del agraviado, quien al culminar la fase de corroboración deberá ser citado. De concurrir, tendrá que ser informado sobre el hecho delictivo en su perjuicio, y se le preguntará por el monto de su pretensión resarcitoria o reparación civil. Además, se procederá a firmar el acta del Acuerdo de Beneficios y Colaboración, luego de haber preguntado si desea intervenir. El agraviado no participa en calidad de sujeto procesal en las diligencias de corroboración, si no está referida a la reparación civil; además, se encuentra facultado para ofrecer pruebas necesarias. La inconcurrencia del agraviado y su discrepancia con el monto de la reparación civil fijada en el Acuerdo no impedirán su curso.

En rasgos generales, la fase de corroboración exige con premura una modificación, pues se trata de la etapa más importante del proceso de colaboración eficaz, cuando este se encuentra en sede fiscal, lo cual se puede equiparar a la homologación del acuerdo en sede judicial.

3.2. Análisis de los artículos del CPP a modificar por el Proyecto de Ley N.º 6623-2020

En opinión del investigador, presenta discrepancias con las modificaciones que pretende realizar el Proyecto de Ley N.º 6623-2020; por ello, formula críticas y esboza los siguientes fundamentos:

El texto señala: “Art. 473° 1 (...) en un acta el Fiscal asignará al postulante un código y una rúbrica”

A simple vista, pareciera que se resolvería el problema de la reserva del aspirante con la utilización de la rúbrica; sin embargo, realmente no es indispensable. Al contrario: sería contraproducente su uso, debido a la tendencia a utilizar la misma rúbrica que usamos cotidianamente, y de ella se podría advertir algún trazo reconocible por algún investigado, involucrado o abogados de las partes. En su lugar, se puede pensar en medios alternativos como incorporar otro código adicional o un código alfanumérico que no pueda ser distinguido fácilmente por las partes.

El texto señala: “(...) asignará una rúbrica al abogado defensor”

Esta referencia no es necesaria y también podría buscarse un medio alternativo, como asignársele un código.

El texto señala: “La solicitud y el acta de asignación de código se custodiarán en forma separada del cuaderno del proceso de colaboración eficaz”

Resulta innecesario el cambio propuesto, dado que solo las partes intervinientes en el proceso especial tienen acceso a la carpeta reservada (fiscalía, colaborador y su abogado, y procuraduría una vez culminada la etapa de corroboración), por lo que puede ir al inicio de la carpeta reservada debidamente lacrada. El texto señala:

“2. El fiscal protegerá el secreto del proceso...”

La reserva del proceso no solo corresponde al fiscal, sino que es obligación de todos los intervinientes e incluso puede extenderse más allá de la expedición de la sentencia de homologación (por ejemplo, los casos en los que se han implementado medidas de protección de asignación de nueva identidad y salida del país); siendo así, hasta dicho ítem modificadorio se encontraría inconcluso, pues debería agregarse una cláusula expresa de responsabilidad penal, en caso de revelar esta información reservada.

El texto señala: “4. La declaración del postulante será recibida (...) y del Fiscal Superior Coordinador o su adjunto...”

Sin duda, uno de los aspectos más cuestionables reside en requerir la participación del fiscal superior coordinador o de su adjunto. Aquello se torna “innecesario”, y su consecuencia derivaría en generar mayor burocracia, porque dependería de la recargada agenda del fiscal coordinador y de que coordine con el fiscal titular del caso.

El proceso de por sí es reservado, y mientras menos personas se involucren, menor el riesgo de filtración de información y mayor el control del riesgo para la seguridad del colaborador. Las medidas a implementar deben evitar de todas las formas su vulneración.

“Se registrará en un medio audio visual...”

Constituirá un obstáculo que atenta contra la propia naturaleza de este proceso especial, pues vulnera la reserva de identidad de la que goza el colaborador, ya que esta medida impide que se coloque su nombre, dirección, ocupación u otro dato en cualquier documento. Prohíbe también que se le hagan tomas fotográficas, grabaciones u otros registros que puedan llevar a su identificación y poner en peligro su integridad o su vida; es decir, genera un riesgo para el control de la información que pudiera poner en peligro la vida o integridad del colaborador y su delación.

El texto señala: 6. “El fiscal ordenará las diligencias de corroboración (...)”

Esto implica requerir la intervención de la Policía Nacional del Perú para que, bajo su conducción, realice las diligencias de corroboración y eleve un informe policial, quitándole la facultad al Ministerio Público. Téngase en cuenta que la etapa de corroboración debe seguir a su cargo, por ser el titular del caso, no solo para asegurar la legalidad en su desarrollo, sino también porque es el responsable de la carga de la prueba, quien podrá evaluar la relevancia de la información y los niveles y detalle de la corroboración para la defensa de la teoría de su caso.

Así mismo, tendría que ser facultativa y, a discreción, convocar a la Policía. Debería igualmente señalarse que es posible que cite a la Procuraduría Pública para que participe en esta etapa, para cuyo efecto se debe evaluar el uso de tecnologías de encriptación y generación de claves que cambien aleatoriamente, y de validez temporal, para cada acceso a dicha información, con el fin de compartir la información pertinente a corroborar. En este caso, habría que contar con un agente designado en cada entidad, quien será el único autorizado para el acceso a la información en su entidad, bajo responsabilidad penal en caso la revele o divulgue.

El texto señala: “14. El plazo, desde la solicitud hasta la celebración del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz o su denegatoria, será de 4 meses con una prórroga de 60 días. Cumplido el plazo, el Fiscal procederá conforme a lo previsto en el Art. 477 del presente Código”

El derecho al plazo razonable no puede vulnerarse en los procesos penales comunes ni especiales. Si se fija un plazo, *prima facie*, como razonable, este debe

considerar el grado de dificultad que implicaría corroborar la información proporcionada, esto es, el número de personas involucradas, si la información a recabar implica solicitarla a otros países o extraditar a personas involucradas, lo que haría necesario implementar la cooperación internacional y, consecuentemente, demandar un año o más, debido a la naturaleza de los actos de corroboración. De ahí que colocarle un plazo resulta contraproducente; aunque aplicando un criterio lógico, de forma general, podría fijarse el plazo de un año, pero permitiendo su ampliación con base en las particularidades del caso. Claro está, sin embargo, que un proceso de colaboración eficaz debe ser lo más célere posible.

Artículo 476-A. El texto señala: “1. “Si la información proporcionada por el colaborador, luego de la aprobación judicial del acuerdo de beneficios y colaboración eficaz, arroja indicios suficientes de participación delictiva de las personas sindicadas...”

La información que proporcione el colaborador no necesariamente tiene que esperar a ser usada hasta la homologación del proceso de colaboración eficaz, dado que existen hechos corroborados a raíz de su delación que pueden ser utilizados para solicitar medidas limitativas de derechos, siguiendo las pautas ya establecidas en el Acuerdo Plenario N.º 02-2017-SPN sobre la utilización de la declaración del colaborador eficaz, fundamento 20:

Se precisa que: i) los elementos que corroboren internamente la declaración del colaborador servirán para el objeto del proceso de colaboración eficaz; ii) empero, para habilitar su utilización en el requerimiento de una medida coercitiva es necesario que los acompañen los elementos corroborativos del proceso de colaboración eficaz, los que serán sometidos al contradictorio en la audiencia de la medida coercitiva; pero, además, será necesario el debate de otros elementos de convicción producidos en el proceso receptor que amerite la medida coercitiva.

En lo que atañe a dictar medidas coercitivas que tendrán como elemento de convicción la declaración de un aspirante a colaborador eficaz, cuando la información brindada hubiera sido objeto de corroboración, realizada de forma adecuada, favorece el proceso. Por ello, constituiría un obstáculo tener que esperar la homologación judicial; si bien doctrinalmente se han convertido en un tema muy controversial, debe prevalecer la idea de posibilitar el dictado de medidas

de coerción de carácter personal, evaluando exhaustivamente la información y sus elementos de corroboración.

Así mismo, debe tomarse en consideración que si un investigado es aspirante y aún no alcanza la calidad de colaborador eficaz, se le deben proporcionar medidas de protección que se han de mantener durante todo el proceso y, una vez que alcance la calidad de colaborador eficaz, debe otorgársele un código o clave.

Ante ello, una alternativa sería la existencia de una etapa previa en la que el fiscal, sin otorgar clave alguna al postulante, evalúe si merece proseguir o no el proceso, y, solo posteriormente, concederle una clave para que deje de ser aspirante y asuma la condición de colaborador eficaz; es decir, una etapa filtro en el tránsito que existe entre ambas condiciones.

IV. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, por lo expuesto a raíz del Proyecto de Ley N.º 6623-2020, se han precisado una serie de observaciones que pretenden sustentar los fundamentos por los cuales no resultaría viable su promulgación, debido a que podría generar efectos contraproducentes. Esto significaría un retroceso en el proceso de colaboración eficaz, máxime si se consideran los buenos resultados que denota actualmente.

La propuesta normativa sometida a comentario adolece del riesgo de vulnerar la reserva de identidad, que constituye una medida de protección de vital importancia, pues salvaguarda no solo la integridad y la vida del colaborador eficaz, sino también, en muchas ocasiones, de personas cercanas a él; y, sobre todo, porque es la base que asegura su delación.

Grandes cambios requieren de exhaustivos análisis de la realidad, y no de superficiales estudios que aparentemente sirven como mecanismos de solución que a mediano plazo evidencian que atentan contra su propia naturaleza; siendo así que se empeora la situación, se torna aún más crítica, pues se tiene una norma que ha pretendido ser reformada sin obtener los resultados esperados.

Claro está: la colaboración eficaz exige reformas y premura en sus acciones; sin embargo, estas deben conducir a viabilizarla de una forma práctica y funcional,

evitando toda forma de obstaculización del desarrollo de un proceso especial. Así, se concibe que las presuntas modificaciones se convierten en dificultades reales, distando de la verdadera finalidad que pretendieron lograr y, por ello, atentando contra su propia esencia.

REFERENCIAS

- Asencio, J. y Castillo, J. (2018). *Colaboración eficaz*. Ideas Solución Editorial.
- Código Procesal Penal Peruano del 2004.
- De la Jara B., E. y Sánchez, R. (2018). *Delación premiada en Brasil; colaboración eficaz en el Perú*. IDL Reporteros. <https://www.idl-reporteros.pe/delacion-premiada-en-brasil-colaboracion-eficaz-en-el-peru-una-comparacion/>
- Quiroz W., A. (2013). *Historia de la corrupción en el Perú*. IEP e Instituto de Defensa Legal.
- San Martín Castro, C. (2015). *Derecho procesal penal. Lecciones*. INDECCP, CENALES.
- Tribunal Constitucional, Pleno, Sentencia N.º 1035-2020, Expediente N.º 00016-2019-PI/TC.

LOS AUTORES

MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ MERCADO

Procurador Público Especializado en Delito de Lavado de Activos. Doctor en Derecho y Magíster en Derecho Penal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Exbecario para una estancia de investigación en el Instituto Max Planck de Derecho Penal Extranjero e Internacional en Friburgo, Alemania.

HÉCTOR AURELIO PAZ SOLANO

Procurador Público Adjunto Especializado en Delito de Lavado de Activos. Conciliador Extrajudicial. Árbitro Legal. Máster internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y compliance por la Universidad Santiago de Compostela, España. Estudios concluidos de Maestría en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Abogado por la Universidad Particular de Chiclayo.

RUDY SANTIAGO GUZMÁN FIESTAS

Abogado sénior en la Procuraduría Pública Especializada en Delito de Lavado de Activos. También se desempeñó como especialista legal penal de la Procuraduría Pública de la Contraloría General de la República y abogado sénior en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos Ambientales. Máster internacional en prevención y represión del blanqueo de dinero, fraude fiscal y compliance por la Universidad Santiago de Compostela, España. Estudios de maestría en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

ROBINSON ALONSO JIMÉNEZ BEGAZO

Coordinador del área pericial – Procuraduría Pública Especializada en Delito de Lavado de Activos. Contador Público por la Universidad Nacional del Callao. Abogado por la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Estudios de Maestría en Ciencias Contables y Financieras con mención en Gestión de Riesgos y Auditoría Integral por la Universidad San Martín de Porres. Estudios de especialización en tributación empresarial. Ex colaborador en la firma multinacional PriceWaterhouseCoopers.

GONZALO LOZANO ARÉVALO

Abogado sénior en la Procuraduría Pública Especializada en Delito de Lavado de Activos. Máster Universitario en Derecho Penal Económico por la Universidad Internacional de La Rioja, España. Título de Especialista en Derecho Probatorio Penal por la Universidad Castilla la Mancha, España. Estudios de especialización en bases de razonamiento probatorio por la Universidad de Girona, España. Egresado de la Maestría en Derecho Constitucional y del Doctorado en Derecho por la Universidad Nacional Federico Villarreal. Abogado por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

LUIS ALBERTO CASAVARDE REYNA

Procurador Público Adjunto Especializado en Delitos contra el Orden Público. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y egresado de la Maestría en Ciencias Penales de la misma casa de estudios.

DIEGO ANTONIO TAPIA ZÚÑIGA

Analista Jurídico II de la Procuraduría Pública Especializada en Delitos contra el Orden Público. Abogado por la Universidad Andina del Cusco. Egresado de la Maestría en Derecho Procesal por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

DIANA MERCEDES CAYCHO RAMOS

Especialista penal y procesal penal en la Procuraduría Pública Especializada en Materia Hacendaria. Se desempeñó como abogada en la Procuraduría Pública Especializada en Delitos de Lavado de Activos, Jurado Nacional de Elecciones y Ministerio Público. Magister en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Abogada por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

HÉCTOR A. CASTILLO FIGUEROA

Procurador Público Adjunto de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT. Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Egresado de la maestría en Derecho Penal de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega. Egresado de la maestría en Derecho Aduanero de la Universidad Nacional Federico Villarreal. Especialista en Aduanas y Tributos Internos del Instituto de Administración Tributaria y Aduanera.

RAFAEL EDUARDO GIRAO BERROCAL

Abogado de la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT. Magíster en Derecho Penal por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Diploma de Especialización en Derecho Penal por la Universidad de Salamanca, España. Abogado por la Universidad Nacional San Luis Gonzaga de Ica.

ÁNGELA TALÍA AVELLANEDA DÍAZ

Abogada de la Procuraduría Pública de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria – SUNAT. Máster en Criminología y Ejecución Penal por la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, España. Abogada con especialidad en Derecho Penal por la Universidad de San Martín de Porres.



ISBN: 978-612-49160-0-7



9 786124 916007