



UNIVERSIDAD ESAN

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES
CARRERA DE DERECHO CORPORATIVO

**La Extinción de Dominio y la recuperación de bienes
procedentes del delito de lavado de activos**

Tesis para optar el Título Profesional de Abogada que
presenta:

Yuly Pasion Soto Palomino

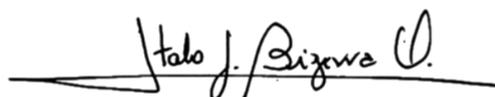
Asesor: Omar Ahomed Chavéz

Lima, abril de 2021

Esta tesis denominada:

LA EXTINCIÓN DE DOMINIO Y LA RECUPERACIÓN DE BIENES PROCEDENTES
DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

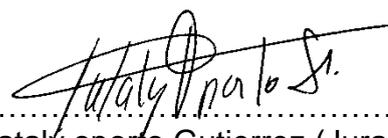
ha sido aprobada.



.....
Italo Bizerra Osorio (Jurado Presidente)



.....
Carlos Gonzalez Palacios (Jurado)



.....
Nataly Oporto Gutierrez (Jurado)

INDICE

| | |
|---|-----------|
| Título..... | 1 |
| Resumen | 1 |
| Introducción..... | 2 |
| Capítulo I: Planteamiento del problema | 5 |
| 1.1 Descripción de la situación problemática | 6 |
| 1.2 Planteamiento del problema..... | 7 |
| 1.2.1 Problema general | 7 |
| 1.2.2 Problemas específicos..... | 7 |
| 1.3 Objetivos | 7 |
| 1.3.1 Objetivo general..... | 7 |
| 1.3.2 Objetivos específicos | 7 |
| 1.4 Hipótesis | 8 |
| 1.4.1 Hipótesis general | 8 |
| 1.4.2 Hipótesis específicas..... | 8 |
| 1.5 Justificación de la investigación | 9 |
| 1.6 Limitaciones de la investigación..... | 9 |
| Capítulo II: Marco Teórico | 10 |
| 2.1 La criminalidad organizada y los nuevos retos del Derecho Penal..... | 10 |
| 2.1.1 Derecho Penal y Globalización | 10 |
| 2.1.2 Criminalidad organizada: Naturaleza y características..... | 15 |
| 2.1.3 La criminalidad organizada en el Perú: Problemática y perspectiva | 22 |
| 2.1.4 La criminalidad organizada y terrorismo..... | 24 |
| 2.1.5 La criminalidad organizada y tráfico de drogas..... | 25 |
| 2.1.6 La criminalidad organizada y Organización política..... | 28 |
| 2.1.7 La criminalidad organizada y Mundo empresarial | 30 |
| 2.2 El lavado de activos | 30 |
| 2.2.1 Revisión doctrinaria..... | 31 |

| | |
|---|------------|
| 2.2.2 Normativa Internacional | 34 |
| 2.2.3 Antecedentes legales..... | 36 |
| 2.2.4 Configuración del tipo en el Código Penal..... | 38 |
| 2.2.5 Desarrollo jurisprudencial | 47 |
| 2.3 Extinción de Dominio | 52 |
| 2.3.1 Tratamiento Legislativo de Extinción de Dominio..... | 55 |
| 2.3.2 Definición de Extinción de dominio..... | 57 |
| 2.3.3 La autonomía del proceso de Extinción de dominio..... | 59 |
| 2.3.4 La carga de la Prueba en la Extinción de Dominio..... | 61 |
| 2.3.5 El derecho de Propiedad y la Extinción de Dominio..... | 64 |
| 2.3.6 La buena fe y el proceso de Extinción de Dominio | 69 |
| 2.3.7 Jurisprudencia constitucional nacional y comparada..... | 71 |
| Capítulo III: Metodología | 85 |
| 3.1 Diseño de la investigación | 85 |
| 3.1.1 Etapas del desarrollo de investigación..... | 85 |
| 3.1.2 Diseño | 86 |
| 3.1.3 Tipo..... | 87 |
| 3.1.4 Enfoque..... | 87 |
| 3.2 Muestra | 87 |
| 3.3 Instrumento de medida..... | 87 |
| 3.4 Validación del Instrumento | 88 |
| 3.4 Prueba piloto | 88 |
| Capítulo IV: Análisis de la interpretación cualitativa..... | 89 |
| 4.1 Análisis e interpretación de entrevistas..... | 89 |
| Capítulo V: Conclusiones y recomendaciones | 109 |
| Bibliografía | |
| Anexos: Entrevistas a especialistas sobre pérdida de dominio | |

Título

La Extinción de Dominio y la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos.

Resumen

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo identificar los supuestos en los que es posible la ejecución de la extinción de dominio de los bienes procedentes – específicamente- del delito de lavado de activos. Además, se determinarán las posibles causas de la deficiencia normativa del derogado Decreto Legislativo N° 1104 y el estudio exhaustivo y la eficacia del nuevo, el Decreto Legislativo N° 1373.

En este sentido, como primer punto, se realizará una profunda y exhaustiva revisión de literatura identificando las bases que sostienen el proceso de extinción de dominio y su relación con el delito de lavado de activos. También se analizará el Derecho Comparado para vislumbrar el desarrollo que tienen estos delitos, cuáles son los tratamientos que realizan y las repercusiones que tienen en los distintos países.

Como segundo punto, se realizará un estudio empírico-cualitativo que tendrá por finalidad identificar y proponer factores que ayudan a dinamizar el proceso de extinción de dominio, en especial interés en la evolución legislativa introducida con el Decreto Legislativo N° 1373.

Como último punto, se sintetizará el análisis de la literatura, la jurisprudencia y el estudio empírico realizado de la materia, llegando a las conclusiones de eficacia y eficiencia de recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos del nuevo Decreto Legislativo N° 1373.

Introducción

Uno de los fenómenos delictivos que caracterizan a la historia contemporánea es el referido a la constitución de organizaciones criminales cuya actuación desborda las fronteras nacionales, cuyo poder económico incluso puede ser comparable con el de un Estado. Esta nueva configuración de la delincuencia como “macrocriminalidad” ha sido en gran medida impulsado por la tecnología y la globalización, los cuales, si bien no son realidades negativas *per se*, han generado efectos inusuales al dotar a las grandes bandas terroristas y traficantes de drogas de herramientas más efectiva para obtener mayores beneficios, permitiéndoles escapar de ese modo a las posibles investigaciones sobre la procedencia de sus ingresos. Las nuevas modalidades de delitos, que rebasan notablemente las fronteras geográficas y temporales, traen aparejadas una sensación de inseguridad cada vez mayor, debido a que cada vez los riesgos son más inciertos y funcionan a una escala global.

Este nuevo escenario global ha favorecido, aunque no con pocos cuestionamientos, la introducción de un nuevo enfoque en las políticas legislativas en materia criminal, donde la creación de tipos penales se orienta a la protección de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, flexibilizándose las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las reglas de naturaleza procesal. Sin duda, esto ha significado una evolución de la disciplina jurídico-penal para dar respuesta a esta nueva clase de conflictos de las sociedades actuales, dotadas de mayor diversificación y movilidad.

Uno de los retos principales es la conformación de un Derecho global para responder al progresivo desarrollo de un mercado único. De ese modo, lo transnacional se va imponiendo cada vez más a las realidades locales, lo que cuestiona directamente ideas bastante asentadas en torno a la autonomía de los Estados, a la prevalencia del Derecho interno y los límites impuestos al ejercicio del *ius puniendi*. Si bien al inicio existió una gran resistencia por parte de varios Estados para acoger nuevas normas de origen fundamentalmente convencional (convenios o tratados internacionales) sobre la materia, los atentados acaecidos en Estados Unidos el 11 de setiembre de 2001 ha mostrado la fragilidad de las naciones para enfrentar por separado a las nuevas agrupaciones delictivas que actúan a escala internacional. La internacionalización del Derecho penal es vista, entonces, como una consecuencia de la irrupción de una criminalidad supranacional que

se ve robustecida por la existencia de espacios de actuación donde los marcos de vigilancia son menores (casi nulos) y donde perfectamente pueden operar a sus anchas.

En ese orden de ideas, los Estados han renovado sus agendas para enfrentar estas actividades ilícitas, impulsando mejores marcos jurídicos de control de las operaciones económicas, a través de la figura del lavado de activos, tal como se le denomina en nuestro país. El lavado de dinero, el lavado de activos, blanqueo de capitales, legitimación de capitales o legitimación de ganancias ilícitas (*money laundering*) son diferentes términos que se utilizan para hacer referencia a un delito económico que consiste en que una persona (denominada lavador) legitima el dinero obtenido de fuentes ilícitas, a través del uso de diferentes mecanismos de carácter financiero o mediante inversiones, haciéndolo aparecer como de fuente legal¹. En términos coloquiales, significa “lavar la cara” (blanqueo) al patrimonio de origen espurio, lo cual se consigue al mezclarlo con el flujo monetario legítimo y permitiendo así poder justificarlo frente a una posible auditoría o investigación.

Al ser un flagelo que afecta a los distintos países, la comunidad internacional ha diseñado una política global contra el lavado de activos para adoptar estándares internacionales y normas uniformes, desarrollando de esta manera instrumentos jurídicos de cooperación internacional a través de la suscripción de acuerdos con otros Estados para viabilizar el intercambio de pruebas y la cooperación judicial (extradición). Igualmente, se han estandarizado mecanismos para la congelación de los fondos de organizaciones terroristas y criminales. Paralelamente, se han creado unidades de inteligencia financiera, lo que permite centralizar el análisis de la información y de las transacciones financieras y económicas que tengan un carácter sospechoso, y se han dictado norma de auditoría aplicables al lavado de activos.

De ese modo, podemos advertir que este delito tiene como características las siguientes:
i) es un delito de guante blanco, al estar vinculado con acciones de personas que gozan de un estatus económico privilegiado; ii) implica operaciones complejas que salen de los

¹ Blanco Cordero, Isidoro; Fabián Caparrós, Eduardo; Prado Saldarriaga, Víctor; Santander Abril, Gilmar y Javier Zaragoza Aguado. *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Organización de los Estados Americanos – OEA. Washington 2018.

parámetros habituales o se realizan sin un sentido económico; iii) es un fenómeno de dimensión internacional, debido a que producto de la globalización, se hace más fácil operar en diferentes ámbitos espaciales.

Entre los mecanismos de lavado de dinero más comunes que se han manifestado a nivel internacional se encuentran: i) creación o participación en negocios supuestamente legales, sobrevaloración de empresas (activos) o constitución de entidades para recibir exoneraciones tributarias; ii) uso de casinos y casas de cambio; iii) realización de giros al exterior, préstamos ficticios o autopréstamos; iv) sobrefacturación de exportaciones o exportaciones ficticias; v) operaciones bursátiles, inversiones en bienes raíces, comercialización de bienes (obras de arte, joyas) sobrevaluando su valor; y, vi) financiamiento de campañas políticas.

Ahora bien, como consecuencia del delito de lavado de activos, se ha construido la pérdida o extinción de dominio.

La extinción de dominio permite trasladar a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas – patrimonio criminal– mediante sentencia emitida por autoridad jurisdiccional respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor de quien se repute como propietario de éstos².

El objetivo de esta herramienta normativa es debilitar a los grupos criminales al reducir su ámbito de influencia por las graves pérdidas que sufre a nivel económico.

Se la concibe como un proceso porque exige el desenvolvimiento de un conjunto de actos procesales mediante los cuales la pretensión de pérdida de dominio procede desde el momento en que se inicia los actos de investigación, pasando por la presentación de la demanda y la consecuente resolución.

²Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal , *Extinción de Dominio – Compendio normativo* (Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial. 2019) 7

CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la situación problemática

La criminalidad en nuestro país es un fenómeno que afecta de manera abismal a nuestra sociedad, siendo el fundamento de este fenómeno el elevado beneficio económico que genera la actividad ilícita para sus autores. Es así como las organizaciones criminales tienen ingresos exorbitantes debido a la facilidad con la que ingresan bienes ilícitos dentro de la economía del país.

Además, la falta de voluntad política y el sabotaje, muchas veces de las propias esferas de lucha contra la corrupción, son una dificultad principal. Al respecto, Santisteban Suclupe detalla que en el último periodo del gobierno aprista se dejó de financiar y dotar la logística necesaria a la Unidad de Inteligencia Financiera de la PNP y las cifras del blanqueo (lavado de activos) se dispararon³.

El lavado de activos se presenta como la alternativa criminal para convertir dinero obtenido a través del delito precedente, en dinero legalmente circulante. Se estima que en los últimos años el lavado de activos en el Perú representó entre 2.1% y 2.5% del PBI, es decir, una cifra superior a los US\$ 4 mil millones mientras que en América Latina el lavado de activos representa entre 3% y 4% del PBI regional.

Para ello, es importante tener en cuenta la definición de patrimonio criminal, para lo cual hay que hacer una distinción entre instrumentos, efectos y ganancias del delito. Instrumentos (*instrumenta scaeleris*) hace referencia a los objetos que, puestos en relación de medio a fin con la infracción, hayan servido para su ejecución, como por ejemplo las armas con las que se haya ejecutado la muerte o lesiones corporales, los útiles que se hayan empleado para la comisión del robo o los medios de los que se haya valido el falsificador. Mientras que efectos son los bienes obtenidos como producto de la actividad delictiva (*producta scaeleris*), ya sea de forma mediata o inmediata, así los billetes o alimentos adulterados o los documentos falsificados. Mientras que ganancias son todos los bienes o derechos que constituyen efectos mediatos del delito, esto es, que

³ Juan Santisteban Suclupe. *Lavado de activos vinculado al tráfico ilícito de drogas* (Lima: A&C Ediciones, 2017).

sin provenir directamente del delito tienen como su fuente al mismo, tales son los casos de intereses de cuentas bancarias abiertas con el dinero del delito, o los frutos o rentas que los bienes objeto de la infracción pudieran reportar a la gente⁴.

Ahora bien, el centro del problema será entonces evitar que bienes de origen ilícito pasen al mercado, para ello se crean alternativas tales como el delito de lavado de activos, pero ello no es suficiente. No basta con evitar que bienes obtenidos de manera ilegal no se incorporen a la circulación normal para beneficio de sus autores delictivos, sino que es necesario que lo perdido se restituya al representante de la sociedad, es decir, al Estado.

Al respecto, Villavicencio detalla que un paso previo para construir un sistema de lucha eficaz contrala criminalidad económica pasa por contar con imágenes criminológicas precisas con relación a su alcance (cifras negras de criminalidad y los perjuicios que provoca), las causas y connotaciones o el contexto sociocultural en el que las organizaciones criminales realizan sus actividades⁵.

De esta manera es que se crea una nueva alternativa que busca incentivar e incrementar, lo que nosotros conoceremos como la pérdida de dominio, que no es otra cosa, que restituir los bienes obtenido ilícitamente a sus autores y pasar estos a las arcas del Estado. Para este proceso existen determinados protocolos, los cuales sufren dificultades en su aplicación.

En ese sentido, se pretende brindar alternativas, doctrinales y legislativas para la aplicación de la extinción de dominio en el delito de lavado de activos. Ello a razón del fracaso del derogado Decreto Legislativo N° 1104 y la aparición de un nuevo marco normativo –el Decreto Legislativo N° 1373–, al cual buscamos reforzar y simplificar para evitar una nueva caída en la lucha contra la criminalidad.

⁴ Luis Gracia Martín, Miguel Boldova Pasamar y María Alastuey Dobón. *Lecciones de consecuencias jurídicas del Delito* (Tirant lo Blanch: Valencia, 1998), 379 y ss.

⁵ Felipe Villavicencio Terreros. *Evaluación de la legislación penal peruana en materia de lavado de activos: efectividad, grado de cumplimiento y recomendaciones*. s.f., 1.
http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39943/3_investigacion.pdf?sequence=4

1.2 Planteamiento del problema

1.2.1. Problema general

En atención a la situación problemática identificada, se propone el siguiente problema en general:

- ¿El modelo actual de Extinción de Dominio resulta eficaz y eficiente para la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos?

1.2.2. Problemas específicos

Como complemento a lo anterior, se proponen como preguntas específicas las siguientes:

- ¿Los vacíos legales e imprecisiones fueron causas de la deficiencia normativa del Decreto Legislativo N° 1104 relativo a la pérdida de dominio sobre los objetos procedentes del delito de lavado de activos?
- ¿Las condiciones que fijan la doctrina y jurisprudencia sobre la efectividad de recuperación bienes procedentes del delito de lavado de activos no se encuentran contempladas en el Decreto Legislativo N° 1373?
- ¿Las deficiencias e imprecisiones normativas son una amenaza para el Decreto Legislativo N° 1373 a tal punto de rendir inefectiva esta norma?

1.3 Objetivos

1.3.1 Objetivo general

- Determinar si el modelo actual sobre Extinción de Dominio es eficaz y eficiente para la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos.

1.3.2 Objetivos específicos

- Determinar si los vacíos legales e imprecisiones fueron causas de la deficiencia normativa del Decreto Legislativo N° 1104 relativo a la pérdida de dominio sobre los objetos procedentes del delito de lavado de activos.
- Analizar si las condiciones que fijan la doctrina y jurisprudencia sobre la efectividad de recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos no se encuentran contempladas en el Decreto Legislativo N° 1373.
- Determinar si las deficiencias e imprecisiones normativas son una amenaza para el Decreto Legislativo N° 1373 a tal punto de rendir inefectiva esta norma.

1.4 Hipótesis

1.4.1 Hipótesis general

- El modelo actual de Extinción de Dominio sobre los bienes procedentes del delito de lavado de activos es eficaz y eficiente para la recuperación de dichos bienes.

1.4.2 Hipótesis específicas

- Las casusas que generaron los vacíos legales o lagunas del Decreto Legislativo N°1104 determinaron la deficiencia normativa con respecto a la recuperación de objetos procedentes del delito de lavado de activos.
- Los lineamientos jurisprudenciales sobre la efectividad de recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos podrían ser más eficaces con respecto a la recuperación de dichos bienes.
- Las deficiencias e imprecisiones normativas podrían rendir en inefectiva el Decreto Legislativo N° 1373.

1.5 Justificación de la investigación

Existe la necesidad de hacer un análisis de la regulación de la Extinción de Dominio sobre los bienes procedentes del delito de Lavado de Activo para lo cual nos enfocaremos en una revisión de la aplicación de esta figura jurídica y determinar qué efectos tiene frente a la actual crisis económica, política y financiera que vive nuestro país como consecuencia de una serie de actos de corrupción que ha afectado los más altos niveles del gobierno.

Con la actual implementación del Decreto Legislativo N° 1373 se abre una nueva posibilidad de hacer frente de manera idónea al crimen organizado, pero esto no será posible si es que no se trabaja un plan adecuado para su aplicación. En razón a ello, con el presente trabajo se busca aportar a la mejora en el uso de las herramientas doctrinarias y legislativas de la extinción de dominio en el delito de lavado de activos.

Al término del trabajo investigación se determinará si la normativa vigente es eficaz y eficiente para la recuperación de bienes incautados procedentes del delito de lavado de activos.

1.6 Limitaciones de la investigación

Una de las principales limitaciones de la investigación fue la poca bibliografía especializada en Extinción de Dominio, ya que es un tema muy actual.

Otra limitación importante fue la imposibilidad de encontrar una amplia diversidad de especialistas en el tema de Extinción de Dominio; durante la selección de expertos para realizar las entrevistas, fue difícil encontrar especialista que estén interesados en ayudar a la investigación.

En un primer momento de la investigación, se estableció una lista de 20 especialistas entre jueces, fiscales, procuradores y abogados para aplicar la entrevista pero dada la emergencia sanitaria mundial que vivimos a causa del Covid-19 y la sobrecarga laboral existente no tuvimos éxito. Solo se lograron cuatro entrevistas a expertos, dentro de los cuales, la mayoría fueron fiscales de diversas salas de extinción de dominio, lavado de activos, antidrogas y a un especialista de Extinción de Dominio.

CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO

2.1. La criminalidad organizada y los nuevos retos del Derecho Penal

El Derecho penal definitivamente no es el mismo. Muchas veces leer a los grandes tratadistas alemanes y españoles del siglo pasado nos quedan cortos si queremos analizar los nuevos conflictos sociales que suponen un reto a la ciencia penal moderna. En este apartado se intentará dar pinceladas sobre la situación actual del Derecho Penal, en su relación, específicamente, con el nuevo fenómeno de la criminalidad organizada.

2.1.1 Derecho penal y globalización

El Derecho Penal, como cualquier rama del derecho, busca regular conducta humana. La decisión de la ilicitud o licitud de una conducta es definida principalmente por las valoraciones sociales en las cuales la organización estatal se desarrolla. Por lo que es lógico pensar que, en cuanto estemos frente a diferentes circunstancias sociales, estaremos a su vez, frente a distintas conductas reguladas.

La sociedad actual ha sido modificada principalmente por el fenómeno de la globalización. Dicho fenómeno es conceptualizado por Maria Flores de la siguiente forma:

La globalización se define como un proceso económico, político y social, que integra a nivel mundial el conocimiento, tiene su referente histórico en los cambios en las formas de abordar procesos, métodos de información, reconociéndose generalmente a la tecnología como variable que despegó o incentiva la globalización.⁶

La globalización no es un fenómeno actual. Se han generado, a lo largo de la historia, muchos procesos de globalización. Estos procesos pueden ser divididos en tres⁷:

⁶ Maria Victoria Flores, «La Globalización como fenómeno político, económico y social», *Orbis, Revista Científica Ciencias Humanas* N°34 (2016): 39.

⁷ Naciones Unidas, *Globalización y desarrollo* (Brasilia: CEPAL, 2002) 18-19.

1. La primera fase de globalización, que abarca de 1870 a 1913, se caracterizó por una gran movilidad de los capitales y de la mano de obra, junto con un auge comercial basado en una dramática reducción de los costos de transporte, más que por el libre comercio. Se vio interrumpida por la primera guerra mundial.
2. La segunda fase de globalización que comprende de 1945 a 1973, y que se caracterizó por un gran esfuerzo por desarrollar instituciones internacionales de cooperación financiera y comercial, y por la notable expansión del comercio de manufacturas entre países desarrollados, pero también por la existencia de una gran variedad de modelos de organización económica y una limitada movilidad de capitales y de mano de obra.
3. En el último cuarto del siglo XX se consolidó una tercera fase de globalización, cuyas principales características son la gradual generalización del libre comercio, la creciente presencia en el escenario mundial de empresas transnacionales que funcionan como sistemas de producción integrados, la expansión y la considerable movilidad de los capitales, y una notable tendencia a la homogeneización de los modelos de desarrollo

Aunque existan varias fases del llamado proceso de globalización, todas se caracterizan por ser un fenómeno esencialmente tecnológico y económico. Como bien establece Klaus Bodemer:

La globalización es en primer lugar la de las finanzas, el comercio, la producción, los servicios y la información. Varios factores han influido en este proceso: la liberalización de la política comercial, la desregulación de los mercados de manufacturas y finanzas, sobre todo en EEUU y Gran Bretaña, la integración de los mercados financieros como resultado de la revolución tecnológica en el área de comunicación e informática, la apertura de los mercados de Europa del Este, los avances en la infraestructura de transportes y comunicaciones, y finalmente los avances en el proceso de integración y regionalización. Como consecuencia de todo eso, la presión de la competitividad creció en una forma espectacular, no solo en el campo económico (es decir, inversiones, puestos de trabajo,

investigación y desarrollo, sistemas sociales, factores de posicionamiento), sino también en el área política y jurídica.⁸

Los efectos de la globalización son variados. Las principales consecuencias son las siguientes⁹:

- La expansión de la democracia liberal;
- El dominio que ejercen las fuerzas de mercado;
- La tercerización de la economía;
- La integración de la economía global;
- La transformación de los sistemas de producción y de los mercados de trabajo.
- La velocidad del cambio tecnológico;
- La revolución en los medios de comunicación de masas y el consumismo.

Como mencionamos al comienzo del presente apartado, dicha globalización no solo afecta el ámbito político, económico o social, sino también afecta la configuración de los ordenamientos jurídicos nacionales.

El profesor William Jiménez explica que existe muchas consecuencias jurídicas que genera el fenómeno de la globalización. Él considera que¹⁰:

Las transformaciones jurídicas que origina la globalización del derecho traen como consecuencia una dispersión y rupturas institucionales en las estructuras jurídicas internas respecto de las internacionales; estas

⁸ Klaus Bodemer, «La Globalización: un concepto y sus problemas», Nueva Sociedad N°156 (1998): 7

⁹ Jacques Chonchol, « Impacto de la globalización en las sociedades latinoamericanas: ¿que hacer frente a ello? », Estudios avanzados N°12 (1998): 165.

¹⁰ William Jiménez, «Globalización del Derecho. Aspectos jurídicos y derechos humanos»

transformaciones responden a una internacionalización de la economía, reorganización del espacio de la producción, fragmentación de las actividades productivas y expansión de un derecho paralelo al de los Estados. Tensiones que han traído como consecuencia unos procesos de modernización con una urgencia de ajuste estructural al interior del Estado, y, hacia el exterior, el diseño de unas políticas de inserción transnacional en el que se equilibra la soberanía interna con un orden jurídico que posibilite la competencia global y promueva la emergencia de otros actores como protagonistas de la jerarquía normativa.

Tratar todas las relaciones existentes entre la globalización y el fenómeno jurídicos es imposible. Lo que esbozaremos en el presente trabajo es la relación entre la globalización y específicamente el derecho penal.

Para explicar dicha unión, se debe ver cómo ha sido modificado el derecho penal con relación a cada fase de la globalización¹¹:

1. En la primera fase de la globalización, El Derecho Penal liberal decimonónico, viene caracterizado por la protección de las libertades formales y la tutela de bienes jurídicos individuales. Además de lo apuntado, habría que destacar la configuración de las figuras delictivas bajo -la estructura (casi única) de los delitos de acción, el origen de la concepción causal de la acción, la relevancia de las teorías de la relación de causalidad o la ya mencionada síntesis de las teorías retributiva de la pena y las teorías preventivas.
2. En la segunda fase de la globalización, se genera la idea de Estado social. Esto trae como consecuencia la creación de los delitos de omisión. Es decir, dado que al sujeto ya se le impone ahora que realice un determinado comportamiento, si éste no se lleva a cabo, por omitir lo que se le exige, también infringe la ley en la medida en que existe una norma previa que le obliga a actual. También se incrementa la tipificación de los denominados delitos de omisión pura. Se establecen deberes generales de solidaridad con aquellos que se hallan en situaciones de peligro manifiesto y grave, de tal forma

¹¹ Emiliano Borja, «Globalización y concepciones del Derecho Penal», Estudios Penales y Criminológicos N°29 (2009):151-154

que quien no presta la ayuda requerida también perpetra un delito de omisión propia. Finalmente, La concepción del Estado como Estado social implica otorgarle una función político-criminal a la pena: la prevención de delitos.

3. En la tercera fase de la globalización, se genera la idea de Estado neoliberal. Esta fase se caracteriza por la llegada de grandes avances tecnológicos. En ese ámbito de las modernas tecnologías, se producen nuevos comportamientos que eran impensables, por inexistentes, hace tan sólo treinta años. Así, abrigados por el anonimato que provoca la existencia de millones de vías de comunicación existentes en el espacio cibernético, aparecen determinados sujetos, con grandes conocimientos informáticos, que persiguen introducirse en lugares cuyo acceso les está prohibido, o que deseen destruir costosas bases de información, o romper las barreras de seguridad establecidas por una empresa, organización o Estado.

Además de la modificación del ordenamiento penal interno, también se han creado, a partir de la globalización, figuras penales en el ámbito internacional. Se crea la idea entonces de delitos internacionales. Nimrod Champo explica que¹²:

Cuando hablamos de delitos internacionales, en primer término, se encuentran aquellas actividades que ponen en mayor peligro a las sociedades de este planeta y que se recogen bajo el rubro general de crímenes contra la humanidad. Además, hay otros actos dañinos y peligrosos en grado menor proporcionalmente hablando, pero de gravedad por la intensidad de su composición y los daños que ocasionan a la mayoría de los países, y aunque no todos los países los consideran como delitos, hay reconocimiento pleno de la necesidad de combatirlos (como el terrorismo).

Surge la pregunta necesaria, ¿Cómo se vincula la globalización del derecho penal con la criminalidad organizada? Es conocido que la delincuencia transnacional se ha incrementado compulsivamente, circunstancias propiciadas y facilitadas por los medios modernos de comunicación, viajes la transferencia de bienes, servicios y fondos a nivel

¹² Nimrod Champo, «El derecho penal frente a la globalización», Boletín Mexicano de Derecho Comparado N°39: 2.

internacional, y todo esto debido al fenómeno de la globalización. Nimrod Champo, citando a la profesora Emma Mendoza, explica que:

La internacionalización de la delincuencia organizada se refleja en la proliferación de los mercados mundiales ilícitos de drogas, bienes hurtados, armamentos, otros bienes y servicios ilícitos suministrados y manipulados mediante una red mundial de operaciones comerciales ilícitas. Es común que para esto se utilicen empresas legítimas, por ejemplo, hoteles, sociedades comerciales de importación y exportación, negocios de bienes raíces, entre otros.

Por lo que, se puede decir entonces que existe una relación necesaria entre el fenómeno de globalización y el desarrollo del derecho penal, y específicamente con el desarrollo de los delitos de criminalidad organizada. A continuación, desarrollaremos de manera más detallada en que consiste dicha figura jurídico – penal.

2.1.2 Criminalidad Organizada: Naturaleza y características

Antes de poder otorgar mayores ideas sobre la criminalidad organizada es necesario entender el surgimiento de esta figura y en que contextos se cultivó.

La criminalidad organizada solo se da dentro de una sociedad capitalista. Si bien desde siempre ha existido la conspiración o la clandestinidad de ciertos grupos, o incluso la existencia de bandas de delincuentes, estos no pueden ser catalogados como supuestos de criminalidad organizada. Esto se debe a que estos delitos nacen en un contexto de estructura empresarial, esto se refiere a estar frente a un mercado ilícito.¹³

Dicho contexto surge luego de una continuación de sucesos históricos que acontecieron en el mundo occidental, relacionadas primordialmente con la industrialización, división del trabajo, profesionalización, especialización y la globalización.

¹³ Laura Zuñiga, *Criminalidad organizada y Sistema de Derecho Penal* (Granada: Comares, 2009) 35-36

Los sucesos antes mencionados tienen un factor en común: la colectivización de las relaciones sociales. La actividad criminal al ser una expresión viva de las relaciones cotidianas sociales no es ajena a esta colectivización. Por lo que se viene generando la llamada colectivización de la actividad criminal¹⁴.

Según Scheller y Lugo, se puede hablar de criminalidad organizada desde la existencia de los corsarios y piratas que datan del siglo XVI y XVII. Según los autores antes mencionado, estos casos sí se subsumirían a la noción de criminalidad organizada, ya que funcionan como una verdadera empresa organizada. Exponen esta idea de la siguiente manera¹⁵:

Cabe decir que igualmente (como dentro de toda embarcación) existía delegación de funciones y organización de las mismas, así por ejemplo encontramos que en el ataque de Hawkins a la entonces población de Rio de Hacha (hoy ciudad de Riohacha y que para la época que data, ese territorio hacía parte de la provincia de Santa Marta), en 1565, envió previamente a uno de sus soldados (según la historia data, llamado: Juanes) a “pedir permiso a los señores del cabildo para vender esclavos y otra mercancía que traía”, de tal suerte que si el cabildo no aceptaba, echaría a tierra entre 200 y 300 hombres para que asolaran el pueblo, lo cual efectivamente sucedió. Nueva Granada, no fue el único territorio americano que padeció el flagelo de los piratas, también, toda la costa occidental de la “América Española”, principalmente Santo Domingo, Jamaica y Cuba, entre otras.

Zúñiga menciona cuáles son los antecedentes directos dentro de nuestra tradición jurídica de la llamada criminalidad organizada. Estos sucesos históricos son los siguientes¹⁶:

- Bandolerismo español: consistían en grupos de personas denominadas campañas o ligas unidas en torno a algún caballero o regidor de importancia en la zona. Dichos

¹⁴ Ibidem, 37.

¹⁵ André Scheller & Edwin Lugo, «Conceptualización del Crimen Organizado y su regulación en la legislación Penal Colombiana», Revista Nuevo Foro Penal N°92: 288.

¹⁶ Laura Zúñiga, Op. cit... 38-44.

grupos realizaban actos de vandalismo como robos o destrucciones de los lugares aledaños de sus aldeas. Su razón de existencia era principalmente por motivos de odio hacia otros bandos o aldeas. Por lo que, se podían asimilar más a guerras privadas, producto del fraccionamiento que existía en la sociedad feudal.

- **Bandolerismo en América Latina:** al igual que en España, en América Latina surgían grupos organizados que cometían actos de vandalismo. Sin embargo, estas agrupaciones tenían fines independentistas y que luego formarían parte de los grandes movimientos independentistas dentro de la región. Surgieron principalmente tierras brasileñas y mexicanas.

- **Codificación de los delitos de asociaciones ilícitas:** Durante el siglo XIX se dio una serie de codificaciones en territorio francés y español de figuras penales conocidas como “asociaciones ilícitas”. En el código de 1810 de Francia, se regulan las bandas armadas con el único fin de proteger el Estado liberal alcanzado luego de la revolución francesa. En el código de 1822 de España se regulan, en conjunto con las asociaciones criminales, las confederaciones o reuniones que vayan en contra del régimen. Por lo que existían dos figuras penales que regulaban las asociaciones ilícitas: i) castigar verdaderas organizaciones criminales y ii) asociaciones que no eran afines al Estado.

- **Siglo XX y el nacimiento de la criminalidad organizada:** el *nomen iuris* nace en Estados Unidos. Surge con el nacimiento de las mafias extranjeras (irlandesas e italianas) que comercializan drogas, alcohol y tabaco de manera ilegal, pues estaban prohibidos dentro de este país. Se crea un ambiente lleno de violencia e inestabilidad que provoca la promulgación de varias leyes, como la famosa ley R.I.C.O que regula las conductas de estos grupos de criminales.

- **La etapa posterior a la guerra fría:** Con el auge del capitalismo y la expansión de la globalización, se genera un nuevo impulso para la criminalidad organizada. Esta se ayuda ahora de los avances tecnológicos y las pocas barreras internacionales para desarrollar sus actividades delictivas.

Luego de haber revisado el surgimiento de la criminalidad organizada, es necesario dar una definición más exacta y no una simple aproximación.

Según André Scheller y Edwin Lugo, todo concepto que intente definir a la criminalidad organizada debe considerar:¹⁷

1. La pluralidad de personas en la organización criminal, no cualquier pluralidad sino una verdaderamente estructurada;
2. El propósito criminal común dentro de toda la organización,
3. La duración en el tiempo (concluido en párrafos anteriores) y sin duda,
4. La finalidad lucrativa, es decir, ese propósito criminal de la organización tiene como ingrediente subjetivo lucrarse ilícitamente

Entonces, desde esta concepción, solo habrá criminalidad organizada si existe una pluralidad de personas estructurada con un propósito criminal que tenga como fin generar riquezas durante un tiempo indeterminado, asemejando de esta manera el funcionamiento del grupo criminal con el de una empresa.

Según Carlos Sánchez, la criminalidad organizada puede ser definida como¹⁸:

La criminalidad como empresa, la cual comprende todas aquellas actividades que igual se desarrollan en cualquier tipo de empresa, constituyendo lo que se conoce como “derecho penal económico”, se trata aquí de la criminalidad en la empresa, con lo cual se hace énfasis en una criminalidad de tipo económico, que tiene como fundamento la organización y la finalidad estrictamente lucrativa en el sentido de ventajas económicas.

Esta definición considera como única forma de criminalidad organizada la que se desarrolla en una empresa y la conductas típicas son netamente económicas, debido al fin lucrativo que ostenta.

¹⁷ Andre Scheller & Edwin Lugo, op cit...290-298

¹⁸Carlos Sanchez, «Sobre el concepto de crimen organizado. Significación de su contenido en la legislación penal salvadoreña», Revista Policía y Seguridad Publica N°2 :32

De igual manera, en el artículo 2 de la convención de Palermo, se establece que la criminalidad organizada es:

Un grupo estructurado de tres o más personas que exista durante cierto tiempo y que actúe concertadamente con el propósito de cometer uno o más delitos graves o delitos tipificados con arreglo a la presente Convención con miras a obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material.

Los principales motivos por los cuales se crea la criminalidad organizada son los siguientes¹⁹:

1. Factores culturales: muchas veces es el uso de violencia para resolver los conflictos o establecer un orden comunal o grupal. La violencia en las sociedades en que se favorece a la criminalidad organizada es un medio de vida para sobrevivir. También influye el prestigio social que se adquiere por la obtención de riqueza sin importar como se logra, además, de la banalización de la ley.
2. Factores económicos: la criminalidad organizada nace en situaciones en la cual existe una fuerte crisis económica. Influye también la enraizada economía informal dentro del país en donde se desarrolla.
3. Factores políticos: el clientelismo influye de manera considerable en la creación de la criminalidad organizada. Esta figura significa de las relaciones informales de poder que se da en la vida política. Se considera la falta de participación democrática como un factor más, debido a que en un país donde existe legitimidad democrática, la violación indiscriminada de la ley no se da de igual manera en el que existe falta de legitimidad. También determinará el grado de corrupción que exista en la sociedad y en las esferas altas de poder político.
4. El factor ilegalidad: se considera que muchas veces, surge las organizaciones criminales solo con la prohibición de tales conductas con las que se lucra. Esto

¹⁹ Laura Zuñiga, Op cit... 104-114

también tiene base económica. Al ser ilegal, no existe oferta que pueda satisfacer la demanda que pueda tener, por ejemplo, el alcohol, las drogas o el tabaco. Por lo que es rentable intentar incursionar en este tipo de empresas que van fuera de la ley.

Las principales características de la criminalidad organizada suelen ser divididas en cuatro: 1) la organización, 2) el fin de lucro, 3) la comisión de conductas delictivas y 4) especialización criminal.

La organización se refiere a estar frente a ciertas estructuras que ofrecen una disposición jerárquica de distribución de funciones, ya sea que se manifiesten en empresas “lícitas o en composiciones directamente criminales.”²⁰

El fin de lucro se refiere a que las organizaciones buscan alcanzar el mayor beneficio económico posible, a partir de la ejecución de delitos graves, aprovechando la mínima inversión realizada, toda vez que el material con que se emprende la organización criminal, es ilícito y las ganancias son mayores.²¹

André Scheller y Edwin Godoy exponen que la comisión de conductas delictivas hace referencia a²²:

Los crímenes cometidos por las organizaciones al margen de la ley, si bien son un medio en sí mismo, van atados a circunstancias modales, las cuales aseguran con mayor precisión la obtención de finalidad ilícita, ejemplo de ello es la violencia e intimidación. Así, el crimen organizado, encarnado en las organizaciones criminales propiamente, lo que busca no es la comisión de delitos, sino una finalidad específica con el mayor número de ganancia posible (materialmente el dinero; de otro modo, curules, asignaciones políticas y así el poder).

²⁰ Raúl Carnevali, «La criminalidad organizada. Una aproximación al derecho penal italiano, en particular la responsabilidad de las personas jurídicas y la confiscación», Revista Ius et Praxis N°2:32.

²¹ André Scheller & Edwin Lugo, op cit...294

²² Ibídem, 297.

La especialización criminal es explicada por el doctor Raúl Carnevali de la siguiente manera²³:

Un aspecto importante dentro de la realidad del verdadero crimen organizado, es el nivel de especialización que sus integrantes adquieren en materia de los hechos criminales que se tienen como parte del llamado “cartel criminal”, no se trata aquí de métodos improvisados, en estos niveles quienes forman parte de una estructura criminal de este rango, adquieren una verdadera profesionalización en el delito, inclusive a veces de manera sectorial, según el área en la cual se requieran sus destrezas, habilidades y conocimientos, ello es clave para el éxito y eficacia de los hechos delictivos a ejecutar, es decir dejar la menor cantidad de evidencia respecto de los crímenes cometidos.

Además de las características esenciales antes mencionada, Zúñiga plantea que existen características contingentes. Estas son las siguientes: ²⁴

- La búsqueda de impunidad.
- El secretismo.
- Vinculaciones con el mundo empresarial.
- Vinculaciones con la política.
- Búsqueda de dominio del mercado.
- Actividad internacional

Luego de ver cuáles son los aspectos generales que engloban a la llamada criminalidad organizada es necesario ver cómo se manifiesta y se regula en nuestro país.

²³ Raul Carnevali, Op. cit... 37

²⁴ Laura Zúñiga, Op. cit...140-148.

2.1.3 La criminalidad organizada en el Perú: Problemática y perspectivas

En los últimos años, se ha presenciado en nuestro país, principalmente por los medios de prensa, el auge de los casos penales en los que se ve inmiscuido la figura jurídica de la criminalidad organizada. Más allá de si fue correcto o no la persecución de dichos delitos en los casos antes mencionado, se ha generado una preocupación especial y urgente sobre la criminalidad organizada.

Es por esta razón que consideramos la necesidad de presentar los aspectos generales del desarrollo de la criminalidad organizada en el Perú.

La criminalidad organizada se encuentra regulado en la legislación nacional en la Ley N° 30077. En el artículo 2 de la presente ley, se define lo que es una organización criminal:

Cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley

Como podemos ver, la legislación ha adoptado una posición distinta a la doctrina, pues no considera la finalidad lucrativa como una característica esencial de la criminalidad organizada. Sin embargo, la mayoría de los supuestos en el que se puede presentar la criminalidad organizada tiene necesarias connotaciones económicas.

En la Ley N°30077 se realiza una lista taxativa de los delitos que pueden configurar la criminalidad organizada. Estos delitos son los siguientes:

1. Homicidio calificado-asesinato.

2. Secuestro.
3. Trata de personas.
4. Violación del secreto de las comunicaciones.
5. Delitos contra el patrimonio.
6. Pornografía infantil.
7. Extorsión.
8. Usurpación. Tipo base y agravada.
9. Delitos informáticos.
10. Delito contra la propiedad industrial.
11. Delitos monetarios.
12. Tenencia, fabricación, tráfico ilícito de armas, municiones y explosivos.
13. Delitos contra la salud pública.
14. Tráfico ilícito de drogas.
15. Delito de tráfico ilícito de migrantes.
16. Delitos ambientales.
17. Delito de marcaje o reglaje.
18. Genocidio, desaparición forzada y tortura.

19. Delitos contra la administración pública (artículos 382, 383, 384, 387, 393, 393-A, 394, 395, 396, 397, 397-A, 398, 399, 400 y 401 del CP).
20. Delito de falsificación de documentos.
21. Lavado de activos, en las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 1, 2, 3, 4, 5 y 6 D. Leg. N° 1106.

Sabiendo a grandes rasgos que implica la criminalidad organizada dentro del territorio nacional, se debe analizar cuáles son las principales formas de criminalidad organizado, a lo largo de la historia, ha sido más frecuente en nuestra sociedad.

2.1.4 Criminalidad Organizada y Terrorismo

Existen dudas si el terrorismo puede calificar como un delito que puede ser realizado por una organización criminal. Todo esto debido al concepto doctrinario y al concepto otorgado por el derecho internacional de lo que es criminalidad organizada.

Dentro de esos conceptos, se considera el fin lucrativo como una característica esencial de los delitos que pueden cometer la criminalidad organizada.

Peña Cabrera Freyre explica el problema de la siguiente manera²⁵:

Este es un tema polémico, pues no existe consenso en considerar el terrorismo como criminalidad organizada. Las definiciones internacionales de la Convención de la NU contra el crimen organizado y de la UE centran la finalidad lucrativa como eje de la criminalidad organizada, por tanto, el terrorismo estaría fuera de este concepto. La doctrina internacional mayoritaria también sigue esta línea de conceptualización, destacando las ganancias provenientes del comercio ilícito de bienes y servicios como núcleo del concepto.

²⁵ Raúl Peña Cabrera Freyre, *Curso Crimen Organizado*, (Lima: Academia de la Magistratura, 2016) 26.

Los grupos terroristas como fueron Sendero Luminoso o el Movimiento Revolucionario Túpac Amaru (MRTA) no tenían un fin económico. No buscaban lucrar a partir de sus actividades ilícitas, sino querían obtener un cambio socioeconómico en todo el país. Por lo que no se subsumiría en el concepto creado por la doctrina y los documentos internacionales.

Sin embargo, en nuestro país no se toma en consideración a la finalidad lucrativa como un elemento esencial de la criminalidad organizada, por lo que eso no sería un impedimento.

No obstante, dentro de los delitos establecidos taxativamente, no se encuentra el delito de terrorismo. Se podría considerar como una organización criminal si el grupo terrorista realiza alguno de los delitos establecidos en el artículo 3 de la Ley N°30077. Por ejemplo, los grupos narcoterroristas que ejercen sus actividades delictivas en el corazón de la selva central de nuestro país. Además de cometer delitos que subsumirían en el delito de terrorismo, realizan tráfico ilícito de drogas para financiar sus finalidades.

Por lo que no existe una relación necesaria entre terrorismo y criminalidad organizada.

2.1.5 Criminalidad Organizada y Trafico de drogas

La vinculación entre la criminalidad organizada y el tráfico ilícito de drogas es muy estrecha. Lourdes Expósito detalla dicha relación diciendo que²⁶:

El tráfico de drogas ilegales es, desde los inicios del crimen organizado, su principal negocio ilícito, y constituye su principal actividad delictiva en el ámbito europeo. Siendo la más extendida manifestación de la criminalidad actual a nivel internacional. Y ello, no solo en un ámbito cuantitativo sino cualitativo, dado que la delincuencia de la droga suele desencadenar otras actividades criminales.

²⁶ Lourdes Expósito, *Criminalidad Organizada y Tráfico de Drogas. Las transformaciones del sistema jurídico penal sustantivo y procesal* (Tesis doctoral) (Madrid: Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015) 298.

Las principales drogas que se comercializan a nivel mundial son la cocaína, heroína, marihuana y las drogas sintéticas.²⁷

En el Perú se encuentra regulada en la Ley N°30077. Como bien se establece en SU artículo 3.14, el tráfico ilícito de drogas es una figura que puede ser considerada como una modalidad de la criminalidad organizada.

Nuestro país ha desarrollado dicha conducta delictiva de manera sistemática debido a la geografía de nuestra región. Principalmente se realiza en la selva, en razón de la facilidad de cultivo de hoja de coca, además de su difícil acceso y falta de fiscalización en esa zona. Según el informe anual sobre Monitoreo de Cultivos de Coca, se evidencia la cantidad de cultivos de coca existen en el territorio nacional. Los datos fueron los siguientes:²⁸

En el país se registró una extensión de 43 900ha de cultivo de coca en el 2016, cifra superior a la extensión registrada en el 2015, 40 300ha. Esta extensión de cultivo de coca (2016) se ha distribuido en trece (13) departamentos: Cusco (38.53%), Ayacucho (26.41%), Puno (10.39%) Junín (8.34%), Loreto (5.46%), La Libertad (2.36%), Huánuco (2.18%), Amazonas (1.75%), Ucayali (1.74%), San Martín (1.49%), Cajamarca (1.01%), Pasco (0.23%) y Madre de Dios (0.04%).

Un estudio realizado por Ojo Público plantea que la cantidad de cultivos de coca facilita que las organizaciones criminales, a través de medios ilegales, comercialice dichos productos. Este estudio expone que²⁹:

Esto ha generado un tipo de economía ilegal que favorece tanto al pequeño productor como a las grandes organizaciones criminales, quienes, a través de una red de organización, necesitan de vínculos especiales con actores

²⁷ Idem.

²⁸ Comisión Nacional para el desarrollo y vida sin drogas- Devisa, «Monitoreo de Cultivos de Coca 2016.» Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2017: 27.

²⁹ Ojo Público, «Indicador de presencia de la criminalidad organizada a nivel subnacional en Perú 2017», Documento de investigación perteneciente al Grupo de Investigación en Políticas Públicas y Gestión Públicas de la Pontificia Universidad Católica del Perú, recogido en: <https://fondosdepapel.ojo-publico.com/integritas/Documento%20de%20Investigaci%C3%B3nPresencia%20de%20criminalidad%20organizada%20a%20nivel%20subnacional%20Septiembre%202018.pdf>, 2017: 5.

políticos clave que, a cambio de encubrir tanto la producción como la comercialización de esta sustancia, obtienen grandes ganancias de este negocio ilegal.

Juan Manuel Torres plantea que el tráfico ilícito de drogas en el Perú es de lo más comunes dentro de nuestro país. Se menciona que³⁰

En particular, es uno de los delitos más recurrentes al que las organizaciones criminales (nacionales y transfronterizas) se dedican en nuestro país. El constante incremento de sus indicadores a lo largo de los últimos 30 años ha moldeado un clima ideal para el desarrollo de estas actividades. Dichos indicadores tienen que ver con las áreas destinadas al cultivo de coca, la producción potencial de cocaína, el nivel de violencia asociada al delito, las incautaciones por interdicción, los niveles de erradicación, los internos en penales por delito, y más recientemente los reportes de la Unidad de Inteligencia Financiera de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP sobre fuertes sumas de dinero de delitos con mayor participación acumulada y el grado penetración del fenómeno en la política.

El citado autor hace referencia a los múltiples indicadores que han generado que el Perú se vuelva el principal exportador de cocaína en el mundo. Siendo de especial mención el nivel de violencia asociada al delito, y esto tiene relación con la vinculación, antes mencionada, con el delito de terrorismo. La llegada del narcoterrorismo le ha otorgado connotaciones de mayor peligrosidad a dichos delitos.

Por lo que, se encuentra comprobada la relación entre criminalidad organizada y tráfico ilícito de drogas en especial en nuestro país.

³⁰ Juan Manuel Torres, *Criminalidad Organizada en el Perú: Narcotráfico, Corrupción y otros Delitos*, (Lima: Centro de Investigación Drogas y Derechos Humanos, 2016) 10.

2.1.6 Criminalidad Organizada y Organización política

La estructura organizativa que tienen como característica esencial las organizaciones criminales ofrece un cimiento fuerte para poder desarrollar actividades delictivas que se relacionen con la corrupción sistemática de las esferas de poder.

Raúl Peña Cabrera Freyre explica dicha relación desde una perspectiva estructural. Dicho autor establece que ³¹

La criminalidad organizada al buscar cubrir las fisuras en la mediación entre ciudadanos e instituciones políticas, al proliferar en el ámbito de lo ilícito, ha tenido una vinculación muy estrecha con el Derecho y con el Estado. En ciertos países, se advierte, que la criminalidad organizada ha intervenido en la política pagando el ofrecimiento de votos, financiando los partidos políticos e incluso recurriendo a la eliminación física del adversario; con lo cual la mafia ha entrado de lleno en el mundo político.

Las razones por las cuales la criminalidad organizada se inmiscuye en la organización estatal pueden ser resumidas en dos³²:

- La debilidad estatal para contrarrestar los intentos de soborno que ofrecen los corruptores.
- la existencia de políticos considerados inescrupulosos o servidores públicos categorizados como corruptos, cuyo objetivo es el enriquecimiento personal sobre el bienestar colectivo.

Juan Manuel Torres explica que esas dos razones corresponden a diferentes fundamentos. Él plantea que:

La primera causal considera temas institucionales, en los que la normatividad y los mecanismos bajo los que funciona el aparato estatal

³¹ Raul Peña Cabrera Freyre, Op cit..., 28.

³² Juan Manuel Torres, Op. cit..., 19.

son el principal foco de estudio; mientras que la segunda causal es un acercamiento más crítico desde la arena, permitiendo reconocer la relación entre crimen organizado y política desde su manifestación más palpable y conocida: la corrupción.

De manera complementaria a lo antes dicho, El instituto de Democracia y Derechos Humanos plantean la relación entre criminalidad organizada y corrupción en el país de las siguientes formas³³:

La relación entre la criminalidad organizada y la corrupción en el país es innegable. Diversas modalidades de actos corruptos se basan en el uso de estructuras organizadas para introducirse en el sector público y político a fin de operar bajo un *sistema de corrupción*. Así, la distribución de contratos estatales a terceros que favorecen a los funcionarios por su “elección” o el depósito personal de pequeñas cantidades de dinero a una cuenta bancaria en distintas fechas y lugares requieren un grado de organización y número de participantes para su ejecución. Diversas modalidades de lavado de activos y actos de corrupción se visualizan en las tesis fiscales de los casos más relevantes de la actualidad, como los mencionados. El juzgamiento y sanción de casos puede ser un aliciente a la preocupación nacional sobre el alto índice de corrupción en el país, pero no debe ser la única herramienta para reducir el alcance del fenómeno aún presente en diversos ámbitos del sector público.

La cita presentada, nos permite hacer referencia a lo que sucede en el país actualmente. En los recientes casos de organización criminal dentro de los partidos políticos se ha extendido la noción de criminalidad organizada y organización política, ampliándose ahora a partidos políticos que no lograron llegar a la dirección de la administración pública.

³³ Instituto de Democracia y Derechos Humanos, *Convergencias de la corrupción y crimen organizado*, (Lima: PUCP) recogido de <http://idehpucp.pucp.edu.pe/analisis/convergencias-de-la-corrupcion-y-crimen-organizado-en-el-peru/>.

2.1.7 Criminalidad Organizada y Mundo empresarial

La criminalidad organizada busca camuflar sus acciones e intenta inmiscuirse en el mundo legal. Dicha relación ha sido explicada por Peña Cabrera Freyre de la siguiente forma³⁴:

La criminalidad organizada ha pasado de realizar sus actividades tradicionales como es la creación de empresas, conglomerados financieros, inversiones en empresas y en la bolsa, para reciclar el dinero negro. De esta manera, ha logrado corromper las actividades legales de bancos, empresas constructoras, fundaciones, etc., asumiendo un rol empresarial y aprovechando las estructuras económicas y empresariales de la economía formal para reciclar el dinero obtenido ilícitamente. También ha creado empresas ficticias o contratando administradores para dominar empresas ya constituidas legalmente.

Por lo que la criminalidad organizada en su relación con el mundo empresarial se presenta principalmente a través del llamado delito de lavado de activos. Este delito y la consiguiente relación con la criminalidad organizada son parte de los siguientes apartados del presente trabajo.

2.2. El lavado de activos

Como hemos mencionado, el presente apartado versará sobre el delito de lavado de activos en su relación con la criminalidad organizada y el mundo empresarial, específicamente en el desarrollo que ha tenido en el ordenamiento jurídico nacional. Así como también.

2.2.1. Revisión Doctrinaria

En los últimos años, el lavado de activos ha sido un tema recurrente en los conversatorios de derecho penal en nuestro país. Esto se debe principalmente a los últimos

³⁴ Raúl Peña Cabrera Freyre, Op. cit..., 28

acontecimientos que involucraron el escenario político nacional y la famosa operación Lava Jato.

Debido a esto las investigaciones sobre el presente delito han venido en aumento. A continuación, veremos las principales opiniones de los juristas sobre la naturaleza del lavado de activos.

El delito de lavado de activos tiene muchas consideraciones como: El delito de lavado de activos, blanqueo de capitales, lavado de dinero, lavado de bienes o reciclaje de dinero.

Martínez Bujan considera que el concepto penal del delito de lavado de activos o blanqueo de activos tiene dos nociones: una noción amplia y una noción estricta. La primera alude, de manera general, al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos fuera del control de la administración del Estado, mientras que, en sentido estricto, hace referencia exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen **delictivo**, por lo que se hace necesaria la intervención del derecho penal. Además de las dos nociones antes mencionadas, existe una definición analítica que plantea que el lavado de activos es un proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de otorgarles un manto de legitimidad.³⁵

El profeso Víctor Prado Saldarriaga otorga un concepto tecnificado del delito y su relación con el tráfico ilícito de drogas. El considera al lavado de activos como:

Un conjunto de operaciones comerciales o financieras que procuran la incorporación al Producto Nacional Bruto de cada país, sea de modo transitorio o permanente, de los recursos, bienes y servicios que se originan o están conexos con transacciones de macro o micro tráfico ilícito de drogas³⁶.

³⁵ Carlos Martínez-Bujan, *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2005) 485.

³⁶ Víctor Prado, *El delito de lavado de activos. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, (Lima: Idemsa, 1994) 15.

Es importante mencionar que, si bien el tráfico ilícito de drogas es una de las más concurrentes en la que se presenta el delito de lavado de activos, esta no es la única forma en la que se presenta. Como veremos más adelante, el delito de lavado de activos se puede presentar en conjunto con otros delitos. Eduardo Ore lo define como:

El lavado de activos, en términos simples, podría ser definido como el proceso mediante el cual se busca disfrutar de los beneficios económicos de un delito a través del ocultamiento o disfrazamiento de su origen ilícito.³⁷

Para la doctora Úrsula Cassani, el delito de lavado de activos, más que un proceso, es un acto. Ella lo define como:

El acto por el cual la existencia, la fuente ilícita o el empleo ilícito de recursos son disimulados con el propósito de hacerlos aparecer como adquiridos de forma lícita. Lavar dinero es reintroducirlo en la economía legal, darle la apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto: el que lava dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de su infracción.³⁸

Consideramos que es incorrecto considerar al lavado de activos como un acto. Este debe ser conceptualizado como un proceso, ya que este es un conjunto de pasos, por lo que es necesario todo el procedimiento de blanqueo de dinero para poder hablar de un delito de lavado de activos.

En esta misma línea, Gálvez conceptualiza al lavado de activos como:

En general, se conoce como Lavado de Activos a las distintas actividades realizadas por las organizaciones criminales y demás agentes delictivos,

³⁷ Eduardo Ore, «El problema del delito de lavado de activos», En *Delito de Lavado de Activos*, (Lima: Gaceta, 2018) 109.

³⁸ Úrsula Cassani, citado por Olivo Rodríguez, *Aspectos dogmáticos, criminológicos y procesales del lavado de activos*, (Santo Domingo: Proyecto Justicia y Gobernabilidad, 2005) 5.

con el fin de colocar, convertir y ocultar los efectos y ganancias ilícitamente obtenidos (producto del delito), integrándolos a la actividad económica y financiera del país para hacerlos pasar como lícitos.³⁹

El delito de lavado de activos también puede ser definido a partir de su finalidad. Luis Lamas otorga la siguiente definición:

El blanqueo de dinero, el lavado de activos o la legitimación de capitales son conductas que se encuentran configuradas de diferente manera como punibles en todas las legislaciones de los distintos países, en tanto que tienen como finalidad prevenir, fiscalizar, controlar y reprimir actividades que tienen por objetivo introducir dentro del sistema formal fondos, dinero o activos que tienen un origen criminal. El objetivo principal es consolidar una apariencia de licitud a bienes, ganancias o dividendos que han sido o son producto de los ingresos que provienen de una o varias actividades criminales.⁴⁰

Finalmente, se puede conceptualizar al lavado de dinero a partir del propósito del agente. Cesar Hinostroza, siguiendo esa línea, expone que:

El lavado de activos se configura mediante la realización de actos que consisten en ocultar o encubrir la procedencia delictiva de capitales o valores económicos, introduciéndolos en la economía formal. El propósito del agente debe orientarse a conseguir la circulación y consiguiente inserción en la economía de esos capitales de origen ilícito. Este proceso es conocido también en la legislación y doctrina extranjera como blanqueo de capitales.⁴¹

Luego de haber analizado las principales concepciones que ofrece la doctrina sobre el delito de lavados de activos, es necesario analizar cómo se regula el delito en el ámbito internacional.

³⁹ Gálvez Tomas, *El Delito de Lavado de Activos – Criterios Sustantivos y Procesales*, (Lima: Instituto pacífico, 2014) 17

⁴⁰ Luis Lamas, *Lavado de Activos y Operaciones Financieras Sospechosas*, (Lima: Instituto Pacífico, 2016) 30-31.

⁴¹ Cesar Hinostroza, *El Delito de Lavado de Activos – Delito Fuente*, (Lima: Grijley, 2009) 37.

2.2.2. Normativa Internacional

En el ordenamiento jurídico internacional existen varios documentos normativos que regula el presente delito.

El primero de ellos es la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas celebrado el 19 de diciembre de 1988 en Viena, Austria. En ella se establecen ciertas definiciones que van a servir para identificar cuándo estamos en un caso de lavado de dinero o blanqueo de capitales vinculados exclusivamente con el delito de tráfico ilícito de drogas. En ella se define a los bienes y productos haciendo una diferenciación para determinar cuáles son objeto de blanqueo. Estos términos son definidos de la siguiente manera:

Artículo 1: Definiciones

Salvo indicación expresa en contrario, o que el contexto haga necesaria otra interpretación, las siguientes definiciones se aplicarán en todo el texto de la presente Convención:

...Por "producto" se entiende los bienes obtenidos o derivados directa o indirectamente de la comisión de un delito tipificado de conformidad con el párrafo 1 del artículo 3 (delitos de narcotráfico);

Por "bienes" se entiende los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o raíces, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos...

Por lo que el objeto del blanqueo serían los productos, entendiendo a estos como los bienes que son producidos a través de un delito (en el caso del presente convenio, del delito de narcotráfico).

Otro documento internacional de suma importancia para el análisis del delito de lavado de activos es la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional y sus Protocolos, mejor conocida como la Convención de Palermo.

En ella asume la misma posición tomada en la Convención de Viena con respecto a la diferenciación entre bien y producto, salvo la precisión de que no es solo con respecto a procedentes del delito de narcotráfico, sino deja abierta la posibilidad de que provenga de cualquier otro tipo de delito⁴².

La trascendencia del convenio, más allá de la precisión de las definiciones, radica en las disposiciones que obligan a los Estados Parte a legislar sobre el presente delito debido al incremento de dicha figura⁴³. Además de eso, el convenio establece ciertas medidas para combatir dicho delito.⁴⁴

⁴² Artículo 2: Definiciones

Para los fines de la presente Convención:

Por “bienes” se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporeales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos;

Por “producto del delito” se entenderá los bienes de cualquier índole derivados u obtenidos directa o indirectamente de la comisión de un delito;

⁴³ Artículo 6: Penalización del blanqueo del producto del delito

Cada Estado Parte adoptará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

- a) i) La conversión o la transferencia de bienes, a sabiendas de que esos bienes son producto del delito, con el propósito de ocultar o disimular el origen ilícito de los bienes o ayudar a cualquier persona involucrada en la comisión del delito determinante a eludir las consecuencias jurídicas de sus actos; ii) La ocultación o disimulación de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, disposición, movimiento o propiedad de bienes o del legítimo derecho a éstos, a sabiendas de que dichos bienes son producto del delito;
- b) Con sujeción a los conceptos básicos de su ordenamiento jurídico: i) La adquisición, posesión o utilización de bienes, a sabiendas, en el momento de su recepción, de que son producto del delito; ii) La participación en la comisión de cualesquiera de los delitos tipificados con arreglo al presente artículo, así como la asociación y la confabulación para cometerlos, el intento de cometerlos, y la ayuda, la incitación, la facilitación y el asesoramiento en aras de su comisión.

⁴⁴ Artículo 7: Medidas para combatir el blanqueo de dinero

1. Cada Estado Parte:

a) Establecerá un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero a fin de prevenir y detectar todas las formas de blanqueo de dinero, y en ese régimen se hará hincapié en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas; b) Garantizará, sin perjuicio de la aplicación de los artículos 18 y 27 de la presente Convención, que las autoridades de administración, reglamentación y cumplimiento de la ley y demás autoridades encargadas de combatir el blanqueo de dinero (incluidas, cuando sea pertinente con arreglo al derecho interno, 10 las autoridades judiciales) sean capaces de cooperar e intercambiar información a nivel nacional e internacional de conformidad con las condiciones prescritas en el derecho interno y, a tal fin, considerará la posibilidad de establecer una dependencia de inteligencia financiera que sirva de centro nacional de recopilación, análisis y difusión de información sobre posibles actividades de blanqueo de dinero.

2. Los Estados Parte considerarán la posibilidad de aplicar medidas viables para detectar y vigilar el movimiento transfronterizo de efectivo y de títulos negociables pertinentes, con sujeción a salvaguardias que garanticen la debida utilización de la información y sin restringir en modo alguno la circulación de capitales lícitos. Esas medidas podrán incluir la exigencia de que los particulares y las entidades comerciales notifiquen las transferencias transfronterizas de cantidades elevadas de efectivo y de títulos negociables pertinentes.

3. Al establecer un régimen interno de reglamentación y supervisión con arreglo al presente artículo y sin perjuicio de lo dispuesto en cualquier otro artículo de la presente Convención, se insta a los Estados Parte a que utilicen como guía las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales de lucha contra el blanqueo de dinero y 4. Los Estados Parte se esforzarán por establecer y

Luego de haber revisado los dos principales documentos normativos internacionales referidos al lavado de activos, es necesario comprender como se ha regulado en nuestra historia normativa dicho delito.

2.2.3. Antecedentes legales

Manuel Abanto considera que la mejor manera de sistematizar la historia legislativa del delito de lavado de activos es dividiéndolo en tres fases⁴⁵:

a. Primera fase: Vacío legal

En el Código Penal de 1991 no se tipificó el delito de lavado de activos. Solo se tipificó el delito de tráfico ilícito de drogas, siguiendo la línea de regulación normativa del Convenio de Viena.

Manuel Abanto explica que “(la forma de tipificación) radica en que el legislador peruano, de espaldas al contexto internacional y sin haberse actualizado suficientemente, siguió fielmente una fuente hispana desfasada en relación con la Convención de Viena”⁴⁶.

b. Segunda fase: Incorporación al código penal

Luego de siete meses de promulgado el código penal actual, se promulgo el decreto legislativo N°736 que adiciono los artículos 296 A.⁴⁷ y 296 B ⁴⁸que

promover la cooperación a escala mundial, regional, subregional y bilateral entre las autoridades judiciales, de cumplimiento de la ley y de reglamentación financiera a fin de combatir el blanqueo de dinero

⁴⁵ Manuel Abanto, «Evolución de criminalización del lavado de activos en doctrina y práctica de Perú y Alemania», en *Lavado de activos y compliance: Perspectiva internacional y derecho comparado*, ed por Kai Ambos, Dino Caro & Ezequiel Malarino, (Lima, Jurista Editores, 2015) 55.

⁴⁶ *Ibidem*, 6

⁴⁷ Artículo 296-A: El que interviene en la inversión, venta, pignoración, transferencia o posesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos o del beneficio económico obtenido del tráfico ilícito de drogas, siempre que el agente hubiese conocido ese origen o lo hubiera sospechado, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cinco ni mayor de diez años, con ciento veinte a trescientos días multa e inhabilitación, conforme al artículo 36 incisos 1,2 y 4

⁴⁸ Artículo 296-B: el que interviniere en el proceso de blanqueado o lavado de dinero proveniente del tráfico ilícito de drogas o del narcoterrorismo, ya sea convirtiéndolo en otros bienes o transfiriéndolo a otros países, bajo cualquier modalidad empleada por el sistema bancario o financiero o repatriándolo para su ingreso al

tipifican el delito de lavado de activos. Sin embargo, dicha regulación fue sometida a críticas, ya que solo podía darse el delito de lavado de activos si estaba en conjunto con el delito de tráfico ilícito de drogas o narcoterrorismo. Manuel Abanto detalla las principales tres características al presente delito de la siguiente forma:

a.- Se trataba de tipos autónomos sin conexión (directa) con el tipo referido al tráfico ilícito de drogas del art. 296, y sin dependencia normativa entre ambos supuestos de “lavado de activos”.

b.- Solamente se perseguían las formas dolosas de lavado de activos. La “sospecha” a la que se refiere el primer tipo penal (lavado de activos en general, art. 296 A) era interpretada como un caso de “dolo eventual”.

c.- La conexión del “lavado de dinero” solamente se hacía con delito de “tráfico ilícito de drogas” y el “narcoterrorismo”. Este último concepto fue introducido por el legislador nacional atendiendo a una situación política del momento, desconocida en la fuente argentina.⁴⁹

Dichos artículos sufrieron varias modificaciones no esenciales hasta el año 2002 en el cual se cambia al modelo actual de regulación del lavado de activos.

c. Tercera fase: Modelo de la ley especial

Las principales razones de la modificación de modelo para regular el delito de activos se traducen en la desconsideración de otros delitos distintos al tráfico ilícito de drogas como presupuesto del delito de lavado de activos. Otros delitos (corrupción, trata de personas) también podían generar activos susceptibles de ser blanqueados.

circuito económico imperante en el país, de tal forma que ocultare su origen, su propiedad u otros factores potencialmente ilícitos, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de seis ni mayor de doce años con ciento cuarenta a trescientos sesenta y cinco días de multa e inhabilitación conforme al artículo 36, incisos 1,2 y 4.

⁴⁹ Manuel Abanto, op cit..., P.59.

Es por eso por lo que se crea la ley N°27765 “Ley Penal contra Lavado de Activos” el día 26 de junio del año 2002. El principal avance en materia legislativa es el acercamiento que tiene dicho documento a los convenios internacionales.

Al igual que en la anterior fase, el modelo actual ha sufrido algunos cambios. La tipificación actual del delito de lavado de activos será vista a continuación.

2.2.4. Configuración del tipo penal

a. Tipo penal

Actualmente, el tipo penal de lavado de activos se encuentra regulado en el Decreto Legislativo N° 1106 llamado “decreto legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.”

En dicho decreto se establece diversos artículos que contienen verbos rectores que forman parte del delito de lavado de activos.⁵⁰ Todos esos artículos componen los verbos rectores que componen el proceso de lavado.

⁵⁰ Artículo 1°.-Actos de conversión y transferencia

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

Artículo 2°.-Actas de ocultamiento y tenencia

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

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

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

b. Bien jurídico protegido

Existen diversas posiciones con respecto a que bien jurídico tutela el lavado de activos.

Una primera opinión sostenía que el bien jurídico tutelado era la salud pública. Debido a que, antes del paso al último modelo de regulación, existían confusiones pues era regulado en conjunto con el tráfico ilícito de drogas. Se podía asumir que tenían el mismo bien jurídico protegido, es decir, la salud pública. Sin embargo, con la llegada del último modelo se tiene destierra esa idea.

Otra opinión sostiene que el bien jurídico protegido por el lavado de activos no es uno, sino son varios bienes jurídicos, es decir, asume la tesis de la pluriofensividad. Víctor Prado Saldarriaga sostiene dicha teoría de la siguiente manera:

El lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos⁵¹

Por lo que, según esa teoría, se debe evaluar cada caso para poder determinar cuál es el bien jurídico que se está tutelando.

Finalmente, la posición mayoritaria considera que el bien jurídico tutelado por el lavado de activos es el orden financiero. El orden financiero es entendido como:

La intervención del Estado en las relaciones económicas fundamentales, imponiendo coactivamente una serie de normas o

⁵¹ Víctor Prado, *Lavado de Activos y financiamiento del terrorismo*, (Lima: Grijley, 2007) 137 y 138

planificando el comportamiento de los sujetos económicos. Actualmente, nadie discute que el Estado deba intervenir en la economía, no tanto en la sustitución de la iniciativa privada, sino regulándola a fin de corregir excesos que harían inviable una economía de libre mercado⁵²

Es así como la presencia de actividades como el blanqueo de dinero, atenta irreversiblemente al normal funcionamiento del ordenamiento financiero. Esta posición no está exenta de críticas, ya que, algunos juristas consideran que este no es un bien jurídico propiamente dicho, sino un objetivo político-criminal. Dicha postura es explicada por Fidel Mendoza de la siguiente manera⁵³:

Las referencias utilizadas por este planteamiento para conceptualizar el orden socioeconómico resultan enormemente imprecisas y no sirven para fundamentar el bien jurídico de este delito. Su falta de concreción radica, justamente en que el “orden socioeconómico” no constituye un bien jurídico propiamente dicho, sino un objetivo político criminal en el cual se agrupa una multiplicidad de esferas, elementos o intereses del orden socioeconómico, los cuales pueden verse afectados por diversos delitos distintos al blanqueo.

A nuestra consideración, el delito de lavado de activos es un delito pluriofensivo, es decir, afecta múltiples bienes jurídicos, dependiendo el delito previo del cual provengan los bienes.

c. El delito previo

La importancia del delito previo para la configuración del lavado de activos es esencial. No puede existir lavado de activos sin delito previo. En esa línea se dice que:

⁵² Fidel Mendoza, *La determinación del bien jurídico protegido en el delito de blanqueo de capitales (art. 301 cp) a la luz de la normativa internacional*, Tesis de Maestría, Universidad de Salamanca, 93.

⁵³ Fidel Mendoza, *Op cit*, 94.

El elemento objetivo del tipo penal de Lavado de Activos, viene a ser el injusto anterior o delito fuente, puesto que la punibilidad de la conducta de Lavado de Activos se fundamenta en un hecho delictivo anterior. La configuración del delito de Lavado de Activos requiere que tanto los actos de ocultamiento o tenencia se enmarquen en un proceso dirigido a lavar activos de procedencia delictiva.⁵⁴

Uno de los presupuestos del delito de lavado de activos es existencia de otro delito del que provengan los activos sujetos al blanqueo. Dichos activos pueden traducirse no solo en dinero, sino también en otro tipo de bienes. La fiscal Lilian Placencia plantea que

Los activos como objeto del delito anterior pueden ser dinero, bien, efecto o ganancia, obtenidos mediante actos delictivos; en virtud del cual, el agente busca legalizar dichos activos mediante actos de conversión y transferencia. Por dinero debe entenderse el efectivo, sea en moneda nacional como extranjera. Los bienes constituyen el término más general equiparable al de activos. Los efectos son todos los activos que se obtiene directamente de la actividad previa. Las ganancias procedentes del delito fuente, se erigen como la utilidad obtenida a raíz de las actividades ilícitas⁵⁵

Podemos concluir, como hemos venido explicando a lo largo de todo el trabajo, el delito previo como generador de activos, entendiéndolo en sentido amplio, es un requisito esencial para la configuración del tipo penal de lavado de activos.

⁵⁴ Liliana Placencia, «Apuntes para la determinación de la Cláusula Abierta del delito fuente en la estructura del delito de Lavado de Activos: A Propósito de la modificatoria del Decreto Legislativo N 1106», Foro Jurídico PUCP N° 13, 2014,207.

⁵⁵ Idem.

d. Tipicidad objetiva

El delito de lavado de activos consiste en:

un delito proceso que exige para su configuración típica un conjunto de actos o conductas que el sujeto activo debe realizar, consistente en convertir, ocultar o transformar ganancias o efectos generados por actividades delictivas cometidas anteriormente con la finalidad de evitar su incautación o decomiso. Es decir el lavador siempre va a estar orientado al disfrute, en algún momento, de sus ganancias ilícitas y para ello necesita previamente legitimar su fuente productiva.⁵⁶

Las conductas típicas se cometen dentro del proceso del lavado. Dichas conductas siempre generan bastantes problemas al momento de sistematizar el presente tipo penal.

Para poder analizar correctamente las conductas típicas se debe analizar específicamente cada verbo rector de manera autónoma. Los verbos rectores que generan la conducta delictuosa son los siguientes:

- Conversión: es la acción de introducir los bienes provenientes de una actividad ilícita en determinados negocios comerciales del tráfico económico.⁵⁷
- Transferencia: es la acción de conducir los bienes que forman parte del patrimonio de una esfera jurídica a otra.⁵⁸

⁵⁶ Teddy Romero citando a Vega Lopez, *La autonomía del delito de lavado de activos y su afectación al principio de imputación*, (Tesis de grado), Universidad Antenor Orrego, 2018,21.

⁵⁷ Tomas Galves, *El delito de lavado de Activos. Criterios Sustantivos y procesales, análisis de la Ley N° 27765*, (Lima:Editorial Jurista,2009),76

⁵⁸ Ibidem, 79

- Adquisición: implica recibir el bien como resultado de una prestación gratuita u onerosa mediante la celebración de una negocio jurídico⁵⁹
- Utilizar: implica aprovechar económicamente el bien que proviene de una conducta delictiva.
- Recibir: consiste en la tenencia material del bien⁶⁰
- Guardar: significa proteger el bien frente la posible intromisión de terceros.⁶¹
- Custodiar: implica el cuidado diligente. Se diferencia con la acción de guardar, porque no necesariamente el que guarda la cosa lo cuida diligentemente.⁶²
- Ocultar: significa la sustracción del bien con el fin de quitarla de donde puede ser vista por todos⁶³
- Mantener en su poder: se entiende como la relación existente el sujeto y la cosa. Es una tenencia de manera abierta, a diferencia del ocultamiento ⁶⁴
- Administrar: se entiende como el manejo de los bienes para obtener el mayor beneficio posible
- Transportar: se refiere a la movilidad que realiza el agente sobre los bienes que provienen del proceso de lavado
- Introducir en el territorio: hace referencia a hacer entrar a la nación dichos bienes,

⁵⁹ Victor Prado, Op cit, 2007, 147

⁶⁰ Idem

⁶¹ Idem

⁶² Idem

⁶³ Idem

⁶⁴ Idem

- Retirar del territorio: hace referencia a mover fuera del territorio nacional dichos bienes
- Omitir comunicación: se entiende la no comunicación a las autoridades competentes de todas las demás conductas que componen el proceso de lavado de activos.

El sujeto activo puede ser cualquier persona, salvo algunas excepciones en la que se requiere que la persona que cometa la acción típica tenga algún cargo público. La omisión de comunicación es la conducta dentro del proceso de lavado que requiere una calificación especial del sujeto activo.

Se considera que la existencia del delito previo es un presupuesto del proceso de lavado.

e. Tipicidad subjetiva

Con respecto a la tipicidad subjetiva, Nicolas Navarrete realiza una sistematización de la regulación de la tipicidad subjetiva del delito de lavado de activos, y considera que⁶⁵

Mientras la antigua ley establecía, respecto al elemento origen ilícito, el requisito de que el agente lo conociera o pudiese presumir (“cuyo origen ilícito conoce o puede presumir”), el decreto legislativo utiliza la formulación “cuyo origen ilícito conoce o debía conocer” (el énfasis es mío). El análisis de las implicancias dogmáticas de este cambio, superan, por supuesto, el objeto de este trabajo, sin perjuicio de ello pareciera que la regulación peruana vigente se acerca al entendimiento del dolo eventual como un dolo normativizado o una suerte de presunción de dolo.

⁶⁵ Nicolas Navarrete, *El tipo subjetivo en los delitos de lavados de activos: Situación del dolo eventual en el delito del artículo 27 letra a) de la ley 19.913*, (tesis de grado), Universidad de Chila, 2018,28.

Se sostiene entonces que el delito de lavado de activos solo permite el dolo, en todas sus modalidades, y no acepta la imprudencia como forma de configurar el delito.

En esa misma línea, El profesor Prado Saldarriaga explica que⁶⁶:

Con relación a la tipicidad subjetiva los artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo 1106 sólo incorporan delitos dolosos. Por consiguiente, el sujeto activo debe ejecutar las distintas operaciones y actos de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. El dolo con el cual actúa el agente puede ser directo o eventual. Además, al realizar, la conversión, transferencia, ocultamiento, tenencia, transporte, traslado, ingreso o egreso del país de dinero o bienes, el sujeto activo conoce o debía presumir que estos tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente haya debido inferir de las circunstancias concretas del caso que las operaciones que realiza o en las que se ve involucrado, se ejecutan con el producto o con las ganancias de actividades criminales.

Podemos concluir, con respecto a la tipicidad subjetiva, que solo se puede realizar las conductas típicas con dolo, ya sea directo o eventual, pero nunca mediante actuaciones culposas

f. Consumación

Para poder determinar la consumación de las conductas que implican el delito de lavado de activos, es necesario hacer una diferenciación entre el artículo 1, el 2 y el 3 del Decreto Legislativo N° 1106.

El artículo 1 y 3 se componen de actos que son instantáneos. Esto genera que:

⁶⁶ Victor Prado, *Curso Delito de Lavado de Activos*, (Lima: Academia de la Magistratura, 2013), 58.

por consiguiente, se consuman con la mera realización de cualquiera de tales conductas. La tentativa, según los casos, es configurable y será punible conforme a las reglas del artículo 16° del Código Penal. Esto ocurrirá, por ejemplo, cuando el agente no logre culminar el procedimiento conversor o de transferencia que ha iniciado o no logre iniciar el transporte (desperfectos en el medio de locomoción) de los activos ilícitos, sea por la intervención de terceros o por razones ajenas a su voluntad⁶⁷

Mientras que los delitos del artículo 2 son esencialmente conductas duraderas, en consiguiente:

estas modalidades delictivas determinan que el momento consumativo y la producción del estado antijurídico generado con el hecho punible se mantenga en el tiempo por voluntad del agente. La permanencia del estado antijurídico, pues, y por consiguiente de la consumación, durará lo que el agente decida o lo que logre mantener sin que las agencias de control descubran o detecten la procedencia ilícita o lo ficticio de la apariencia de legalidad de los activos en tenencia del agencia.⁶⁸

g. Pena

Las penas establecidas en la legislación peruana son conjuntivas, es decir, se considera dos sanciones distintas para el sujeto que cometa el delito de lavado de activos.

Prado Saldarriaga comenta que⁶⁹:

Para los delitos previstos en el artículo 1°, 2° y 3° del Decreto Legislativo 1106, el legislador nacional ha conminado un mismo

⁶⁷ Ibidem, p.65.

⁶⁸ Ibidem, p.66

⁶⁹ Ibidem, p.67.

estándar de penas conjuntas. Dicha penalidad, aplicable a todos los supuestos delictivos, se compone de dos penas principales que son las siguientes:

- Pena privativa de libertad no menor de 8 ni mayor de 15 años.
- Pena de multa de 120 a 350 días multa.

Luego de haber determinado los elementos esenciales del tipo penal, se debe considerar lo que han establecido los jueces peruanos a través de sus sentencias, siendo estos los últimos intérpretes de los significados que componen el delito de lavados de activos.

2.2.5. Desarrollo jurisprudencial

El desarrollo jurisprudencial del presente delito se ha dado principalmente a través de acuerdos plenarios y casaciones. A continuación, analizaremos las dos resoluciones judiciales más importantes y que tuvieron más injerencia en el desarrollo del delito de lavado de activos

a. Acuerdo plenario 3-2010/CJ-116

En el acuerdo plenario 3-2010/CJ-116 se establece cuáles son las posiciones que deben seguir los jueces con respecto al presente delito.

En primer lugar, se considera que el lavado de activos es un delito pluriofensivo. En su fundamento jurídico N°12 se dice que⁷⁰

(...) Para nosotros, por tanto, el lavado de dinero no está orientado hacia la afectación de un bien jurídico exclusivo y determinado, ya que dicha infracción se presenta en la realidad como un proceso delictivo que según sus manifestaciones concretas perjudica de modo simultáneo o paralelo distintos bienes jurídicos. Se trata, pues, en definitiva, de un delito pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la

⁷⁰ Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, Fundamento Jurídico N°12

administración de justicia, la transparencia del sistema financiero, la legitimidad de la actividad económica e, incluso, en un plano sumamente mediato, la incolumidad de la salud pública.

En segundo lugar, se considera que el sujeto activo, es decir, la persona que comete alguna de las conductas típicas que engloba el proceso de lavado, no requiere de ninguna condición especial. En su fundamento jurídico N°14 se expone que ⁷¹:

En cuanto a la autoría del delito el lavado de activos, pese a lo complejo de su modus operandi, que involucra el tránsito por tres etapas sucesivas conocidas como colocación, intercalación e integración, la ley penal nacional no exige calidades especiales en el sujeto activo. Se trata, pues, de un típico delito común que puede ser realizado por cualquier persona. Incluso la fórmula empleada por el legislador peruano no excluye de la condición potencial de autor a los implicados, autores o partícipes, del delito que generó el capital ilícito que es objeto de las posteriores operaciones de lavado de activos

En tercer lugar, se considera que los artículos 1 y 2 del decreto legislativo 986 contienen delitos de resultados. Dicha posición es sostenida en el fundamento N°15 de la siguiente manera⁷²:

Con las modificaciones que introdujo el Decreto Legislativo 986 en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 el delito de lavado de activos ha quedado configurado como un delito de resultado. Por tanto, en los actos de conversión, transferencia ocultamiento y tenencia de activos de procedencia ilícita la consumación del delito requiere, necesariamente, verificar si el agente logró con tales conductas, cuando menos momentáneamente, dificultar la identificación de su ilícito origen, o su incautación o decomiso.

⁷¹ Ibidem, Fundamento Jurídico N°14

⁷² Ibidem, Fundamento Jurídico N°15

Esto es asegurar, siquiera mínimamente, tales activos y su potencial o real aplicación o integración en el circuito económico. En consecuencia, pues, si dichos resultados no se realizan, esto es, se frustra de cualquier modo la operación de cubierta que el agente busca construir o consolidar sobre los activos que pretende lavar se deberá calificar a tal inicio de ejecución como una tentativa la cual será punible conforme a lo dispuesto en el artículo 16° del Código Penal.

Con respecto a la tipicidad subjetiva, en el presente plenario se considera que solo cabe la conducta dolosa, siendo imposible la comisión culposa. En su fundamento jurídico N°17 se considera que⁷³:

En cuanto a la tipicidad subjetiva de los delitos de lavado de activos, la construcción normativa que se utiliza en los artículos 1° y 2° de la Ley 27765 permite identificar solamente delitos dolosos. El dolo, sin embargo, con el que debe actuar el agente, incluye también la modalidad eventual. El sujeto activo debe, pues, ejecutar las distintos actos y modalidades de lavado de activos de manera consciente y voluntaria. Ello significa que el agente sabe o puede presumir que el dinero o los bienes que son objeto de las operaciones de colocación, transferencia, ocultamiento o tenencia que realiza tienen un origen ilícito. La ley exige, pues, que, cuando menos, el agente pueda inferir de las circunstancias concretas del caso que las acciones de cobertura o integración las va a ejecutar con activos que tienen la condición de productos o ganancias del delito.

Finalmente, la última consideración de suma importancia para la configuración del delito de lavado de activos es el tratamiento del error sobre la procedencia ilícita de los activos. Para los jueces que realizaron este plenario, dicho error traería como consecuencia una conducta atípica, así

⁷³ Ibidem, Fundamento Jurídico N°17

haya realizado alguna de las conductas descritas por el tipo penal. En el fundamento jurídico N°23 considera que⁷⁴:

En atención, pues, a lo expuesto, cabe entender que sólo si subjetivamente en el agente concurren la ignorancia, el error o la buena fe sobre el origen ilícito de los bienes, o de los resultados específicos que deben derivarse de la ejecución de los actos de disposición, cesión, uso o tenencia de los mismos, el comportamiento será atípico al carecer del dolo(...).

b. Sentencia Plenaria Casatoria N°1-2017/CIJ-433

El I Pleno jurisdicción casatorio de la Corte Suprema decide en la presente sentencia plenaria casatoria ciertas cuestiones importantes sobre las formas de imputación y probanza del delito de lavado de activos.

Lo más importante de esta sentencia es su desarrollo aplicativo más que su desarrollo teórico del delito. En esta sentencia se discute sobre los presupuestos para admitir judicialmente una imputación del presente delito. En el fundamento jurídico N°12 se concluye que⁷⁵:

Por consiguiente, resulta, pues, oportuno concluir precisando que para admitir judicialmente una imputación por delito de lavado de activos y habilitar su procesamiento, sólo será necesario que la misma cumpla los siguientes presupuestos:

- La identificación adecuada de una operación o transacción inusual o sospechosa, así como del incremento patrimonial anómalo e injustificado que ha realizado o posee el agente del delito. Para operativizarla serán de suma utilidad los diferentes catálogos forenses que reúnen de manera especializada las

⁷⁴ Ibdem, Fundamento Jurídico N°23

⁷⁵ Sentencia Plenaria Casatoria N°1-2017/CIJ-443, Fundamento Jurídico N°12

tipologías más recurrentes del lavado de activos, como los producidos, entre otros, por la UNODC y GAFILAT

- La adscripción de tales hechos o condición económica cuando menos a una de las conductas representativas del delito de lavado de activos que describen los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo 1106 y sus respectivas modificatorias introducidas por el Decreto Legislativo 1246.
- El señalamiento de los indicios contingentes o las señales de alerta pertinentes, que permiten imputar un conocimiento o una inferencia razonada al autor o partícipe sobre el potencial origen ilícito de los activos objeto de la conducta atribuida. Esto es, que posibiliten vislumbrar razonablemente su calidad de productos o ganancias derivados de una actividad criminal. Para este último efecto tendrán idoneidad los informes analíticos circunstanciados que emita al respecto la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú, así como el acopio de la documentación económica, tributaria, financiera o afín que sea útil y relevante para ello.

Además de lo antes dicho, se recogen criterios trascendentales para la ejecución del proceso penal que se sigan sobre dicho delito.⁷⁶

⁷⁶Sentencia Plenaria Casatoria N°1-2017/CIJ-443, FJ 29 ESTABLECER como doctrina legal, al amparo de los criterios expuestos en los fundamentos precedentes –que se asumirán como pautas de interpretación en los asuntos judiciales respectivos–, los siguientes lineamientos jurídicos:

A. El delito de lavado de activos es un delito autónomo, tanto en su configuración material como para los efectos de su persecución procesal.

B. El artículo 10 del Decreto Legislativo 1106, modificado por el Decreto Legislativo 1249, es una disposición meramente declarativa y de reconocimiento. No es un tipo penal o un tipo complementario. C. El “origen delictivo” mencionado por el citado artículo 10 es un componente normativo. El origen del activo debe corresponder necesariamente a actividades criminales que tengan la capacidad de generar ganancias ilícitas y requerir el auxilio de operaciones de lavado de activos. La ley no alude a un elemento de gravedad de la actividad criminal precedente; no optó por el enfoque del “umbral”.

D. La noción “actividades criminales” no puede entenderse como la existencia concreta y específica de un precedente delictivo de determinada naturaleza, cronología, intervención o roles de agentes delictivos individualizados y objeto. Basta la acreditación de la actividad criminal de modo genérico.

E. El estándar o grado de convicción no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal o del procedimiento penal: la ley fija esos niveles de conocimiento. Varía, progresivamente, en intensidad.

F. Para iniciar diligencias preliminares solo se exige elementos de convicción que sostengan una “sospecha inicial simple”, para formalizar la investigación preparatoria se necesita “sospecha reveladora”, para acusar y dictar el auto de enjuiciamiento se precisa “sospecha suficiente”, y para proferir auto de prisión preventiva

Luego de haber analizado las cuestiones más importantes del delito de lavado de activos, es necesario dilucidar específicamente que es la pérdida de dominio y su relación con todo lo antes desarrollado.

2.3. Extinción de Dominio

En los últimos años como es de conocimiento público el incremento de la criminalidad organizada y de la corrupción en el Perú tuvo su mayor auge en el gobierno del ex – presidente Alberto Fujimori Fujimori, es en este contexto donde las arcas del estado fueron saqueadas por aquellas personas, que se suponían tendrían el destino del país en sus manos.

Durante este periodo aparecieron un sin números de organizaciones criminales, dedicadas a actividades ilícitas contra la administración pública, contra el medioambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, secuestro, extorsión, trata de personas, lavado de activos, contrabando, defraudación aduanera, defraudación tributaria, minería ilegal y otras con capacidad de generar dinero, bienes, efectos o ganancias de origen ilícito o actividades vinculadas a la criminalidad organizada⁷⁷.

Del mismo modo en la Exposición de Motivos de las Ley que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio se señala que “Una de las actividades que agrupa la mayor presencia de organizaciones criminales y por tanto se convierte en un asunto de seria preocupación por parte del Estado es la relacionada a la minería ilegal, la cual además conlleva consigo la generación de una serie de delitos conexos, como son la contaminación de los ríos y aéreas naturales protegidas, la tala indiscriminada de zonas forestales, la explotación laboral, el trabajo infantil, la trata de personas, el lavado de activos, entre otros, creando de esta manera una vía absolutamente ilegal para la obtención de bienes, efectos y ganancias, provocando un panorama insostenible que requiere un compromiso inmediato y prolongado del Estado, consiguiendo el restablecimiento del Estado de Derecho.

se demanda “sospecha grave” –la sospecha más fuerte en momentos anteriores al pronunciamiento de una sentencia–. La sentencia condenatoria requiere elementos de prueba más allá de toda duda razonable.

⁷⁷ Decreto Legislativo N 1373 publicado el día 03 de agosto de 2018 en el Diario Oficial el Peruano.

En este contexto, debe precisarse que los agentes de los delitos no tienen derecho real alguno sobre estos bienes o activos integrantes de estos “patrimonios criminales”, y menos aún, el derecho de propiedad, puesto que todo derecho solo adquiere conforme a los mecanismos propios del ordenamiento jurídico, nunca convirtiéndolos, y menos a través de la comisión de un delito, que constituye el mayor ataque al ordenamiento jurídico. En consecuencia, privar a los agentes delictivos del producto del delito, no contraviene derecho fundamental alguno y menos el artículo 70° de la Constitución Política del Estado, que establece que el derecho de propiedad es inviolable. Pero claro, nos referimos al producto del delito (efectos y ganancias) así como a los objetos, instrumentos o medios del mismo, mas no a otros supuestos en que, por la propia posesión de los bienes activos, el ordenamiento jurídico ya establece presunciones de la existencia real, en cuyo caso, afectarlo a través de cualquier acción (legislativa o judicial) implicaría una contravención al contenido de derechos fundamentales, especialmente al derecho de propiedad garantizado por el artículo 70° de la Constitución.

Siendo, así las cosas, resulta legítimo privar a los agentes delictivos de estos productos e instrumentos y medios de delito. Más aún, en el caso de las organizaciones criminales, la privación de los bienes o activos vinculadas a éstas, deberá realizarse sin necesidad de determinar que dichos bienes constituyen objetos, efectos, ganancias o instrumentos del delito, puesto que los “patrimonios criminales” de estas organizaciones, han sido amasados a través de la comisión de múltiples delitos y los bienes o activos de origen lícito que pudiesen haber poseído, de todos modos habrán servido para facilitar la comisión del delito o su impunidad, lo que amerita la afectación correspondiente.⁷⁸

A consecuencia el Poder Judicial afianza la lucha contra el crimen organizado mediante la creación del Subsistema de Extinción de Dominio, cuyos órganos jurisdiccionales empezarán a funcionar en diferentes cortes superiores del país.

En efecto, el presidente de dicho poder del Estado anunció la creación de 3 salas y 21 juzgados especializados transitorios en extinción de dominio en el territorio nacional para

⁷⁸ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo que modifica la legislación sobre pérdida de dominio.

atender los casos que derivan de los procesos por criminalidad organizada, corrupción y otros delitos.

Las referidas salas y juzgados conformarán el Subsistema Nacional Especializado en Extinción de Dominio que tendrá como coordinador a un juez superior, para diseñar, implementar, monitorear y evaluar su funcionamiento.

Los juzgados funcionarán en los distritos judiciales de Amazonas, Tumbes, Santa, Cusco, Áncash, Apurímac, La Libertad, Ucayali, Puno, Arequipa, Madre de Dios, Loreto y Lambayeque.

También, se creó un juzgado en Junín, que tendrá competencia en los distritos judiciales de Pasco y Selva Central; y otro en Ayacucho que ampliará su competencia al distrito judicial de Huancavelica.

También se, instaurará un juzgado en Tacna, que también tendrá jurisdicción en el distrito judicial de Moquegua; y otro funcionará en Piura, que ampliará su competencia a la Corte Superior de Sullana.

De igual modo, habrá un juzgado en Huánuco, que también atenderá los casos del distrito judicial de San Martín y, otro en Lima Este que, además, atenderá los casos del ámbito de Lima Norte.

El juzgado creado en el Callao ampliará su competencia a los distritos judiciales de Ventanilla y Huaura. En tanto que el Juzgado Especializado Supraprovincial para procesos de Pérdida de Dominio de la Corte de Lima modificará su denominación por el de Primer Juzgado Especializado en Extinción de Dominio con sede en Lima, que atenderá los casos de Lima, Lima Sur, Cañete e Ica.

En consecuencia, hay tres salas de apelaciones transitorias funcionarán, en la Corte de La Libertad con competencia también en los distritos judiciales de Tumbes, Piura, Sullana, Lambayeque, Cajamarca, Amazonas, Santa, Áncash y Loreto. Otra sala estará ubicada en Arequipa, cuya competencia se extenderá a Tacna, Moquegua, Puno, Cusco, Madre de Dios y Apurímac. La tercera sala estará en Lima y abarcará los distritos judiciales de Lima Norte, Lima Este, Lima Sur, Callao, Ventanilla, Huaura, Cañete, Ica, Junín, Selva

Central, Pasco, Huánuco, San Martín, Ayacucho, Huancavelica y Ucayali. La Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte de Lima remitirá su carga procesal a la recién creada Sala de Apelaciones Transitoria Especializada en Extinción de Dominio del Subsistema Especializado, con sede en Lima.

2.3.1. Tratamiento Legislativo de la Extinción de Dominio

Son numerosas las legislaciones en las que aparece una normativa que permite el decomiso sin condena. Surgieron en el ámbito anglosajón y se han extendido a muchos sistemas del *Common Law*. Países en los que existe son Estados Unidos de América, Irlanda, el Reino Unido, así como algunos Estados australianos y canadienses.

Otros países que disponen de esta modalidad de decomiso son Sudáfrica, Filipinas, República de las Islas Fiyi, Antigua y Barbuda, Bulgaria y Serbia. En Latinoamérica la institución de la extinción de dominio, cuyo país precursor fue Colombia, se prevé en otros países como México (incluso a nivel constitucional), Perú, Costa Rica, Honduras, y algunos están en fase de proyecto de ley, como Guatemala y Ecuador⁷⁹.

Los antecedentes en el Perú para combatir el patrimonio ilícito de las organizaciones criminales se dieron diversas medidas legislativas como son el Decreto Legislativo N° 992 que regula el proceso de Pérdida de Dominio, la Ley N° 29212 que modifica el Decreto Legislativo N° 992, Decreto Legislativo que regula el proceso de Pérdida de Dominio; Decreto Legislativo N° 1104 que modifica la legislación sobre Pérdida de Dominio y por ultimo del Decreto Legislativo N° 1373 sobre Extinción de Dominio y su reglamento.

Pero nos centraremos en el desarrollo de la legislación en el Perú mediante Ley N° 30823, “Ley que delega en el Poder Ejecutivo la Facultad de legislar en materia de gestión económica y competitividad, de integridad y lucha contra la corrupción, de prevención y protección de personas en situación de violencia y vulnerabilidad y de modernización de la gestión del Estado”.

⁷⁹Isidoro Blanco, Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena, En *El Derecho Penal y La política criminal frente a la corrupción*, (Ubijus: Mexico D.F., 2012), 340

Y en los literales d) y e) del inciso 3 del artículo 2 del citado dispositivo legal, establece la facultad de legislar en materia de integridad y lucha contra la corrupción, a fin de modificar la legislación vigente sobre la pérdida o extinción de dominio y facilitar la administración, por parte del Estado, de los bienes incautados, decomisados o declarados en pérdida de dominio”; indicando además que:

Que, conforme a la delegación de facultades se hace necesario realizar una reforma normativa de los mecanismos e instrumentos que permiten al Estado una firme lucha contra la delincuencia organizada y cualquier acto ilícito, por lo que se requiere estatuir un ordenamiento eficaz de extinción de dominio de los objetos, instrumentos, efectos y ganancias;

Que, la legislación actual sobre pérdida de dominio adolece de diversas deficiencias e imprecisiones que ha generado serias dificultades en los operadores jurídicos para su aplicación práctica como herramienta destinada a recuperar los bienes o ganancias provenientes de actividades delictivas; deficiencias como la falta de autonomía del proceso de pérdida de dominio del proceso penal , así como la no especialización de los operadores, ha permitido que en el Perú la delincuencia continúe acumulando riqueza y lavando dinero producto de los delitos antedichos, permitiendo que la economía haya sido permeada por los flujos de capital de tales actividades que la soslayan, produciendo burbujas inflacionarias, reducción de las actividades productivas lícitas, riesgo de desestabilización de la economía legal, desconfianza en el sistema financiero, violencia generalizada, entre otras.

Que, en ese sentido es necesario reformular estos mecanismos, implementando la extinción de dominio como una herramienta de política criminal independiente y autónoma del proceso penal, dirigida específicamente contra bienes y fortunas adquiridas como producto de actividades ilícitas reprochables por el ordenamiento jurídico peruano, estableciendo un proceso que se aplica únicamente respecto de derechos reales y que se realiza al margen de la acción penal, dado que el objeto de las dos acciones es distinto. Para ello, se establecen etapas y plazos celeres

sobre la base de un subsistema especializado de Extinción de Dominio, con salas, juzgados, fiscalías y unidades policiales especializadas en la materia, que permita un tratamiento diferenciado, que conlleve a la celeridad y eficacia.

Por consiguiente, después de analizar brevemente las normas que desarrollaron dicha institución como es la llamada Extinción de Dominio trataremos los aspectos más sustanciales de la norma.

2.3.2. Definición de Extinción de dominio

En el derogado Decreto Legislativo N° 992 en su artículo 1° nos decía “Para los efectos de la presente norma, la pérdida de dominio constituye la extinción de los derechos y o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna”, esta definición legal, pareciera que no existe ninguna clase de restricciones, que el Decreto Legislativo N° 992 posibilita la extinción de dominio que tienen los particulares respecto de cualquier tipo de derechos o títulos de bienes con la única condición que tengan una procedencia ilícita; pero no es así, como se podrá apreciar *infra* que pueda tener pretensiones de generalidad, sino más bien que posee un específico ámbito de acción⁸⁰.

En este orden en el Decreto Legislativo N° 1373 en su Título Preliminar artículo 3.10. nos define que la “Extinción de dominio: consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros”.

Si hacemos una comparación sencilla entre las dos redacciones vemos como el espectro del Decreto Legislativo N° 1373 ha sido elaborado de tal manera que no quede ninguna duda que cualquier bien de procedencia ilícita pasará al Estado, es preciso decir que la extinción de dominio como su propio nombre lo señala extingue los derechos de cualquier

⁸⁰ AVALOS RODRIGUEZ, Constante Carlos. “La Pérdida de dominio en el Derecho peruano” En: Actualidad Jurídica, N° 168, Lima, 2010, 13-18.

índole sea real, civil al detectarse su procedencia ilícita, antes de ello veamos lo que dice la Corte Constitucional colombiana.

La Corte Constitucional Colombiana define a la extinción de dominio:

No obstante, un análisis detallado de las implicaciones de esa disposición permite atribuir a la acción de extinción de dominio las siguientes características: “La extinción del dominio es una institución autónoma, de estirpe constitucional, de carácter patrimonial, en cuya virtud, previo juicio independiente del penal, con previa observancia de todas las garantías procesales, se desvirtúa, mediante sentencia, que quien aparece como dueño de bienes adquiridos en cualquiera de las circunstancias previstas por la norma lo sea en realidad, pues el origen de su adquisición, ilegítimo y espurio, en cuanto contrario al orden jurídico, o a la moral colectiva, excluye a la propiedad que se alegaba de la protección otorgada por el artículo 58 de la Carta Política. En consecuencia, los bienes objeto de la decisión judicial correspondiente pasan al Estado sin lugar a compensación, retribución ni indemnización alguna” (Sentencia C-374, 1997).

Tal vez entendemos mejor los conceptos señalados con un ejemplo simple Ricardo es un hombre que alquila camiones, pero se sabe que él era un hombre de procedencia humilde, pero de la noche a la mañana poseía 30 camiones, por asares del destino uno de sus camiones el cual había alquilado cae con 50 kilos de droga, en el transcurso de las investigaciones realizadas se llegó a determinar que Ricardo no puede demostrar cómo es que compro los 50 camiones que él posee. Pues él no tenía trabajo fijo, no tenía registros bancarios, no se había sacado la lotería etcétera.

Es por esta razón que, en el proceso de extinción de dominio, se le extinguió todos los derechos que él tenía sobre los camiones que decía eran de su propiedad, porque no pudo demostrar el origen lícito de los camiones en este caso.

Con este ejemplo simple podemos entender de qué trata el proceso de extinción de dominio y cuáles son sus alcances e implicancias.

2.3.3. La autonomía del proceso de extinción de dominio

En el artículo II del Título Preliminar de la Ley 1373 nos dice 2.3: “el proceso de extinción de dominio es independiente y autónomo del proceso penal, civil u otro de naturaleza jurisdiccional o arbitral, por lo que no puede invocarse la previa emisión de sentencia o laudo en éstos para suspender o impedir la emisión de sentencia en aquél”. Aquí conviene destacar que por ser una figura nueva la extinción de dominio no se ha encontrado aún con figuras propias de su naturaleza autónoma e independiente, esto trae a colación lo que se llama una posible “Autonomía Procesal”, nos preguntamos se podrá invocar esta figura en algunos casos que lleguen a los Juzgados o Salas de Extinción de Dominio lo más probable haya un desarrollo posterior a como se presenten los casos en los juzgados.

El proceso de extinción de dominio al ser autónomo de allí emana su independencia, dicho de otra manera, la extinción de dominio no depende de una sentencia judicial penal, no se tramita dentro de ella, en consecuencia, tiene que desarrollar principios y reglas propias a su naturaleza.

Lamentablemente, la autonomía de la extinción de dominio se ha visto tradicionalmente restringida, por la adscripción de esta acción a la jurisdicción penal. En efecto, desde sus orígenes la acción de extinción de dominio fue asignada a los fiscales y jueces penales, cuya formación profesional es esencialmente penal. Esto tuvo como consecuencia que la extinción de dominio fuera vista siempre como un apéndice del derecho penal, y que se la interpretara tradicionalmente desde la óptica del penalista. Por esta razón, la extinción de dominio ha sido vista tradicionalmente como un suplemento, o un procedimiento especial menor, anejo al proceso penal, lo cual ha dificultado la elaboración de una doctrina que desarrolle académicamente esta institución: no hay manuales de extinción de dominio, ni programas universitarios de posgrado para especializarse en esta materia⁸¹.

Lastimosamente en el Decreto Legislativo N 1104, no se encontraba positivizada la autonomía del proceso de extinción de dominio la cual mencionamos líneas arriba, pero

⁸¹Wilson Martinez, La extinción de dominio y la acción de extinción de dominio en Colombia, En La Extincion del derecho de dominio en Colombia (Bogotá: UNODC, 2015), 25

en la Decreto Legislativo N 1373 se corrige dicha omisión que cometió el legislador. Es interesante ver como la Corte Constitucional Colombiana señala que naturaleza tiene la extinción de dominio:

“Es una acción autónoma, porque se ejerce siguiendo principios y reglas de procedimiento propios, distintos de los de cualquier otro procedimiento. Particularmente es autónoma de la acción penal, porque los principios y reglas que rigen este procedimiento son distintos de los del proceso penal, por el hecho de ser esta una acción real y aquella una acción personal. Así lo ha reconocido en diversas sentencias la Corte Constitucional, al explicar que esta “[e]s una acción autónoma e independiente tanto del ius puniendi del Estado como del derecho civil. Lo primero, porque no es una pena que se impone por la comisión de una conducta punible, sino que procede independientemente del juicio de culpabilidad de que sea susceptible el afectado. Y lo segundo, porque es una acción que no está motivada por intereses patrimoniales sino por intereses superiores del Estado. Es decir, la extinción del dominio ilícitamente adquirido no es un instituto que se circunscribe a la órbita patrimonial del particular afectado con su ejercicio, pues, lejos de ello, se trata de una institución asistida por un legítimo interés público” (Sentencia C-740, 2003)

En Colombia la autonomía de la extinción de dominio se ha visto tradicionalmente restringida, por la adscripción de esta acción a la jurisdicción penal. En efecto, desde sus orígenes la acción de extinción de dominio fue asignada a los fiscales y jueces penales, cuya formación profesional es esencialmente penal.

Es preciso que dentro de la práctica diaria de los casos sobre extinción de dominio se irá dando forma con sus principios y reglas en el día a día.

2.3.4. La carga de la prueba en la extinción de dominio

El tema de la carga de la prueba en el proceso de extinción de dominio es interesante porque las reglas han cambiado porque no es no es que se haya hecho la “inversión de la

carga de la prueba”, sino más bien algunos hechos deben ser probados por ambas partes en el proceso de extinción de dominio.

El profesor Rosemberg nos dice:

Puede suceder en cada litigio que la exposición de las partes con respecto al desarrollo real de las cosas no llegue a producir el juez la convicción de la certeza, en vista de la insuficiencia de nuestros medios de conocimiento y los límites de nuestra fuerza de entendimiento. Este caso ocurre diariamente en los tribunales, tanto en los tribunales civiles como en los del crimen o los administrativos. Podrá ocurrir siempre que no se aclaren todos sus detalles el acontecimiento que motiva el pleito, o que no puedan comprobarse, ni como verdaderas ni como falsas, ciertas circunstancias que son importantes para la decisión judicial, Sea que se confía proporcionar los elementos de juicio a las partes o que se lo encarga al tribunal, sea que las partes o bien el tribunal debe preocuparse o asumir la responsabilidad por la comprobación de la verdad de las circunstancias de hecho presentadas en el litigio.⁸²

Es de advertir que en el Decreto Legislativo 1104 en el artículo 9.2. La carga de la prueba de la vinculación de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias con el delito o con la organización criminal, según sea el caso, le corresponde al Ministerio Público, **sin perjuicio de que la parte afectada acredite el origen lícito de los bienes**, aportando el material probatorio que corresponda.

Por consiguiente, no es que solamente la Fiscalía sea el único actor en demostrar la ilicitud de los bienes en extinguir, sino más bien la carga de la prueba también pasa al demandado para que demuestre la licitud de los bienes con esto quiero decir que quien tenga la mayor posibilidad de aportar las pruebas para hallar la verdad, será el juez quien tendrá la importante labor de decir si esas pruebas son suficientes o idóneas para llegar a la verdad judicial.

⁸²Leo Rosenberg *La Carga de la Prueba*. (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1956), 1 y 2.

En el proceso penal se basa bajo el principio de presunción de inocencia, es decir la carga de la prueba está del lado del estado representado por la fiscalía. En el proceso extinción de dominio está la carga dinámica de la prueba; es decir, se le da al juez un arma valiosas para que pueda establecer para quien es más fácil aportar la prueba para la resolución del caso en concreto yendo más haya también podría solicitar a las partes involucradas en el proceso de extinción de dominio afirmación o hechos aun cuando no se hayan alegado.

Y esto se ve reforzado en el artículo II del Título Preliminar de la Ley 1373 nos dice 2.9: “para la admisión a trámite de la demanda de extinción de dominio, corresponde al **Fiscal ofrecer las pruebas o indicios concurrentes y razonables del origen o destino ilícito del bien**. Admitida a trámite la demanda, **corresponde al requerido demostrar el origen o destino lícito del mismo**”.

En palabras del profesor Peyrano ⁸³

La llamada doctrina de las cargas probatorias dinámicas puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, repartes los esfuerzos probatorios. La misma importa un desplazamiento del *onus probandi*, según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquel puede recaer, verbigracia, en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos

Esto como es natural en el proceso de extinción de dominio, toma suma importancia por el hecho de que los involucrados en el proceso tendrán la predisponían de mostrar las pruebas, y el juez de pedir las si considera necesaria para hallar la verdad dentro del proceso.

La doctrina de las cargas probatorias dinámicas produce un verdadero salto cualitativo tanto desde el ángulo de la teoría como desde su operatividad en la práctica concreta.

⁸³ Jorge Peyraano. *Cargas Probatorias Dinámicas*. (Buenos Aires: Rubinzal Culzoni., 2004), 21 y 20.

Lo sustancialmente trascendente no se encuentra en el hecho de que coloca la carga de la prueba en cabeza de ambas partes, puesto que este avance teórico ya había sido concebido con anterioridad por otros autores, sino –y fundamentalmente- porque la ubica primordialmente sobre aquella que se encuentra en mejores condiciones de producirlas.⁸⁴

Esta imposición respecto de la carga de la prueba al haber variado tiene un mayor sentido para poder probar los hechos a que se refieren las partes dentro del proceso de extinción de dominio, claro está, siempre supeditado a la decisión del juez puede pedir las pruebas que considere conveniente para la aclaración de los hechos.

2.3.5. El derecho de propiedad y la extensión de dominio

Ese sólo puede ser la Propiedad. Es exactamente como me la había figurado: fornido, tosco, de miembros robustos, bien nutrido y con un rostro que exterioriza satisfacción y placidez. Se nota que nada lo amilana, que se siente completamente seguro.⁸⁵ Con estas palabras el maestro Rudolf Von Ihering, describía a la propiedad, pero no pensó en el proceso de extinción de dominio.

El profesor Salvatore Pugliatti ha afirmado que la primera definición de propiedad proviene del antiguo Egipto y que su contenido varia de pueblo a pueblo⁸⁶ es importante destacar ello porque según la evolución histórica social y económica de cada país va darle una connotación diferente al derecho de propiedad y esto se demuestra con el evolución del estado absoluto hasta el estado social de derecho pues en el primero la propiedad solo pertenecía a un cierto sector de clase social la llamada aristocracia, e instituciones eclesiásticas la cual tenían toda clase de privilegios en detrimento de los pobres en cambio de la evolución del Estado de derecho que sirvió de apoyo a los derechos públicos subjetivos, convirtiendo a los súbditos en ciudadanos libres. Los movimientos sociales

⁸⁴ Juan Rambalto. *Cargas Probatorias Dinámicas*. (Buenos aires: Rubinzal Culzoni. 2004), 29- 30.

⁸⁵ Von Rudolf Ihering, , *Bromas y Veras en la Ciencia Jurídica*, (Madrid: editorial Civitas, 1987), 236

⁸⁶ La piú antica definizione che si conosca ci viene dall` Egipto, ed é contenuta nel Papiro torinese 2021, che si coloca tra il sec. XIII e il sec.XI a. C. Secondo tale testo, la caratteristica della proprietà consisterebbe in ciò che il titolare (proprietario) può in ogni tempo procurarsi il valore capitale, mediante l`alienazione della cosa. IL diritto del proprietario, dunque, si caratterizza in funzione della sua facoltà di disposizione A questo punto dobbiamo avvertire che il concetto di proprietà é sommamente relativo. Esso varia per il contenuto, le forme e i caratteri da popolo a popolo e nelle diverse epoche storiche Salvatore Pugliatti, *Il Trasferimento delle Situazioni Soggettive*,(Milano. Dott. A. Giuffré, 1964), 12 y ss.

del siglo pasado develaron la insuficiencia de las libertades burguesas, permitiendo se tuviese conciencia de la necesidad de la justicia social. Pero el Estado de Derecho, que ya no podía justificarse como liberal, necesitó, para afrontar la marea social, arrojar por la borda su neutralidad, integrar en su seno a la sociedad sin renunciar al primado del derecho. El Estado de Derecho en la actualidad, ha dejado de ser formal, neutral e individualista, para transformarse en Estado material de derecho, en cuanto adopta una dogmática política y establece la justicia social. De esta suerte, puede decirse que nos hallamos ahora ante el Estado social de Derecho⁸⁷.

La propiedad privada está reconocida y regulada en el artículo 70º, del Capítulo III de la propiedad, del Título III de la Constitución del Perú de 1993, señala que: “El derecho de propiedad es inviolable. El estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de la Ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio”, de lo que se puede desglosar de la lectura de este artículo es que el constituyente ha querido que la propiedad privada, como institución jurídica y como derecho subjetivo, **satisfaga paralelamente los intereses de sus titulares y los intereses sociales que resulten involucrados en su uso y disfrute del derecho de propiedad.**

Es de notar que no solamente el artículo 70 de la Constitución Política regula la propiedad sino también el artículo 2 Inciso 16 que dice toda persona tiene derecho a la propiedad y a la herencia; artículo 15 toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho de promover y conducir instituciones educativas y el de transferir la propiedad de éstas, conforme a ley; artículo 21 los yacimientos y restos arqueológicos, construcciones, monumentos, lugares, documentos bibliográficos y de archivo, objetos artísticos y testimonios de valor histórico, expresamente declarados bienes culturales, y provisionalmente los que se presumen como tales, son patrimonio cultural de la Nación, independientemente de su condición de propiedad privada o pública. Están protegidos por el Estado. La ley garantiza la propiedad de dicho patrimonio. Fomenta conforme a ley, la participación privada en la

⁸⁷ Pablo Lucas Verdú, *Estado Liberal de Derecho y Estado Social de Derecho*, (Madrid:Acta Salmanticensia, Graficas Yagues, 1955), 80

conservación, restauración, exhibición y difusión del mismo, así como su restitución al país cuando hubiere sido ilegalmente trasladado fuera del territorio nacional; artículo35 (...) la ley establece normas orientadas a asegurar el funcionamiento democrático de los partidos políticos, y la transparencia en cuanto al origen de sus recursos económicos y el acceso gratuito a los medios de comunicación social de propiedad del Estado en forma proporcional al último resultado electoral general; artículo60 El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa (...) artículo71 en cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley; Artículo72 la ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes; artículo73 Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico; artículo88 el Estado apoya preferentemente el desarrollo agrario. Garantiza el derecho de propiedad sobre la tierra, en forma privada o comunal o en cualquiera otra forma asociativa. La ley puede fijar los límites y la extensión de la tierra según las peculiaridades de cada zona. Las tierras abandonadas, según previsión legal, pasan al dominio del Estado para su adjudicación en venta; artículo89 las Comunidades Campesinas y las Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo comunal y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece

Todas estas disposiciones constitucionales se pueden interpretar de muchas maneras, pero todas siempre relacionados con la función social enmarcada dentro del concepto constitucional de derecho de propiedad, todo esto tiene que ver con la relación que existe entre este derecho y los valores del estado que tiene la función de realizar en la sociedad.

La Corte Constitucional Colombiana nos dice:

El artículo 58 de la Constitución Política de Colombia garantiza el derecho a la propiedad privada, siempre que ella haya sido adquirida con arreglo a las leyes civiles. Allí se señala que el Estado no puede desconocer este derecho, ni vulnerarlo, por medio de leyes posteriores. No obstante, lo anterior, el derecho a la propiedad privada no es absoluto. De acuerdo con la Corte Constitucional, “el derecho de propiedad no es, per se, un derecho fundamental ya que el constituyente no lo ha dotado de esa precisa naturaleza. Si bien durante el Estado liberal originario, el derecho de propiedad era considerado como un derecho inalienable del ser humano y, por lo mismo, no susceptible de la injerencia estatal, hoy esa concepción está superada y esto es así al punto que en contextos como el nuestro, el mismo constituyente le ha impuesto límites sustanciales a su ejercicio. De allí que, si bien se lo reconoce como un derecho constitucional, se lo hace como un derecho de segunda generación, esto es, como un derecho adscrito al ámbito de los derechos sociales, económicos y culturales. Por ello, la jurisprudencia de esta Corporación sólo le ha reconocido al derecho de propiedad el carácter de derecho fundamental cuando está en relación inescindible con otros derechos originariamente fundamentales y su vulneración compromete el mínimo vital de las personas” (Sentencia C-740, 2003).

Una de las principales limitaciones del derecho de propiedad tiene que ver con el nexo que existe entre este derecho y los valores que el Estado tiene que realizar en la sociedad. Al respecto, el Tribunal Constitucional Ha sostenido “En este contexto, la Constitución ha establecido en su artículo 70 la garantía de la “inviolabilidad” como una garantía fundamental del derecho de propiedad, la cual debe interpretarse como prohibición de intervenciones en el libre ejercicio o goce de los mencionados atributos clásicos del derecho de propiedad.

Sin embargo, como también ha sostenido el Tribunal, el funcionamiento del sistema económico debe realizarse en armonía con los principios constitucionales de un Estado Social, componente con el cual se completa el modelo de *economía social de*

mercado establecido en nuestra Constitución Económica. En este contexto, la propiedad no sólo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizados en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es consustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber: la obligación de explotar el bien conforme a la naturaleza que le es intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la economía. A ello se refiere la Constitución cuando en su artículo 70 afirma que **ésta debe ejercerse en armonía con el bien común, todo lo cual permite reconocer la función social que la propiedad cumple en nuestro ordenamiento constitucional.**

En la sentencia STC 03379-2009-AA emitida por nuestro Tribunal Constitucional nos dice: “De este modo, nuestra Constitución reconoce a la propiedad no sólo como un *derecho subjetivo* (derecho individual), sino también como una *garantía* institucional (reconocimiento de su función social). Se trata, en efecto, de un “instituto” constitucionalmente garantizado. De modo que no puede aceptarse la tesis que concibe a los derechos fundamentales como derechos exclusivamente subjetivos, pues ello parte de la errónea idea de que aquellos son sólo una nueva categorización de las libertades públicas, tal como en su momento fueron concebidas en la Francia revolucionaria. Por el contrario, la exigencia de funcionalidad social que exige el principio de justicia que nuestro modelo económico incorpora; despliega su contenido hasta lograr una misión social, por cuanto ésta debe ser usada también para la constitución y ensanchamiento del bien común.

En efecto, en nuestro sistema constitucional la propiedad privada no es ni puede ser en modo alguno absoluta, debido a que, al igual que los restantes derechos y libertades que dignifican al ser humano, la propiedad se encuentra sujeta a las limitaciones impuestas por el interés general, las que, sin embargo, nunca podrían sustituir a la persona humana como titular de la libertad, así como tampoco imponer trabas intensas a su ejercicio que desconozcan la inviolabilidad de dicho derecho. En este contexto, la concepción de la propiedad privada como una garantía institucional, no implica el desconocimiento de las

garantías que, a su vez, deben ser instauradas a efectos de reconocer al propietario las facultades de oponibilidad del derecho.

En síntesis, el ejercicio del derecho a la propiedad importa limitaciones legales que tienen por finalidad armonizar:

§ El derecho de propiedad individual con el ejercicio de este por parte de los demás individuos.

§ El derecho de propiedad individual con el ejercicio de las restantes libertades individuales.

§ El derecho de propiedad individual con el orden público y el bien común.”

Es en este orden de ideas donde se aprecia el poder de la propiedad, pero este poder no es absoluto y esto se demuestra con el proceso de extinción de dominio la cual puede violentar dicho poder, dependiendo de cómo se adquirió el bien es decir con dinero ilícito o tal vez alguna fuente del delito.

Es decir que todos los actos que recaigan sobre bienes de origen o destino contrario al ordenamiento jurídico (entendido como desobediencia a la normas), son nulos de pleno derecho es decir que la compra de bienes muebles o inmuebles con dinero de los delitos antes mencionados pasaran a disposición del estado, para su remate o tal vez para su uso dependiendo de la clase de bien inmueble o mueble su adquisición, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe.

2.3.6. La buena fe y el proceso de extinción de dominio

Para entender la buena fe definido como el ideal de comportamiento en la vida social que queda incorporado en el ordenamiento jurídico, es evidente que la buena fe tiene un evidente carácter ético, partiendo de esta premisa entendamos que la conducta es un factor importante para entender la buena fe proponemos **un ejemplo**:

En un allanamiento de una vivienda se encuentra cierta cantidad de droga, como corresponde se elabora el acta de incautación de todos los bienes muebles dentro de la vivienda allanada, como consecuencia de esta intervención la casa queda incautada, debido a ello se hace la anotación en registros públicos como corresponde, aquí pueden darse algunas situaciones veamos 1) La primera que el dueño de la vivienda forma parte del ilícito cometido, con lo cual no podrá argumentar la buena fe, por ser parte del delito cometido. 2) Que esta vivienda sea alquilada y el propietario no sepa nada lo cual puede ser creíble, pero no solo se trata de alquilar el bien, sino que el real propietario tuvo el deber de vigilancia sobre el bien alquilado y no ser negligente respecto del bien de su propiedad. Y una 3) que no se haya hecho la anotación en registros públicos y el propietario venda el bien a una tercera persona sin que ella supiera que en esta vivienda se cometió un ilícito en **este tercer caso podría operar el principio de buena fe.**

En este orden de ideas entendamos buena fe en el sentido, recogiendo la enseñanza de la historia, hemos repetido en otra oportunidad que la libertad es el principal de los dones de que Dios doto al hombre. En don principal, en verdad, el don de la excelencia. Pero es a la vez, agregábamos, el don a la gracia que le impone al hombre su más grave compromiso, desde que según el uso que el haga de su libertad, se hará acreedor al premio o al castigo. La libertad es, así, para el hombre, su título de excelencia, su gloria en fin, que lo pone por encima de los demás seres creados que carecen de libre albedrío. Pero es, a la vez, su carga, su gravamen, su compromiso.

La buena fe aparece como uno de los principios generales que sirven de fundamento al Ordenamiento jurídico, informan la labor interpretativa y constituyen decisivo instrumento de integración, “si por buena fe ha de entenderse el cumplimiento leal, honrado y sincero de nuestros deberes para con el prójimo, y el ejercicio también leal, honrado y sincero de nuestros derechos no cabe la menor duda de que no actúa de buena fe el que los ejercita anormalmente con carácter antisocial, excediéndose de los límites normales , ni tampoco el que trata de burlar la ley, amparándose en un precepto de cobertura para lograr un resultado prohibido por el Ordenamiento jurídico o contrario al mismo”⁸⁸.

⁸⁸ Jesús Gonzales, *Principio General de Buena Fe en el Derecho administrativo*, (Madrid: Civitas, 1999), 26

Con relación al deber de buena fe, la doctrina distingue dos significados: la buena fe subjetiva y la buena fe objetiva. La buena fe subjetiva o psicológica es aquella relacionada con el error o falsa creencia, mientras que la buena fe objetiva exige el cumplimiento honesto y escrupuloso de las obligaciones contractuales. Acorde con estas ideas, Américo Plá Rodríguez⁸⁹ señala lo siguiente:

La buena fe-creencia es la posición de quién ignora determinados hechos y piensa, por tanto, que su conducta es perfectamente legítima y no provoca perjuicios a nadie. Es el sentido en que se emplea cuando se habla del poseedor de buena fe (que ignora el vicio o el obstáculo que le impide la adquisición de la cosa o el derecho poseído) o del cónyuge que contrae un matrimonio putativo (pues ignora el impedimento o error esencial y, en consecuencia, los efectos jurídicos son como si el acto fuera válido).

La buena fe-lealtad se refiere a la conducta de la persona que considera cumplir realmente con su deber. Supone una posición de honestidad y honradez en el comercio jurídico en cuanto lleva implícita la plena conciencia de no engañar ni perjudicar ni dañar. Más aún: implica la convicción de que las transacciones se cumplen normalmente, sin trampas ni abusos ni desvirtuaciones.

La buena fe resulta aplicable para todas las contingencias en el derecho que puedan presentarse en el momento de la formación, desarrollo y culminación de cualquier acto que refleje dicho precepto.

Es por estos argumentos que el proceso de dominio la fiscalía tendrá que destruir la buena fe de cualquier acto con vicios de ilicitud, además la parte contraria tendrá que demostrar que los actos que realizó fueron de buena fe.

⁸⁹ Américo Pla. *Los principios del Derecho del Trabajo*, 3ª ed. actualizada, (Buenos Aires: Depalma, 1998,). 394-395. Citado por Luis Valderrama Valderrama en su trabajo El Despido por Infracción del Deber de Buena Fe Laboral: A Propósito de la Resolución N° 01351-2013-SERVIR/TSC-SEGUNDA SALA

2.3.7. Jurisprudencia constitucional nacional y comparada

a. Jurisprudencia nacional

Sentencia de Extinción de Dominio – Exp.02755 -2017/ Resolución número veintiuno del 21 de mayo de 2019.

Es importante señalar que la jurisprudencia sobre extinción de dominio es relativamente nueva en nuestro ordenamiento jurídico es por ello por lo que es de suma importancia conocerla para poder determinar el camino que se seguirá en cuanto a las resoluciones de estos casos uno de los primeros casos que se vio propia mente como extinción de dominio.

Con fecha 22 de Diciembre de 2017, la Fiscalía Supraprovincial Corporativa Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios, interpone demanda de Pérdida de Dominio ante el Cuarto Juzgado Penal para Procesos con Reos Libres Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (hoy Juzgado Especializado Supraprovincial en Extinción de Dominio de la Corte Superior de Justicia de Lima con competencia en los distritos Judiciales del Callao, Lima, Lima Este, Lima Norte, Lima Sur y Ventanilla), por la cual se pretende la declaración de Extinción **de Dominio** de la **Cuenta Bancaria número 52433**, abierta en el **Banco Prudential Bache International Bank Limited de Luxemburgo**, a nombre de **SOUTHLAND SECURITIES INC.** (Actualmente se encuentra en la Caja de Compensación de la Tesorería del Estado de Luxemburgo desde el 28 de noviembre de 2002), cuyo beneficiario es LUIS por un monto total de USD 1'045,362.46 (al día 23 de abril de 2003) más los intereses que se generen a la fecha de ejecución de la sentencia.

Como antecedente se tiene la formación de una red de corrupción en el Estado Peruano, durante el gobierno de Alberto Fujimori en la década de 1990 al año 2000, organización criminal que generó pago de comisiones ilícitas a altos funcionarios públicos entre ellos a los jefes militares a cambio de

beneficiar a las empresas proveedores en las grandes licitaciones relacionadas con la adquisición de armamento militar, creándose e dicho contexto un fondo de contingencia integrado entre otros rubros, precisamente por esas comisiones ilícitas.

Es así, que en el marco de contratación pública, en particular las que convocó la Marina de Guerra del Perú para la capacitación del personal militar, la adquisición de armamento de guerra, así como el mantenimiento del material de guerra; el señor Luis amigo en su periodo de Comandante General de dicha entidad, habría percibido comisiones ilícitas de diversas empresas proveedores del Estado, a través de transferencias de dinero depositadas a cuentas vinculadas con miembros de su familia, tal es el caso de la cuenta *Southland Securities* cuyo beneficiario final es su hijo Luis.

La fiscalía considera haber acreditado suficientemente, el origen ilícito de los fondos de la cuenta *Southland Securities* en un estándar de balance de probabilidades que se exige en orden de extinción de dominio, en razón a tres documentos que corresponden a las versiones de ex asesor de inteligencia Vladimiro Montesinos Torres y de los proveedores del Estado,(...), quienes han referido la real existencia de una organización criminal en torno a las grandes licitaciones para la adquisición de armamento militar, pertrechos militares y capacitación de personal militar, una organización enquistada en las altas esferas del poder público y militar.

Asimismo, ha sido debidamente acreditado en particular con los contratos y requerimientos del área usuaria de la Marina de Guerra del Perú, la participación en las licitaciones de empresas como *MTU Friedrichshaffen GMBH* y otras, que terminaron efectuando depósitos en cuentas del grupo (...) y específicamente para lo que importa a este proceso en la cuenta *Southland Securities*.

Se han acreditado efectivas trasferencias dinerarias, efectuadas por proveedores del Estado contratantes con la Marina de Guerra del Perú, en la época en que el Señor (...) se desempeñó como Comandante General de

dicha área, a la cuenta cuyos fondos se pretenden extinguir y cuyo beneficiario económico es el hijo del funcionario antes señalado, ello con los Swift de las transferencias.

Las reglas de la experiencia indican, que las empresas que contratan con el Estado no deben hacer transferencias de dinero a los funcionarios públicos o a sus parientes como en este caso ha sucedido, no existiendo otra explicación de que estos fondos provienen de actividades ilícitas, tanto más si (...), en una declaración ante un consulado peruano en Dember en Estados Unidos ha pretendido desvincularse de la titularidad de la cuenta Southland, no obstante que hay evidencia de que él es el beneficiario económico.

Está probado que existen procesos penales contra el señor (...) por los delitos de enriquecimiento ilícito y lavado de activos con acusación fiscal, pero que no han podido concluir por tener la condición de reo contumaz y encontrarse con requisitoria internacional residiendo actualmente en la República de Chile; por todas estas razones, el Ministerio Público solicita declarar fundada la demanda de extinción de dominio y en consecuencia extinguir el dominio respecto a los fondos de la cuenta N° 52433 abierta en el banco *Prudential Bache International Bank Limited* de Luxemburgo por el monto de 1'045.362.46 dólares más los intereses generados hasta la total ejecución de la sentencia.

Ahora bien, dichas comisiones ilegales se encuentran vinculadas al señor (...), en tanto se corrobora que fue Comandante General de la Marina de Guerra del Perú desde el 02 de enero de 1996 conforme la Resolución Suprema número setecientos noventa y cinco, es decir en el segundo gobierno del ex presidente Alberto Fujimori, período en el que se materializa el llamado fondo de contingencia y acaecen las actividades colusorias para defraudar al Estado Peruano; además, al haber sido incriminado por el colaborador eficaz y sentenciado (...), de haber recibido una comisión de doscientos mil dólares por la venta de misiles Áspide o Alenia, ello conforme a declaración vertida.

Las comisiones ilegales recibidas por (...) y que fueron depositadas en la cuenta bancaria No. 5243 abierta en octubre del año dos mil, en el *Banco Prudential Bache Internacional* de Luxemburgo a través de la empresa afiliada, *Prudential Bank Dadeland* en Florida, Miami, a nombre de *Southland Securities INC*, (cuyos fondos eran manejados por los panameños Plutarco Cohen y Elba Fernández); tuvieron como beneficiario final a su hijo (...), a quien se le depositó la suma de US\$ 1'011,760.84, este capital fue formado a partir de las siguientes transferencias bancarias:

Que, conforme a lo señalado en los párrafos precedentes, existen suficientes medios probatorios que permiten colegir razonablemente que el dinero depositado en cuenta materia del presente proceso, es dinero vinculado a las "comisiones ilegales" por la adquisición de material bélico generado como consecuencia de los contratos entre las Fuerzas Armadas del Perú y Fuerzas Policiales con las empresas 2k Technologies S.A., Detroit Diesel-MTU Perú S.A.C. y MTU Friedrichshaffen GMBH, teniendo este dinero la calidad de **efecto** conforme lo hemos señalado líneas arriba, al haber nacido producto de la acción colusoria; no obstante ello, de las tres transferencias que originaron la cuenta, cabe precisar que por el paso del tiempo, ha llegado a generar intereses, siendo que dichos intereses constituyen **ganancias** de la actividad ilícita tal como lo ha planteado el Ministerio Público, por lo que en ese sentido, también serán parte de la extinción de dominio, ello de conformidad con el literal a) del artículo 7.1° del Decreto Legislativo 1373, cardinal que regula el ámbito de aplicación del proceso de extinción de dominio.

DECLARA:

PRIMERO.- FUNDADA la demanda de extinción de dominio planteada por la Fiscalía Provincial Penal con Competencia en Extinción de Dominio de Callao, Lima, Lima Este, Lima Norte, Lima Sur y Ventanilla, respecto de la **Cuenta Bancaria número 52433**, abierta en el **Banco Prudential Bache International Bank Limited**

de Luxemburgo, a nombre de SOUTHLAND SECURITIES INC. (Actualmente se encuentra en la Caja de Compensación de la Tesorería del Estado de Luxemburgo desde el 28 de noviembre de 2002), cuyo beneficiario es (...) por un monto total de USD 1'045,362.46 (al día 23 de abril de 2003) más ros intereses que sé generen a la fecha de ejecución de la presente sentencia.

SEGUNDO.- EXTINGUIR los derechos que sobre la anotada cuenta ostentaba la persona de (...), debiéndose en mérito a la presente resolución, pasar a nombre del Estado Peruano los dineros, haberes, saldos más intereses de la citada cuenta, cuyo derecho habiente y beneficiario económico final resulta ser el requerido antes mencionado.

TERCERO.- Consentida o ejecutoriada que sea la presente resolución, **TRAMÍTESE** la Asistencia Judicial Internacional a las autoridades respectivas del Gran Ducado de Luxemburgo con las formalidades de Ley, a fin de concretar la repatriación de los dineros, haberes, saldos más intereses de la citada cuenta, cuya titularidad queda revertida a favor del Estado Peruano.

b. Jurisprudencia colombiana

En este caso 26 de octubre de 2007 en las instalaciones del Puente Aéreo del Aeropuerto el Dorado de la ciudad de Bogotá, autoridades de policía realizaron una requisa al equipaje de ANDRES FELIPE BEDOYA MARTÍNEZ, quien pretendía viajar a la ciudad de Cali (Valle), y hallaron en su interior la suma de US\$200.000.00 dólares y \$30'040.000.00 pesos.

Al ser preguntado por el origen del dinero, el señor BEDOYA MARTINEZ manifestó a los policiales que contaba con el soporte de su licitud, sin embargo, habiendo esperado por aproximadamente 5 horas no se allegó la justificación de su procedencia, por lo que procedieron a la incautación y la aprehensión del afectado.

En consecuencia, no cabe duda que efectivamente las sumas de US\$200.000.00 dólares y \$30'040.000.00 pesos, fueron incautadas a ANDRES FELIPE BEDOYA MARTINEZ, cuando pretendía llevarlas en su equipaje a la ciudad de Cali a través de la aerolínea Avianca, pues de ello dan cuenta los informes rendidos por servidores públicos que actuaron en ejercicio de sus funciones. El detenido ha manifestado ante la justicia que proceden de las actividades lícitas a que se dedica su familia, especialmente en el comercio de instrumentos musicales.

En diligencia de interrogatorio practicado por la Fiscalía el 27 de octubre de 2007, el señor ANDRES FELIPE BEDOYA explicó que se desempeñaba como gerente financiero de la “*Casa Musical Alcides Bedoya*”, empresa propiedad de sus padres, devengando un salario de veinte millones de pesos, el cual invierte en Finca Raíz. Respecto del dinero incautado indicó:

... Desde el martes 23 de octubre vine a celebrar el cumpleaños de mi novia y a visitar unos proveedores de la compañía y aproveché para trasladar esos ahorros para la ciudad de Cali estaban destinados para una inversión en la ciudad de Bogotá que no se hizo, el motivo por el cual estaba en esta divisa se tomó la determinación de invertir en compra de divisa americana desde hace cuatro años para acá cuando la divisa estaba al alza estimándola en su momento como una buena oportunidad de negocio...También aclaro que parte de ese dinero es parte de la venta de un apartamento en proyecto en la ciudad de Miami yo pise el negocio de nueve mil dólares con un cheque personal... eso fue hace dos años

En lo referente al lugar donde tenía guardado el capital explicó:

En la calle 138 No 57-38 donde vivo temporalmente...GERARDO SOTO es el padre de un amigo mío que se llama igual estudiamos en la Javeriana, yo tengo una habitación en modalidad de arriendo pago trescientos cincuenta mil pesos mensuales más servicios hace 10 meses...en una caja fuerte que tengo en la habitación como unos dos

años y el señor me hacía el favor de guardarlo ahí. PREGUNTADO: porque razón no tenía el dinero en una entidad financiera. CONTESTO: porque estábamos esperando la oportunidad de inversión, pero no se dio.

Respecto de la obtención del capital dijo:

de Miami me consignaron un dinero en el BANK OF AMERICA una parte se trasladó por transferencia a mi banco a mi cuenta de Banco Colombia (...) con las respectivas ganancias por valorización y otra parte fue entregada en pesos por la compra de divisas PREGUNTADO: El dinero que le fue incautado en el día de ayer cuando fue capturado, porque no lo transfirió por intermediarios cambiarios o entidades financieras. CONTESTO: Porque sinceramente desconocía que nacionalmente se pudiera realizar el traslado así del dinero.

También reposa en el plenario la entrevista efectuada a la madre del afectado, MARIA ESPERANZA MARTÍNEZ CARDONA, quien declara que el dinero fue recibido por la venta de dos apartamentos en la ciudad de Miami, que su hijo es administrador de empresas y trabaja en los negocios de la familia, dedicándose a la compra de bienes raíces. En posterior declaración del 1 de agosto de 2014, señaló que todos los miembros de la familia sabían del dinero que ANDRES FELIPE transportaría el día de los hechos, en razón a que la compra del local de Centro Mayor no se dio, por lo que le pidieron a ANDRES que llevara el dinero a Cali y que las divisas son el producto de trabajo y ahorro familiar.

En apoyo de sus manifestaciones la defensa allegó copia de certificados de existencia y representación de las sociedades PROMOTORA MUSICAL S.A., INVERSIONES BULTRESSWORK S.A., GRUPO EMPRESARIAL BEDOYA MARTÍNEZ S.A., DISTRIBUIDORA MUSICAL LTDA, CASA MUSICAL Y ENTRETENIMIENTOS S.A., DISTRIEXITOS MUSICALES S.A. y SAVINGHOUSE S.A., que se observa fueron constituidas por el grupo familiar para

el desarrollo de actividades lícitas, como las relacionadas con la comercialización de productos musicales, actividades agrícolas, inmobiliarias, etc.

De otra parte se adujeron una certificación del Banco Davivienda en la que consta que ANDRES FELIPE BEDOYA y MARIA ESPERANZA MARTINEZ poseen un leasing habitacional con valor inicial de \$138'391.064.00, una cesión de promesa de compraventa, la factura de compra de un vehículo marca BMW a nombre de ANDRES FELIPE BEDOYA, un formato de acuerdo de transferencia del Bank of America, un cheque a favor de ANDRES FELIPE BEDOYA por US\$32,133.79 dólares, varios documentos que no fueron traducidos y que hacen relación a una negociación con Miami River LLC, una propuesta de OSPINAS para la venta de un local comercial en el centro comercial Centro Mayor por valor de \$609'960.000.00 y una certificación del Banco de Occidente que indica que ALCIBIADES BEDOYA mantuvo depósitos a plazo fijo por valor capital de US\$63,000.00 dólares.

Con tales documentos se soporta por la defensa el ejercicio de actividades lícitas de la familia de ANDRES FELIPE BEDOYA, que les ha generado la capacidad económica para adquirir diversos bienes como el leasing habitacional, un automóvil de alta gama, dinero en efectivo, así como la posibilidad de realizar negociaciones para la adquisición de inmuebles.

No obstante, lo anterior, estima este Juzgado que el afectado no demostró en verdad cuál era el origen del dinero que tenía en su poder, lo que aunado a las circunstancias en que fue hallado por las autoridades de policía, permiten establecer la configuración de la causal 1 del artículo 2 de la ley 793 de 2002, esto es que existió un incremento injustificado del patrimonio sin que se explicara su origen lícito.

En efecto, véase que, en su primera versión ante la justicia, ANDRES FELIPE BEDOYA dijo que el dinero era el producto de la empresa, que los había ahorrado en dólares y que tenía guardados en una caja fuerte de un apartamento en Bogotá en el que le arrendaron una habitación, con la finalidad de hacer una inversión que finalmente no se dio, por lo cual decidió llevarlos para Cali. También que parte de ese dinero era de la venta de un apartamento en proyecto en la ciudad de Miami que

le consignaron en el Bank of America, respecto del cual se hizo una transferencia a su cuenta del Banco Colombia.

Lo primero que ha de verse es que el afectado no demostró que en verdad tuviera arrendada una habitación en Bogotá y que allí guardara el dinero en una caja fuerte, pues no allegó al proceso la declaración de quien dijo era el arrendador, esto es el señor GERARDO SOTO, por lo cual el Despacho no cuenta con soporte probatorio para darle credibilidad a su dicho en ese sentido.

Pero, se reitera, el afectado no demostró a través de las declaraciones de GERARDO SOTO, de su amigo o de su novia, que tenía una habitación arrendada en un apartamento en la ciudad de Bogotá y que allí guardaba el dinero en una caja fuerte, por lo cual sus manifestaciones en ese sentido no pueden ser tenidas como ciertas.

Lo anterior si consideramos además, que no resulta creíble que una persona como ANDRES FELIPE BEDOYA, dedicada a los negocios particulares, decida tener, para aquella época, aproximadamente \$400'000.000.00 de pesos en efectivo en moneda nacional y extranjera, guardados en una caja fuerte de un apartamento que no era suyo, sino en el que había arrendado una habitación, asumiendo el riesgo de que pudieran ser hurtados, ya que no permanecía en ese lugar, porque como se dijo vivía en Cali, y por tanto la seguridad estaba seriamente comprometida.

De tal manera que el Despacho no da crédito a la afirmación del afectado relativa a que tenía el dinero guardado en la caja fuerte de una habitación arrendada, pues esa circunstancia no fue debidamente probada en este proceso y *per se* resulta contraria a la lógica que debe guiar la seguridad que una persona le da al manejo de dinero en efectivo.

En segundo lugar, para el Juzgado tampoco resulta creíble que el afectado viviendo con su familia en Cali (Valle), decidiera tener el dinero en efectivo en Bogotá, pues este no era el centro de sus operaciones comerciales, sino que se extracta de su declaración que el vínculo con esta ciudad era que acá vivía su novia, quien sin embargo nunca concurrió al proceso para corroborarlo. Y aunque también dijo que pretendía visitar proveedores de la compañía, esa manifestación no fue demostrada,

lo cual se había podido hacer determinando quienes eran aquellas personas, naturales o jurídicas, y cuál era el objeto de su visita.

Resulta entonces cuestionable que el dinero de la empresa y de la negociación de un inmueble, fuera ahorrado en la ciudad de Bogotá, además en una caja fuerte de una habitación arrendada, cuando el señor ANDRES FELIPE BEDOYA y su familia vivían y tenían sus negocios en Cali, sin que explicaran cómo fue que ese capital de la empresa llegó a esta ciudad cuando, se supone, era el producto de las ventas y otras negociaciones que no se realizaban acá.

Tampoco se explicó la razón por la que el dinero que se dijo era parte de la venta de un apartamento en Miami, estaba en Bogotá y se mantenía en efectivo, cuando había afirmado que ese valor fue consignado en el Bank of América y que de allí se realizó una transferencia a su cuenta de Bancolombia, por lo que debe deducirse que lo adecuado y usual era que permaneciera en esa entidad financiera y no que se retirara para llevarla en efectivo a una caja fuerte de una habitación en arriendo.

Esta circunstancia entonces tampoco resulta ajustada a la lógica y no está claramente explicada en el proceso, en tanto para el Juzgado no resulta entendible que ANDRES FELIPE BEDOYA tuviera ese dinero en su poder en la ciudad de Bogotá, cuando para evitar el riesgo de que pudiera ser hurtada lo adecuado era mantenerla en el banco, y en caso de necesitar realizar una negociación, pudiera disponer a través de otros medios de pago como un cheque o una transferencia electrónica. Lo llamativo es que decida retirar el dinero del banco y dejarlo guardado en efectivo en una caja fuerte de una habitación, que no se conoce tuviera medidas de seguridad adecuadas para protegerlo.

De otra parte, a pesar de que la defensa allegó documentos que permiten evidenciar la existencia de una negociación con la sociedad Miami River LLC, que le permiten sostener que parte de aquel dinero producto de la venta de un apartamento corresponde al incautado al afectado, para este Juzgado no está demostrado que efectivamente exista una relación entre uno y otro dinero.

Lo anterior, por cuanto en el proceso no se demostró con claridad que en verdad se haya realizado una negociación por la cual ANDRES FELIPE BEDOYA vendiera el apartamento en proyecto en la ciudad de Miami, no se sabe cuál pudo ser el monto de la misma de haberse realizado y la forma en que se dieron los pagos, pues véase que la defensa allegó diversos documentos que no dan claridad sobre tales aspectos ya que incluso algunos de ellos no cuentan con una traducción oficial que permita valorar en debida forma su contenido.

No existe en el proceso prueba documental que permita hacer el seguimiento a tales sumas de dinero, a modo de ejemplo a través de los respectivos extractos bancarios, sino que apenas se cuenta con el dicho del afectado que al carecer de aquel sustento de prueba, no puede ser tenido como cierto, y al contrario en tanto sus manifestaciones resultan imprecisas y contrarias a la lógica que debe guiar las actuaciones de los particulares.

Para el Juzgado esta justificación no es creíble, pues tan sólo aparece como oportunista en la medida en que existiendo la propuesta de parte de OSPINAS & CIA se utilizó para tratar de presentarla como un negocio que exigía tener el dinero en efectivo para concretarlo. Sin embargo, la experiencia de los negocios enseña que este tipo de contrataciones no suele realizarse como pretende hacerlo ver el afectado, es decir que ante la propuesta de OSPINAS pensaban pagar la totalidad del dinero que guardaban en efectivo, sino que en tal caso el comerciante busca obtener plazos para el pago total, que le permitan tener disponibilidad de efectivo para cubrir otros costos operativos o para realizar otras inversiones.

De tal manera que la justificación que en este sentido presenta la defensa, sería contraria a la forma en que normalmente se realizan los negocios, pues da a entender que el dinero se utilizaría en un solo contado para la compra del local, cuando la empresa vendedora de antemano establecía los plazos para su pago y previó además que la firma de la escritura se realizaría en febrero de 2010, no obstante lo cual el afectado pretendía entregar todo su efectivo sin que aún se hubiese protocolizado ese instrumento.

Junto a lo anterior ha de tenerse en cuenta que el dinero fue incautado por las autoridades de policía cuando pretendía ser transportado en el interior del equipaje

de ANDRES BEDOYA, en un vuelo comercial de la aerolínea Avianca con destino a la ciudad de Cali, lo cual resulta llamativo porque es evidente que una persona prudente y diligente, que es propietaria de tan elevada de dinero, no genera un riesgo de tal magnitud, si no es porque pretende ocultarlo ante la ausencia de justificación sobre su tenencia.

En efecto, los equipajes que se transportan en las aerolíneas suelen sufrir pérdidas por la acción de personas inescrupulosas que algunas veces trabajan en las instalaciones aeroportuarias, o bien simplemente por el descuido de quienes los tienen a su cargo, de tal manera que la experiencia indica que no es adecuado llevar dinero en efectivo o efectos de valor, pues en tal caso las empresas de aviación no pueden responder por los mismos.

Para tal fin se dispone de otros medios que aseguran la integridad de los bienes, como es el sistema financiero o los servicios que en ocasiones ofrecen las mismas aerolíneas, a los cuales se puede acudir bajo el pago de comisiones que en todo caso resultarán inferiores frente al valor de lo transportado.

Entonces, lo que se revela como adecuado, prudente y diligente, es que se acuda a aquellos servicios que garanticen la seguridad del dinero o bienes transportados, y no a llevarlos en una maleta que se transporta en la bodega del avión, poniendo en un inminente riesgo de ser hurtado o perdido ya que se encuentran al alcance de muchas personas que pueden tener contacto con el mismo.

Así las cosas, en el caso presente no es atendible que ANDRES FELIPE BEDOYA decidiera transportar doscientos mil dólares y más de treinta millones de pesos en efectivo en el interior de una maleta que a su vez se llevaría a bordo de un avión, actuar que solo puede comprenderse ante la ausencia de una justificación sobre su origen, esto es que el dinero no procedía de sus actividades legales, y que por lo tanto era necesario ocultarlo en un equipaje con la esperanza de que no pudiera ser detectado por las autoridades.

Indudablemente si el dinero tuviera una procedencia lícita, el afectado no habría optado por generar tal riesgo de que fuera hurtado por personas que lo tenían a su

alcance, o simplemente que se perdiera por un descuido, sino que se habría acudido al sistema financiero que otorga diversas posibilidades para transportar y retirarlo. Por todo lo anterior ha de concluirse, que en el proceso no se demostró el origen del dinero que fue incautado a ANDRES FELIPE BEDOYA MARTINEZ, pues aunque se allegó prueba de la realización de actividades lícitas en su familia y de la adquisición de diversos bienes, no se estableció con certeza que ese dinero procediera de las mismas.

Por el contrario, las circunstancias en que se produjo el hallazgo del dinero y las justificaciones presentadas sobre su origen y destino han llevado a establecer que estas contrarían la lógica con la que una persona normalmente maneja sus bienes, que no permiten tenerlas por ciertas, sino que evidencian ser fruto del interés por tratar de eludir la acción de la justicia. Para el Juzgado es claro que el afectado llevaba consigo dinero sobre el que no podía justificar su origen lícito, y por ello pretendió valerse de las actividades lícitas de su familia para tratar de hacer ver que tenía procedencia en las mismas.

Así se configura la causal 1 del artículo 2 de la ley 793 de 2002, en tanto que al llevar tal cantidad de dinero consigo, existió un incremento patrimonial que no pudo ser justificado, y sin que se explicara el origen lícito del mismo.

Por lo anterior, este Juzgado no comparte las alegaciones de la defensa como tampoco las manifestaciones expuestas por la Fiscalía en la resolución de improcedencia, que basó su decisión exclusivamente en el hecho de que en favor del afectado la Fiscalía 39 Especializada archivó la investigación penal que en su contra se adelantaba por el delito de lavado de activos.

Sin embargo, se olvida que la acción de extinción de dominio es autónoma e independiente del proceso penal, por lo que su resultado no se condiciona a las decisiones que en ese proceso puedan adoptarse. E indudablemente en el caso presente, el hecho de que la Fiscalía haya considerado que no debía proseguir la investigación penal, no obliga a este Despacho a emitir sentencia en ese sentido, esto es declarando la no extinción de dominio, pues en ejercicio de la autonomía judicial

se realiza la valoración de los medios de prueba que se allegan a este proceso, para concluir si debe declararse la extinción de dominio en favor del Estado.

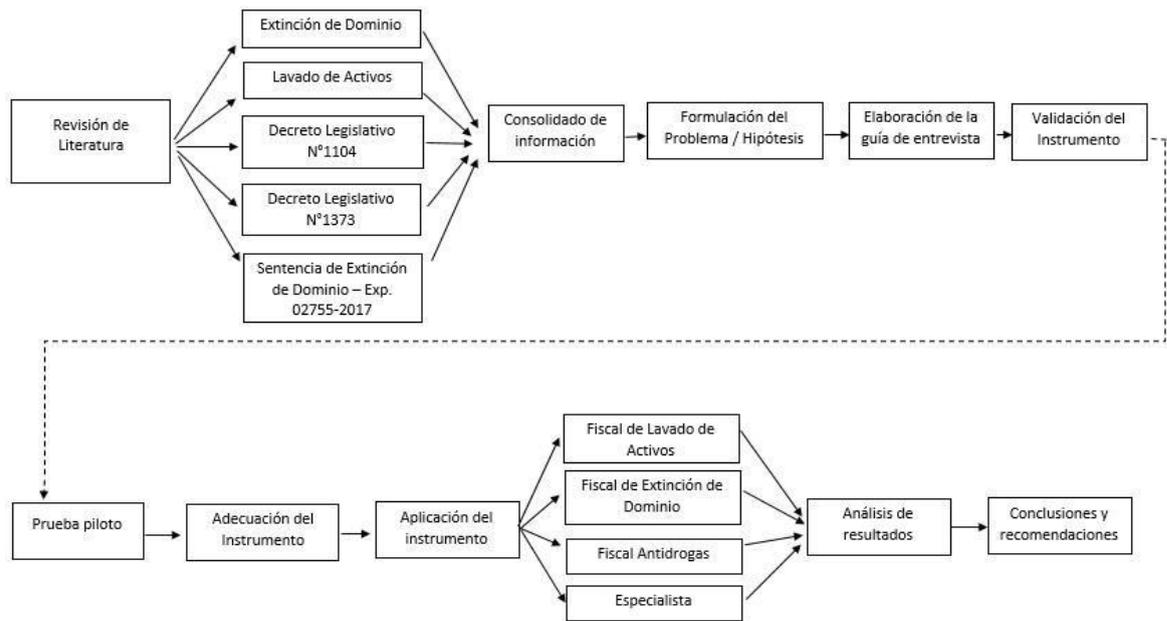
De modo tal, que, de conformidad con las razones expuestas en este fallo, se decretará la extinción del derecho de dominio de la suma de DOSCIENTOS MIL DOLARES AMERICANOS (US.\$200.000.00) depositados en custodia en el título No. 1-07-000285 del Banco de la República y los TREINTA MILLONES CUARENTA MIL PESOS (\$30'040.000.00) consignados mediante depósito judicial No. A 4125264 del Banco Agrario, que fueran incautados al señor ANDRES FELIPE BEDOYA MARTÍNEZ el 26 de octubre de 2007 en el Puente Aéreo de la ciudad de Bogotá y se ordenará el traspaso a favor de la Nación a través del Fondo para la Rehabilitación, Inversión Social y Lucha contra el Crimen Organizado o quien haga sus veces en cumplimiento del mandato expreso contenido en el artículo 18 de la Ley 793 de 2.002.

Resolvió: **PRIMERO: DECLARAR LA EXTINCION DEL DERECHO DE DOMINIO** de la suma de DOSCIENTOS MIL DOLARES AMERICANOS (US\$200.000.00) en depósito en custodia en el Banco de la República No. 1-07-000285 y de TREINTA MILLONES CUARENTA MIL PESOS (\$30'040.000.00) consignados en el depósito.

Capítulo III: Metodología

3.1 Diseño de la investigación

3.1.1 Etapas del desarrollo de investigación



*Elaboración propia

En la figura anterior podemos observar el desarrollo general de la investigación.

En un primer momento se realizó una profunda y exhaustiva revisión de la literatura sobre Extinción de Dominio y Lavado de Activos donde se estudió a detalle dichas figuras y su relación con la criminalidad organizada.

En la Extinción de Dominio se realizó un análisis exhaustivo sobre sus definiciones, sus antecedentes normativos, su tratamiento legislativo y la Jurisprudencia nacional existente.

Con respecto al Lavado de Activos se realizó un estudio sobre los antecedentes normativos, la normativa nacional y extranjera, así como la configuración del tipo penal entre otros.

Sucesivamente se realizó un estudio detallado del derogado Decreto Legislativo N° 1104 sobre Pérdida de Dominio y del vigente Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio.

Adicionalmente se analizó en detalle la primera sentencia de Extinción de Dominio – Exp.02755 -2017/ Resolución número veintiuno del 21 de mayo de 2019, dicha sentencia marcó un hito importante, ya que es la primera sentencia de Extinción de Dominio que logra recuperar más de \$ 1 millón de dólares para el Estado Peruano.

Una vez terminada la revisión de la literatura y consolidando la información se logró visualizar que la Extinción de Dominio y el delito de lavado de activos guardan relación entre sí, ya que la mayor parte de bienes incautados o los que se pretende incautar a favor del Estado son provenientes de este delito, por el cual, se buscará determinar que la Extinción de Dominio es una herramienta eficaz para la recuperación de dichos bienes.

Posteriormente se pasó a formular el problema general y los problemas específicos de nuestra investigación, así como los objetivos y posteriormente las hipótesis.

Después se elaboró la guía de Entrevistas para los expertos con la ayuda del Asesor de tesis. La entrevista tuvo que ser validado por el experto en el tema y en metodología, donde dicho experto llegó a la conclusión de que algunas preguntas debían ser modificadas para su mejor comprensión y así evitar que los entrevistados divaguen en el tema.

Se realizó la prueba piloto con el experto para luego pasar a la adecuación del instrumento, una vez realizado todo este proceso se aplicó el instrumento a fiscales y a un especialista, todos ellos expertos en el tema de Extinción de Dominio y Lavado de Activos.

Al término de las entrevistas se pasó al análisis del resultado con lo cual llegamos a las conclusiones del tema.

3.1.2 Diseño

Nuestra investigación tiene un diseño empírico ya que permite la obtención y la elaboración de datos empíricos⁹⁰

3.1.3 Tipo

La presente investigación es descriptiva (donde se enfoca en detallar las características, contexto, tendencias no establecidas de un objeto sobre el que ya existe bibliografía) aplicada (ya que se enfoca en resolver un problema específico de la realidad).

3.1.4 Enfoque

Esta investigación tiene un enfoque cualitativo ya que se utilizan para recoger datos sin medición numérica, se concentran en una situación, hecho, evento o fenómeno jurídico en particular que describirán a partir de observaciones, entrevistas, intervención, etc.⁹¹

3.2 Muestra

En el presente trabajo de investigación se realizó una muestra de 04 expertos en la materia, tres fiscales y un experto en Lavado de Activos

Miguel Toyohama Arakaki, Fiscal Adjunto Provincial Penal Titular de Lima destacado en la Primera Fiscalía Supraprovincial Especializada en Delitos de Lavado de Activos, sede Lima.

Luis Jesus Aguirre Naupari, Fiscal Provincial Titular Civil de Lima, Distrito Fiscal de Lima, en el Despacho de la Tercera Fiscalía Provincial Transitoria de Extinción de Dominio de Lima.

Eduardo Regalado Mayta, Fiscal Provincial Titular Antidrogas del Ministerio Público.

Luis Valderrama Valderrama, Director de EBS Abogados, investigador y colaborador en Gaceta Jurídica.

3.3 Instrumento de medida

⁹⁰Edelsys Hernández Meléndrez. "Metodología de la Investigación, cómo escribir una tesis". (Tesis en la Escuela Nacional de Salud Pública), 31.

⁹¹Fernandez, Maria; Urteaga, Patricia. "Guía de Investigación en Derecho" 17.

Se entiende como instrumento de medición a aquella herramienta o estrategia con la cual se pueda recoger datos relevantes que alienten la investigación a tal punto de facilitar el desarrollo de la hipótesis sin que esto signifique dejar de lado un análisis objetivo del caso.

El instrumento de medición de la presente investigación es la guía de entrevista, en la cual se establecerá un listado de preguntas detalladas que se les realizará a los expertos.

3.4 Validación del Instrumento

Se realizó el formato de la Guía de Entrevista con el Asesor de Tesis para proceder a validar el instrumento.

3.5 Prueba piloto

Se realizó el formato de validación de la Guía de Entrevista donde se desarrollaron las preguntas preliminares de la entrevista con la finalidad de aplicarla a un experto en la materia, y así poder verificar que las preguntas hayan sido elaboradas adecuadamente para obtener respuestas sobre el problema de la presente investigación. Estos formatos se adjuntan en los anexos.

Se realizó la prueba piloto al experto el Dr. Cesar Laso Ponseca experto en el tema de lavado de activos.

Los resultados preliminares que arroja la prueba piloto a las cuales fueron sometidos al experto ya mencionado fue que se debían especificar y precisar aún más la redacción de las algunas preguntas, con el objetivo de que los entrevistados expresen de mejor manera el conocimiento que tienen sobre el tema de investigación.

Con respecto a la pregunta 1, 2 y 3 se llegó a la conclusión que debía ser un poco más específica para que no se llegue a divagar en el tema.

Por lo cual se procedió a precisar algunos términos y delimitar aún más el tema.

Capítulo IV: Análisis de la interpretación cualitativa

4.1 Análisis e interpretación de entrevistas

A continuación, se realizará la interpretación y análisis de los resultados obtenidos por cada una de las seis (06) preguntas establecidas en la guía de entrevista la cual fue aplicada a 04 (cuatro) expertos en el tema.

| Pregunta N° 1 | | | | |
|--|--|---|--|---|
| Categoría | Entrevistado 1 | Entrevistado 2 | Entrevistado 3 | Entrevistado 4 |
| <p>¿Considera Usted que el Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio se encuentra correctamente tipificada y cumple su fin? ¿Por qué?</p> | <p>Considero que el Decreto Legislativo 1373 de extinción de Dominio si se encuentra bien tipificado, ya que conforme al objeto de dicho Decreto Legislativo se aplica sobre todo bien patrimonial, de objeto, instrumento o ganancias que tienen relación o se derivan de las</p> | <p>Desde un punto de vista práctico el D.L N° 1373 vigente desde el 02 de febrero del 2019 se encuentra correcta y positivamente tipificado porque el Decreto Legislativo tiene un fin, cual consiste en quitar de las manos de las organizaciones criminales el patrimonio ilícito y trasladarlo a la esfera o a la cabeza del estado, desde ese ángulo el Decreto Legislativo señalado cumple plenamente, absolutamente su finalidad y su fin de la creación porque este Decreto en su año de vigencia a logrado que se traslade a la esfera patrimonial del estado una suma aproximada de 170 millones</p> | <p>La extinción de dominio es una institución de carácter real y de contenido patrimonial que traslada a la esfera del Estado, la titularidad de aquellos bienes que constituyen objeto, instrumentos o ganancias de las actividades ilícitas, mediante la emisión de una sentencia, respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o tercero (artículo 3.10 del D.LEG. 1373), y es un proceso independiente y autónomo del proceso penal. Su interpretación es distinta a otras de naturaleza civil, administrativa o penal, tiene un</p> | <p>En primer lugar, soy de la opinión que esta institución tiene una gran importancia porque se busca combatir a la criminalidad organizada, a través de una medida eficaz como la pérdida de dominio de los bienes originadas por actividades ilícitas a favor del Estado. De ese modo, quiere transmitirse el mensaje a toda la</p> |

| | | | | |
|--|--|---|---|---|
| | <p>actividades delictivas contra la administración pública, medio ambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo secuestro, trata de personas y lavado de activos, etc.</p> | <p>de soles. Estos datos son a Julio del 2020, se tiene que tomar en cuenta el tiempo que venimos atravesando en la pandemia vemos que en menos de un año la suma que va al Estado es muy elevada.</p> <p>No Olvidemos que este dato es de julio del 2020 pero que a diciembre del 2020 también se han obtenido sentencias estimativas de demandas de extinción de dominio.</p> <p>Hace 3 días la fiscalía de extinción de dominio de Lima acaba de recuperar o trasladar a favor del estado 7 millones de dólares de un testamento vinculado a Montesinos.</p> | <p>objeto propio con un procedimiento especial, con fases definidas, recursos específicos, principios y garantías constitucionales previstos en el Decreto Legislativo 1373 y su Reglamento.</p> <p>Tiene como finalidad evitar:</p> <ul style="list-style-type: none"> -La continuidad delictiva, el enriquecimiento ilícito o indebido. -Que el delincuente o las organizaciones criminales tengan ventajas sobre las personas que invierten lícitamente sus recursos, energías y asumen riesgos. -La competencia desleal contra empresas legalmente | <p>sociedad de que toda actividad criminal no generará ganancias reales, impidiéndose así el enriquecimiento originado de delitos como lavado de activos, al existir siempre el riesgo de que, a través de un proceso especial, puede determinarse la extinción del dominio en contra del titular de estos bienes, conforme a las reglas establecidas en el Decreto Legislativo</p> |
|--|--|---|---|---|

| | | | | |
|--|--|--|---|---|
| | | <p>La 4ta Fiscalía de Extinción de Dominio en agosto ha conseguido 3 sentencias que declaran fundadas las demandas, el monto recuperado es 2.3 millones de dólares aproximadamente.</p> <p>En consecuencias, si hacemos un análisis estadístico la suma señalada en el mes de julio resulta menor a lo que hoy en día realmente se ha recuperado, los 170 millones a julio de 2020 es un dato que lo proporciona la propia sala superior que coordina a nivel nacional el funcionamiento de los órganos de extinción de dominio a nivel del Perú.</p> <p>Ante la pregunta, el Decreto Legislativo si viene cumpliendo su fin</p> | <p>constituidas; que bienes o ganancias sirvan para la continuidad delictiva o la comisión de otros delitos.</p> <p>-El peligro de corrupción que representa para el sistema socioeconómico, político o institucional del país.</p> <p>-Transmitir al delincuente y a la sociedad de que no va a enriquecerse a través de la comisión de hechos delictivos (impedir que el delito sea una actividad rentable).</p> <p>-Garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre bienes patrimoniales, evitando el ingreso al</p> | <p>N° 1373. En ese sentido, considero si hay una correcta tipificación de esta institución, al hacer hincapié en los aspectos patrimoniales y convertirla en una figura autónoma del proceso penal.</p> |
|--|--|--|---|---|

| | | | | |
|--|--|--|---|--|
| | | | <p>comercio en el territorio nacional de bienes de origen criminal, o extrayendo los bienes de origen criminal o bienes que se destinen a la actividad ilícita.</p> <p>Sí está correctamente tipificada, y cumple su fin, ya que hay pronunciamiento –sentencias- (dentro del poco tiempo de vigencia que posee).</p> | |
|--|--|--|---|--|

| Pregunta N° 2 | | | | |
|--|---|--|---|---|
| Categoría | Entrevistado 1 | Entrevistado 2 | Entrevistado 3 | Entrevistado 4 |
| <p>Según su experiencia legal ¿Qué tipos de vacíos legales existieron en el Decreto Legislativo N° 1104 sobre Pérdida de Dominio?</p> | <p>Se debe indicar que el Decreto Legislativo N° 1104 tuvo como origen el decreto legislativo 992 y tuvo varios vacíos, el decreto legislativo era genérico y no tan específico como lo es el actual Decreto Legislativo.</p> | <p>Esta Norma en su tiempo fue positiva, contiene grandes ventajas en pro de la lucha contra del patrimonio ilícito, pero lamentablemente fue poco utilizada, debido a que los fiscales que estuvieron a cargo de aplicarla siempre descuidaron el aspecto patrimonial de una actividad delictiva antes hoy actividad ilícita según la nueva Ley de Extinción de Dominio. Los Fiscales Penales que manejaron esa norma se preocuparon por el aspecto personal, es decir siempre se intenta poner tras las rejas a la persona que se le imputa una actividad delictiva y se descuidó el lado patrimonial de esas actividades ilícitas. Más que vacío la norma fue tergiversada en su aplicación, pues siempre se creyó que era dependiente o subsidiaria de la condena que se</p> | <p>Los aspectos más importantes eran la falta de autonomía, pues se tenía como subsidiaria al proceso penal, y por tanto para que pueda acceder al proceso de pérdida de dominio debía concluir el proceso penal; la etapa de investigación en la pérdida de dominio era demasiado corto (90 días prorrogables por el</p> | <p>Se pueden considerar dos deficiencias, una relacionada con la tipificación y otra a nivel práctico. En cuanto a su tipificación, se hizo hincapié más al aspecto punitivo que patrimonial, lo que llevo a regular esta figura como subsidiaria de un proceso penal, en vez de otorgarle un tratamiento autónomo que hubiera beneficiado para convertir el proceso en una más</p> |

| | | | | |
|--|---|---|--|--|
| | <p>Los vacíos que tenía el anterior D.L era en su estructuración por la falta de claridad y especificación.</p> | <p>expide en un proceso penal, a pesar de que la norma regulaba el principio de autonomía.</p> <p>Existió una interpretación en el sentido de que esta era accesoria a la existencia y condena en un proceso penal. Esta interpretación y aplicación práctica destruyo o no pudo hacer que se cumpla con la finalidad de la Ley, ya que la anterior ley tenía ventajas.</p> <p>Hoy en día el Decreto Legislativo N°1373 también adolece de algunos defectos y deficiencias, pero a la luz de poner en práctica y en ejecución vemos que sus aciertos son mayores que los desaciertos.</p> | <p>mismo plazo); el procedimiento judicial también era bastante corto; así mismo la figura de prescripción se delimitó por 20 años. Por otro lado, no existió una especialización respecto al tema de pérdida de dominio (Jueces y Fiscales competentes en dicha materia).</p> | <p>eficaz y con mayores alcances.</p> <p>A nivel práctico, observo que no se hizo una adecuada capacitación a los jueces y fiscales sobre los alcances de esta norma, por lo que existieron muchas complicaciones en su aplicación, a pesar de que ya constituía un instrumento útil para combatir a la criminalidad organizada.</p> |
|--|---|---|--|--|

| Pregunta N° 3 | | | | |
|--|--|---|--|---|
| Categoría | Entrevistado 1 | Entrevistado 2 | Entrevistado 3 | Entrevistado 4 |
| <p>En su experiencia ¿Estos vacíos legales generan o no problemas en la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos?</p> | <p>En mi experiencia, el Decreto Legislativo no fue utilizado de manera correcta por los operadores jurídicos ya que la dicha aplicación del decreto resultaba engorroso, los plazos eran muy cortos y no muy bien tipificados a diferencia del nuevo Decreto Legislativo.</p> | <p>Claro que sí, el Decreto Legislativo que regulaba la Pérdida de Dominio N°1104 no fue eficaz ni positivamente implementado ni aplicado. Preguntémosnos cuantos procesos judiciales se iniciaron a la luz de ese Decreto Legislativo, el número resulta mínimo, pero vayamos al extremo, cuantas demandas de Pérdida de Dominio fueron estimadas o fueron declaradas por los jueces, el número no sobrepasan los 10 dichas sentencias en aplicación al Decreto Legislativo que trasladaron a bienes a favor del estado.</p> <p>En consecuencia, así lo sostienen diversos penalistas, el Decreto Legislativo N° 1104 fue un fracaso y en virtud de ello, para intentar solucionar sus defecto o</p> | <p>Sí se produjeron problemas respecto a la recuperación de bienes en el delito de lavado de activos, puesto que los Fiscales en esta materia estaban mayormente enfocados en la persecución penal y no respecto a la situación jurídica de los bienes, que a veces se tenían que devolver ya que estas estaban más destinadas como consecuencias de la acción penal. Por ello, en la última evaluación de la GAFILAT sobre cumplimiento de las 40 Recomendaciones contra el</p> | <p>Si bien toda norma es perfectible, lo que es cierto es que al destacarse más los aspectos punitivos que patrimoniales, el enfoque de los Fiscales estuvo más inclinado a sancionar al delincuente. Es por ello por lo que, en mi opinión, no se cumplieron las metas establecidas por el Decreto</p> |

| | | | | |
|--|--|--|--|----------------------|
| | | deficiencias el Poder Ejecutivo, estudio, analizó y promulgó el Decreto Legislativo N° 1373. | lavado de activos, nuestro país obtuvo un rendimiento bajo en emisión de sentencias por lavado de activos. | Legislativo N° 1104. |
|--|--|--|--|----------------------|

Pregunta N° 4

| Categoría | Entrevistado 1 | Entrevistado 2 | Entrevistado 3 | Entrevistado 4 |
|--|--|---|---|---|
| <p>En su experiencia ¿Cuáles son las deficiencias que generaron los defectos normativos en el Decreto Legislativos N° 1104?</p> | <p>Los defectos normativos en este Decreto Legislativo fueron la poca precisión de dicho decreto, la falta de especialización de los operadores jurídicos y la falta celeridad y claridad en estos procesos.</p> | <p>La falta de conocimiento del Decreto Legislativo por parte de los operadores jurídicos y la poca claridad del anterior D.L</p> | <p>Falta de claridad y sentencias de pérdida de dominio, bajo ese contexto normativo.</p> | <p>Su carácter general y abstracto, lo que no generaba mucha claridad a nivel operativo y la falta de una adecuada capacitación a los operadores jurídicos implicados en esta clase de proceso.</p> |

| Pregunta N° 5 | | | | |
|---|---|---|---|---|
| Categoría | Entrevistado 1 | Entrevistado 2 | Entrevistado 3 | Entrevistado 4 |
| Dada su experiencia laboral ¿Qué deficiencias e imprecisiones normativas ha encontrado en el Decreto Legislativo N° 1373 y en qué sentido ha afectado a la recuperación de Bienes? | <p>Mas que deficiencias e imprecisiones en este nuevo decreto Legislativo, considero que este Decreto Legislativo ayuda a la recuperación de bienes y es una herramienta útil para la recuperación de bienes.</p> | <p>Analizado el D.L 1373 podemos advertir que también contiene defectos o deficiencias al igual que cualquier norma jurídica, al fin y al cabo, creación humana, este D.L no es perfecto, pero si resulta perfectible, analizando este precepto legal vemos que sus virtudes son mayores que sus defecto, en otras palabras, las luces de este D.L son muchas más que las sombras.</p> <p>Se debe resaltar 3 aspectos muy importantes contenidos en este D.L N° 1373:</p> <p>a. La regulación del Principio de Autonomía del Proceso de Extinción de Dominio.</p> <p>b. La regulación positiva del Principio de Reserva en la indagación patrimonial.</p> | <p>Desde su entrada en vigencia, el Decreto Legislativo 1373 y su Reglamento, hace aproximadamente año y medio, los Fiscales especializados en extinción de dominio vienen presentando múltiples medidas cautelares, así como utilizan diversas técnicas de investigación (levantamiento de secreto bancario y reserva tributario etc.) teniendo en cuenta que los plazos de indagación patrimonial son de un año y</p> | <p>Todavía es muy prematuro establecer conclusiones sobre el impacto de este nuevo dispositivo; no obstante, poco a poco se va mostrando una diferencia con la anterior regulación, pues sí se está observando el cumplimiento de los plazos y la recuperación de bienes. No obstante, la mirada que se da a esta institución sigue</p> |

| | | | | |
|--|---|--|---|--|
| | <p>Aunque debo señalar que los plazos son muy cortos, ya que se considera un 1 año para casos normales y 16 meses para casos complejos, el plazo de contestación de la demanda para los requeridos es muy cortos.</p> | <p>c. La regulación de la Carga probatoria dinámica contenida en este D.L N° 1373</p> <p>Estas 3 instituciones jurídicas, desde mi punto de vista, se constituyen como pilares de un proceso extintivo exitoso.</p> <p>Las deficiencias si existen, pero en número menor y de relevancia menor. Una de las deficiencias sería señalar el Principio de reserva sea expreso en forma total, que comprenda toda la indagación patrimonial aún cuando en esta se haya ejecutado una medida cautelar. Otro aspecto que merece una solución es aplicar el Derecho premial en determinado sentido, premiara la persona que conozca y denuncie una actividad ilícita como se hace en otras legislaciones con resultados positivos. A la persona que cumple con su deber de denunciar a personas naturales o jurídicas que ostenten</p> | <p>prorrogables por un año más, y por otro lado también pueden ser declarados complejos por el plazo de 36 meses prorrogables por el mismo tiempo; por el cual muchos de los procesos de extinción de dominio se encuentran en la etapa de indagación patrimonial a cargo del fiscal de extinción de dominio, consecuentemente son pocas las demandas presentadas a nivel nacional. Sin embargo, estas demandas son resueltas dentro del plazo que establece la norma, habiéndose logrado la recuperación gran cantidad</p> | <p>siendo punitiva, cuando deberían elaborarse estrategias más adecuadas para el traslado del patrimonio. Quizás con la implementación de incentivos a favor de denunciantes sobre estas actividades ilícitas pueda llevar no solo a la captura de delincuentes, sino también a un mayor alcance de la pérdida de dominio tanto a nivel nacional como internacional.</p> |
|--|---|--|---|--|

| | | | | |
|--|--|--|--|--|
| | | patrimonio ilícito se les destina en promedio del 3% al 5% de lo que el Estado recupera efectivamente. | de bienes (inmuebles y dinero nacional e internacional) que han pasado a favor del Estado peruano (PRONABI). | |
|--|--|--|--|--|

| Pregunta N° 6 | | | | |
|---|---|---|--|--|
| Categoría | Entrevistado | Entrevistado 2 | Entrevistado 3 | Entrevistado 4 |
| <p>¿En su experiencia, considera usted el Decreto Legislativo N° 1373 está siendo aplicado correctamente por los operadores jurídicos?</p> | <p>En estos momentos si se está aplicando correctamente este decreto, pero al estar tan poco tiempo en vigencia se tiene que esperar a que la jurisprudencia sea solida relevante para que la</p> | <p>Toda norma en sus inicios padece de diversos problemas, uno es el cabal conocimiento, dos es la difusión amplia que sea conocido por todo operador jurídico, en este sentido el D.L N° 1373 por las autoridades que integran el subsistema de Extinción de Dominio, salvo prueba en contrario, si viene siendo aplicado de forma correcta.</p> | <p>A pesar del corto tiempo de vigencia del Decreto Legislativo 1373, es importante resaltar la eficacia que tiene este instituto en cuanto a la recuperación de bienes de origen o destinación ilícito, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Sin embargo, se ha podido observar que los Fiscales de extinción de dominio persisten como lo hacían sus pares Fiscales de lavado y otros penales, con el Decreto Legislativo N° 1104; el traslado de las piezas procesales de los actuados penales solamente, limitándose en muchos de los casos a la prueba trasladada, obviando que el objeto de la indagación es recopilar los medios probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren el vínculo o nexo de relación entre los supuestos de extinción de dominio, la actividad ilícita y los bienes objeto de extinción (artículo 14 literal “d” del D.LEG. 1373) que configura una tríada real; siendo</p> | <p>Creo que, a pesar de las bondades de este nuevo dispositivo, donde ya se reconoce su carácter autónomo, todavía hay mucho que hacer en la capacitación de los operadores jurídicos. Resulta necesario que tanto los Jueces como los Fiscales comprendan cuáles son todas las herramientas que pueden aplicar para llevar a cabo una correcta calificación del delito de lavado de</p> |

| | | | | |
|--|----------------------------------|--|--|---|
| | <p>respuesta sea afirmativa.</p> | <p>Cuando me refiero al subsistema me refiero a los fiscales, jueces, a la policía, a la UIF que son integrantes de este subsistema. El número de sentencias que se mencionó anteriormente precisamente responde a una buena concepción y a una buena aplicación de la norma.</p> <p>Lo que falta es la difusión y que se conozcan en otros agentes claves del Estado.</p> | <p>imperativo que los Fiscales realicen una amplia indagación patrimonial, recabando los medios de convicción que deben ser obtenidas por actividad investigadora.</p> <p>Es necesario resaltar que las tres Salas Superiores de Extinción de Dominio (Lima, Trujillo y Arequipa) vienen uniformizando criterios para que los jueces de extinción a nivel nacional apliquen un procedimiento estándar y además dando algunos alcances sobre temas específicos (tercero de buena fe, prescripción, tutela de derecho, reexamen, etc.) encontrándose pendiente la emisión del Manual de Extinción de Dominio (Poder Judicial).</p> | <p>activos e impulsar un proceso más ágil en cara a la recuperación del patrimonio ilícitamente obtenido.</p> |
|--|----------------------------------|--|--|---|

Pregunta N° 1: ¿Considera Usted que el Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio se encuentra correctamente tipificado y cumple su fin? ¿Por qué?

Al hacer el análisis correspondiente, vemos que los cuatro expertos concuerdan en que el nuevo Decreto Legislativo N° 1373 si se encuentra correctamente tipificado y cumple su fin para el cual fue diseñada, el de recuperar bienes a favor del Estado.

Si bien es cierto, se llega a esta afirmación en consenso de todos los expertos entrevistados, ya que el Estado ha logrado trasladar a su esfera patrimonial más de 170 millones de soles en la vigencia de este nuevo Decreto Legislativo.

No debemos dejar de señalar que el vigente Decreto Legislativo N° 1373 tuvo como antecesor el derogado Decreto Legislativo N° 1104 que tenía como objetivo la recuperación de bienes pero dada su generalidad y poca precisión no logró con su fin.

En este orden de ideas, se tiene que dejar en claro que, el derogado Decreto Legislativo N° 1104 marcó una senda para la recuperación de bienes y con su modificatoria se logró que el vigente Decreto Legislativo cumpla con su finalidad, todo esto se ve reflejado en los bienes que el Estado peruano ha logrado recuperar para sus arcas y las en múltiples sentencias de extinción de dominio desde la entrada en vigencia del nuevo Decreto Legislativo N° 1373.

Pregunta N° 2: Según su experiencia legal ¿Qué tipos de vacíos legales existieron en el Decreto Legislativo N° 1104 sobre Pérdida de Dominio?

Con respecto a los vacíos legales que existieron en el derogado Decreto Legislativo N° 1104, todos los expertos concuerdan y señalan que sí existían vacíos como:

a) La falta de autonomía ya que era subsidiaria al proceso penal y para que se pudiera acceder al proceso de pérdida de dominio debía concluir primero el proceso penal.

b) La falta de claridad y ambigüedad

c) Incorrecta tipificación

c) Plazos cortos

Como señalan los expertos estos vacíos llevaron a que el derogado Decreto Legislativo no cumpla con su objetivo, el de recuperar bienes a favor del Estado, esto se vio reflejado ante la poca o casi inexistente Jurisprudencia en Pérdida de Dominio.

Se tiene que tener en cuenta que dicho decreto no solo tuvo deficiencias de tipificación sino a nivel práctico, ya que con la revisión de la literatura, las pocas sentencias que existieron en la vigencia del Decreto Legislativo N° 1104, el estudio del Decreto y la información obtenida de los expertos se debe señalar que los jueces y fiscales no tuvieron una adecuada capacitación sobre la normativa de Pérdida de Dominio lo que conllevó a su fracaso y derogación.

Pregunta N° 3: En su experiencia ¿Estos vacíos legales generan o no problemas en la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos?

Todos los expertos señalaron que, en su experiencia, los vacíos legales si generaron problemas para la recuperación de bienes a favor del Estado.

Ya que como se mencionó anteriormente, la jurisprudencia con respecto a la pérdida de dominio es casi inexistente.

Esta pregunta tiene relación con la pregunta N° 2 ya que en un primer momento los expertos señalaron que si existieron vacíos legales y que a consecuencia de dichos vacíos el derogado Decreto no cumplía con su fin.

Como señalan los expertos, el derogado Decreto no fue utilizado de manera correcta por los operadores jurídicos, ya que resultaba engorroso aplicarla además del poco conocimiento que tenía y la falta de voluntad para la aplicación.

Los operadores jurídicos se centraban más en la persecución penal del individuo y no respecto a la situación jurídica de los bienes procedentes del delito de lavado de activos, por lo tanto, una vez que terminaba la persecución penal no procedían a seguir con la extinción de dichos bienes.

Tomando en cuenta el número de sentencias que se dieron cuando el Decreto Legislativo N° 1104 estaba aún vigente, se puede establecer que dichos vacíos legales generaron problemas para la recuperación de bienes.

Pregunta N° 4: En su experiencia ¿Cuáles son las deficiencias que generaron los defectos normativos en el Decreto Legislativos N° 1104?

Todos los expertos señalaron de forma unánime que las deficiencias que generaron los defectos normativos en el derogado Decreto Legislativo N° 1104 fue la falta de claridad.

Se debe entender con falta de claridad que dicho Decreto Legislativo no describía exactamente el supuesto de hecho sino lo hacía de manera genérica lo que hacía imposible una correcta aplicación de la pérdida de dominio.

La mayoría de expertos señalaron que otra deficiencia fue la poca precisión y la falta de conocimiento de los operadores jurídicos.

Los expertos también señalaron que la falta de celeridad en los procesos existentes fueron determinantes para que el derogado Decreto Legislativo N° 1104 sea inefectivo e ineficiente.

Por lo tanto, se concluye que dichos defectos normativos rindieron en inefectivo el derogado Decreto Legislativo N° 1104.

Pregunta N° 5: Dada su experiencia laboral ¿Qué deficiencias e imprecisiones normativas ha encontrado en el Decreto Legislativo N° 1373 y en qué sentido ha afectado a la recuperación de Bienes?

La mayoría de expertos señalan que si existen deficiencias e imprecisiones en el vigente Decreto Legislativo N° 1373:

Uno de los expertos señaló que una de las deficiencias existentes es la falta de la aplicación de Derecho Premial como se hace en otras legislaciones, donde se busca la colaboración de la ciudadanía, para que aquellos ciudadanos que conozcan de actividades ilícitas y/o bienes de procedencia o destino ilícito denuncien a las personas naturales o jurídicas que ostentan la titularidad de dichos bienes.

Otro de los expertos señaló que existen deficiencias con respecto a los plazos establecidos para la contestación de la demanda, señala que el plazo para responder es muy corto en relación a la que posee el Fiscal de Extinción de Dominio para la indagación patrimonial.

Por último se debe señalar que después de una exhaustiva revisión de los Decretos Legislativos N° 1104 y 1373 y las entrevistas a los expertos, se tiene que tener en cuenta que si existen pequeñas deficiencias e imprecisiones en el Decreto Legislativo N° 1373 vigente pero aun así este Decreto Legislativo viene cumpliendo su fin, el de recuperar bienes a favor del Estado peruano.

Pregunta N° 6: ¿En su experiencia, considera usted que el Decreto Legislativo N° 1373 está siendo aplicado correctamente por los operadores jurídicos?

Todos los expertos señalan de forma unánime que el Decreto Legislativo N°1373 viene siendo aplicado correctamente.

Se tiene que tomar en cuenta esta afirmación unánime de los expertos, ya que señalan que, a pesar del corto tiempo de vigencia, el Decreto es un buen instituto en cuanto a recuperación de bienes de origen delictivo, dicho de otra manera, la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos y otros delitos es eficaz y eficiente.

Si bien es cierto que esta afirmación es unánime con respecto a la correcta aplicación del Decreto Legislativo, se tiene que señalar que la jurisprudencia existente también confirma estas afirmaciones, ya que como se puede ver en la sentencia de Extinción de Dominio – Exp. 02755-2017, en la parte expositiva, literal 1.2 y 1.3 se señala que se cumplió adecuadamente con las notificaciones; así como en la parte considerativa, literal 3.6 se señala que no existe sentencia condenatoria previa pero que esto no es requisito excluyente para no seguir con el proceso de Extinción de Dominio como lo señala el actual Decreto Legislativo; con respecto a las consideraciones finales el Juez señala que con todo lo actuado existen suficientes medios probatorios para colegir que el dinero depositado en las cuentas provienen de “comisiones ilegales” (...) por lo cual declara Fundada la demanda de Extinción de Dominio.

Con todo lo dicho anteriormente, la afirmación unánime de los expertos se ve respaldada por la primera sentencia de Extinción de Dominio.

Se tiene que tener en cuenta que falta mucho camino por recorrer, dado el corto tiempo de vigencia de este Decreto y se tiene que esperar a que la Jurisprudencia en Extinción de Dominio sea sólida y relevante para que exista mayores precedentes de su efectividad y eficacia.

CAPITULO V: CONCLUSIONES Y RECOMEDACIONES

1. De la revisión de la literatura se advierte que el nuevo escenario global ha favorecido, aunque no con pocos cuestionamientos, la introducción de un nuevo enfoque en las políticas legislativas en materia criminal, donde la creación de tipos penales se orienta a la protección de bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, flexibilizando las reglas de imputación de la responsabilidad penal y las reglas de naturaleza procesal. Sin duda, esto ha significado una evolución de la disciplina jurídico-penal para dar respuesta a esta nueva clase de conflictos de las sociedades actuales, dotadas de mayor diversificación y movilidad, como la que se presenta con la criminalidad organizada.

2. La criminalidad organizada se encuentra regulada en la legislación nacional en la Ley N° 30077. En el artículo 2 de la presente ley, se define lo que es una organización criminal, entendiéndose como cualquier agrupación de tres o más personas que se reparten diversas tareas o funciones, cualquiera sea su estructura y ámbito de acción, que, con carácter estable o por tiempo indefinido, se crea, existe o funciona, inequívoca y directamente, de manera concertada y coordinada, con la finalidad de cometer uno o más delitos graves señalados en el artículo 3 de la presente Ley. Como podemos ver, la legislación ha adoptado una posición distinta a la doctrina, pues no considera la finalidad lucrativa como una característica esencial de la criminalidad organizada. Sin embargo, la mayoría de los supuestos en el que se puede presentar la criminalidad organizada tiene necesarias connotaciones económicas.

3. De la revisión de la literatura con respecto al delito de lavado de activos se concluye que puede ser comprendido a través de dos nociones: una noción amplia y una noción estricta. La primera alude, de manera general, al proceso de legitimación de los bienes de procedencia ilegal, obtenidos fuera del control de la administración del Estado, mientras que, en sentido estricto, hace referencia exclusivamente al proceso de reconversión de bienes de origen delictivo, por lo que se hace necesaria la intervención del derecho penal. Además de las dos nociones antes mencionadas, existe una definición analítica que plantea que el lavado de activos es un proceso de ocultación de bienes de origen delictivo con el fin de otorgarles un manto de legitimidad. En términos simples, podemos señalar que el lavado de activos podría ser definido como el proceso mediante el cual se busca

disfrutar de los beneficios económicos de un delito a través del ocultamiento o disfrazamiento de su origen ilícito.

4. De la revisión de la normativa de Lavado de Activos existen diversas opiniones sobre el bien jurídico protegido sobre el lavado de activos. La opinión que nosotros defendamos consiste en que el bien jurídico protegido por el lavado de activos no es uno, sino son varios bienes jurídicos, es decir, asume la tesis de la pluriofensividad; es decir, tomando en cuenta las distintas manifestaciones de este delito, puede afectar diversos bienes jurídicos, por lo que deberá ser analizado en el caso concreto. No obstante, la doctrina mayoritaria se inclina a afirmar que el bien jurídico tutelado por el lavado de activos es el orden financiero. El orden financiero es entendido como la intervención del Estado en las relaciones económicas fundamentales, imponiendo coactivamente una serie de normas o planificando el comportamiento de los sujetos económicos. Esta posición no está exenta de críticas, ya que, algunos juristas consideran que este no es un bien jurídico propiamente dicho, sino un objetivo político-criminal.

5. De la revisión de la literatura, con relación a la pérdida de dominio, el derogado Decreto Legislativo N° 992 en su artículo 1° establecía que la pérdida de dominio constituye la extinción de los derechos y/o títulos de bienes de procedencia ilícita, a favor del Estado, sin contraprestación ni compensación de naturaleza alguna. A diferencia de este dispositivo, el nuevo Decreto Legislativo N° 1373 en su Título Preliminar artículo 3.10. nos define que la “Extinción de dominio: consecuencia jurídico-patrimonial que traslada a la esfera del Estado la titularidad de los bienes que constituyen objeto, instrumento o efectos o ganancias de actividades ilícitas, mediante sentencia emitida respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o terceros”. Si hacemos una comparación sencilla entre las dos redacciones vemos como el espectro del Decreto Legislativo N° 1373 ha sido elaborado de tal manera que no quede ninguna duda que cualquier bien de procedencia ilícita pasará al Estado, es preciso decir que la extinción de dominio como su propio nombre lo señala extingue los derechos de cualquier índole sea real, civil al detectarse su procedencia ilícita.

6. De la consolidación de la literatura y Jurisprudencia revisada y los resultados de las entrevistas se confirma la Hipótesis Principal de esta investigación: El nuevo Decreto Legislativo de Extinción de Dominio, sobre los bienes procedentes del delito de lavado

de activos es eficaz y eficiente para la recuperación de dichos bienes, ya que este nuevo Decreto Legislativo cumple con su fin, el de recuperar bienes a favor del estado en plazos razonables.

7. De los resultados de las entrevistas, se confirma la primera hipótesis específica: Las causas que generaron los vacíos legales del Decreto Legislativo N° 1104 determinaron la deficiencia normativa con respecto a la recuperación de objetos procedentes del delito de lavado de activos, ya que como lo señalaron los expertos, el Decreto Legislativo N° 1104 fue deficiente porque no se logró la recuperación de los bienes, además existió falta de conocimiento por los operadores jurídicos, poca delimitación y claridad.

8. De la revisión de la Jurisprudencia existente sobre Extinción de Dominio y los resultados de las entrevistas a los expertos, se llega a la confirmación de la segunda hipótesis específica: Los lineamientos jurisprudenciales sobre la efectividad de recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos podrían ser más eficaces con respecto a la recuperación de dichos bienes. A la fecha existe una uniformidad en la jurisprudencia con respecto a la recuperación de dichos bienes y el Estado ha recuperado para sus arcas más de 170 millones de soles.

9. De la revisión de la literatura y los resultados de las entrevistas, se llega a la conclusión de que las deficiencias e imprecisiones existentes no afectan la eficacia del vigente Decreto Legislativo N°1373, si bien es cierto existen algunas deficiencias e imprecisiones, pero esto no conllevaría a rendir en inefectiva la norma vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- Abel Souto, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2002.
- Ambos, Kai; Caro Coria, Dino y Malarino, Ezequiel (coord.). *Lavado de activos y compliance*. Lima: Jurista Editores, 2015.
- Blanco Cordero, Isidoro; Fabián Caparrós, Eduardo; Prado Saldarriaga, Víctor; Santander Abril, Gilmar y Javier Zaragoza Aguado. *Combate al Lavado de Activos desde el Sistema Judicial*. Organización de los Estados Americanos – OEA. Washington 2018.
- Blanco Cordero, Isidoro. “Criminalidad organizada y mercados ilegales”. *Eguzkilore. Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, nº 11 (1997): 213-231.
- Booth, Robin; Farrell, Simon; Bastable, Guy y Yeo, Nicholas, *Money laundering Law and Regulation*. Nueva York: Oxford University Press, 2011.
- Castillo Alva, José. *El principio de taxatividad en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador. Una lectura constitucional y convencional*. Friburgo: Universidad de Friburgo, 2014.
http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20140908_01.pdf
- Comité de autoridades de supervisión bancaria del grupo de los diez y de Luxemburgo, *Declaración del comité de autoridades de supervisión bancaria del grupo de los diez y de Luxemburgo sobre prevención en la utilización del sistema bancario para blanquear fondos de origen criminal*. (Basilea: Comité de autoridades de supervisión bancaria del grupo de los diez y de Luxemburgo, 1988).
- De la Corte Ibañez, Luis y Giménez-Salinas Framis, Andrea. *Crimen.org. Evolución y claves de la delincuencia organizada*. Barcelona: Ariel, 2010.
- Fernández De Cevallos y Torres, José. “Blanqueo de capitales y principio de lesividad”. Tesis doctoral en derecho. Universidad de Salamanca, 2013.
- Fernández Flecha, María; Urteaga Crovetto, Patricia y Verona Badajoz, Aarón. *Guía de Investigación en Derecho*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2015.
- Gálvez Villegas, Tomás. *El delito de Lavados de Activos*. Lima: Jurista Editores, 2009.

Gracia Martín, Luis; Boldova Pasamar, Miguel y Alastuey Dobón, María. *Lecciones de consecuencias jurídicas del Delito*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1998.

Haydegger, Francisco y Atahuamán, Jhuliana (coord.), *Derecho penal económico y de la empresa*. Lima: IDEMSA, 2013.

Huayllani Vargas, Huber. “El delito previo en el delito de lavado de activos” Tesis de maestría en Derecho penal. Pontificia Universidad Católica del Perú, 2016.

Hernández Meléndrez, Edelsys. “Metodología de la Investigación, cómo escribir una tesis”. (Tesis en la Escuela Nacional de Salud Pública), 2007.

Lamas Puccio, Luis. *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas*. Lima: Gaceta Jurídica, 2008.

Lamas Puccio, Luis. *La prueba indiciaria en el delito de Lavado de Activos* Lima: Instituto Pacífico, 2017.

Mendoza Llamacponcca, Fidel. “El tipo base del delito de lavado de activos en el Perú (arts. 1, 2 y 3 del decreto legislativo nº 1106). Apuntes desde el derecho penal español”. Tesis doctoral en derecho, Universidad de Salamanca, 2017.

Neyra Solís, Jorge. “El delito de lavado de activos y el proceso de pérdida de dominio en la Legislación Penal Peruana”. Tesis doctoral en derecho, Universidad Inca Garcilaso de la Vega, 2017. (Paper base)

Páucar Chappa, Marcial. *Delito de Lavado de Activos: Tipologías y Jurisprudencia*. Lima: ARA Editores, 2013.

Prada, Mirtha. “La pérdida de dominio como el proceso autónomo idóneo para dilucidar la titularidad del patrimonio criminal”, *Parthenon.pe*, 2018. <http://www.parthenon.pe/publico/la-pérdida-de-dominio-como-el-proceso-autonomo-idoneo-para-dilucidar-la-titularidad-del-patrimonio-criminal/>

Prado Saldarriaga, Víctor. *Criminalidad Organizada y Lavado de activos*. Lima: IDEMSA, 2013.

Prado Saldarriaga, Víctor. *El delito de lavado de dinero en el Perú*. Friburgo: Universidad de Friburgo, 2008. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/temas/t_20080528_43.pdf

Ramos Heredia, Carlos. *El delito de lavado de activos*. Lima, s.e., 2015.

Santisteban Suclupe, Juan. *Lavado de activos vinculado al tráfico ilícito de drogas*. Lima: A&C Ediciones, 2017.

Silvente Ortega, José. “Críticas a la prevención y represión del blanqueo de capitales en España desde la Jurisprudencia y el Derecho comparado con los países de la Unión Europea”. Tesis doctoral en derecho, Universidad Católica San Antonio, 2013.

Urquiza Olaechea, José y Salazar Sánchez, Nelson. *Política criminal y dogmática penal de los delitos de blanqueo de capitales*. Lima: IDEMSA, 2012.

Unidad de Equipo Técnico Institucional del Código Procesal Penal. *Extinción de Dominio – Compendio normativo*. Lima: Fondo Editorial del Poder Judicial. 2019

Villavicencio Terreros, Felipe. “Evaluación de la legislación penal peruana en materia de lavado de activos: efectividad, grado de cumplimiento y recomendaciones”, en *Lavado de activos en el Perú: grado de efectividad y cumplimiento. Recomendaciones*. Lima: Instituto de Estudios Internacionales, 2011.

Villavicencio Terreros, Felipe. *Derecho penal. Parte general*. Lima: Grijley, 2013.

Villavicencio Terreros, Felipe. *Evaluación de la legislación penal peruana en materia de lavado de activos: efectividad, grado de cumplimiento y recomendaciones*. s.f.

http://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/39943/3_investigacion.pdf?sequence=4

Edelsys Hernández Meléndrez. “Metodología de la Investigación, cómo escribir una tesis”. (Tesis en la Escuela Nacional de Salud Pública),

ANEXOS

ENTREVISTAS A ESPECIALISTA SOBRE PÉRDIDA DE DOMINIO

Las entrevistas están dirigidas a evaluar, estudiar y comprender a profundidad puntos específicos sobre la Extinción de Dominio y llegar a las conclusiones de la Tesis: La Extinción de Dominio y la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos.

Dr. Eduardo Regalado Mayta

Parte 1: Introducción

Le agradezco su tiempo para realizar esta entrevista, reconozco su impecable trayectoria en el Derecho.

Me gustaría saber más sobre su experiencia como Abogado, Juez o Fiscal sobre la Extinción de Dominio y Lavado de Activos.

Parte 2:

¿Considera Usted que el Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio se encuentra correctamente tipificada y cumple su fin? ¿Por qué?

Considero que el Decreto Legislativo 1373 de extinción de Dominio si se encuentra bien tipificado, ya que conforme al objeto de dicho Decreto Legislativo se aplica sobre todo bien patrimonial, de objeto, instrumento o ganancias que tienen relación o se derivan de las actividades delictivas contra la administración pública, medio ambiente, tráfico ilícito de drogas, terrorismo secuestro, trata de personas y lavado de activos, etc.

Según su experiencia legal ¿Qué tipos de vacíos legales existieron en el Decreto Legislativo N° 1104 sobre Pérdida de Dominio?

Se debe indicar que el Decreto Legislativo N° 1104 tuvo como origen el decreto legislativo 992 y tuvo varios vacíos, el decreto legislativo era genérico y no tan específico como lo es el actual Decreto Legislativo. Los vacíos que tenía el anterior D.L era en su estructuración por la falta de claridad y especificación.

En su experiencia ¿Estos vacíos legales generan o no problemas en la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos?

En mi experiencia, el Decreto Legislativo no fue utilizado de manera correcta por los operadores jurídicos ya que la dicha aplicación del decreto resultaba engorroso, los plazos eran muy cortos y no muy bien tipificados a diferencia del nuevo Decreto Legislativo.

En su experiencia ¿Cuáles son las deficiencias que generaron los defectos normativos en el Decreto Legislativos N° 1104?

Los defectos normativos en este Decreto Legislativo fueron la poca precisión de dicho decreto, la falta de especialización de los operadores jurídicos y la falta celeridad y claridad en estos procesos.

Dada su experiencia laboral ¿Qué deficiencias e imprecisiones normativas ha encontrado en el Decreto Legislativo N° 1373 y en qué sentido ha afectado a la recuperación de Bienes?

Más que deficiencias e imprecisiones en este nuevo decreto Legislativo, considero que este Decreto Legislativo ayuda a la recuperación de bienes y es una herramienta útil para la recuperación de bienes.

Aunque debo señalar que los plazos son muy cortos, ya que se considera un 1 año para casos normales y 16 meses para casos complejos, el plazo de contestación de la demanda para los requeridos es muy cortos.

¿En su experiencia, considera usted el Decreto Legislativo N° 1373 está siendo aplicado correctamente por los operadores jurídicos?

En estos momentos si se está aplicando correctamente este decreto, pero al estar tan poco tiempo en vigencia se tiene que esperar a que la jurisprudencia sea solida relevante para que la respuesta sea afirmativa.

Parte 3: Clausura

Muchas gracias por darme esta entrevista, su información es valiosa y su experiencia en Extinción de dominio y lavado de activos es importante para profundizar algunos aspectos de este trabajo de investigación, así como para llegar a las conclusiones.

Dr. Luis Jesus Aguirre Naupari

Parte 1: Introducción

Le agradezco su tiempo para realizar esta entrevista, reconozco su impecable trayectoria en el Derecho.

Me gustaría saber más sobre su experiencia como Abogado, Juez o Fiscal sobre la Extinción de Dominio y Lavado de Activos.

Parte 2:

¿Considera Usted que el Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio se encuentra correctamente tipificada y cumple su fin? ¿Por qué?

Desde un punto de vista práctico el D.L N° 1373 vigente desde el 02 de febrero del 2019 se encuentra correcta y positivamente tipificado porque el Decreto Legislativo tiene un fin, cual consiste en quitar de las manos de las organizaciones criminales el patrimonio ilícito y trasladarlo a la esfera o a la cabeza del estado, desde ese ángulo el Decreto Legislativo señalado cumple plenamente, absolutamente su finalidad y su fin de la creación porque este Decreto en su año de vigencia a logrado que se traslade a la esfera patrimonial del estado una suma aproximada de 170 millones de soles. Estos datos son a Julio del 2020, se tiene que tomar en cuenta el tiempo que venimos atravesando en la pandemia vemos que en menos de un año la suma que va al Estado es muy elevada.

No Olvidemos que este dato es de julio del 2020 pero que a diciembre del 2020 también se han obtenido sentencias estimativas de demandas de extinción de dominio.

Hace 3 días la fiscalía de extinción de dominio de Lima acaba de recuperar o trasladar a favor del estado 7 millones de dólares de un testafarro vinculado a Montesinos.

La 4ta Fiscalía de Extinción de Dominio en agosto ha conseguido 3 sentencias que declaran fundadas las demandas, el monto recuperado es 2.3 millones de dólares aproximadamente.

En consecuencia, si hacemos un análisis estadístico la suma señalada en el mes de julio resulta menor a lo que hoy en día realmente se ha recuperado, los 170 millones a julio de 2020 es un dato que lo proporciona la propia sala superior que coordina a nivel nacional el funcionamiento de los órganos de extinción de dominio a nivel del Perú.

Ante la pregunta, el Decreto Legislativo si viene cumpliendo su fin.

Según su experiencia legal ¿Qué tipos de vacíos legales existieron en el Decreto Legislativo N° 1104 sobre Pérdida de Dominio?

Esta Norma en su tiempo fue positiva, contiene grandes ventajas en pro de la lucha contra del patrimonio ilícito, pero lamentablemente fue poco utilizada, debido a que los fiscales que estuvieron a cargo de aplicarla siempre descuidaron el aspecto patrimonial de una actividad delictiva antes hoy actividad ilícita según la nueva Ley de Extinción de Dominio.

Los Fiscales Penales que manejaron esa norma se preocuparon por el aspecto personal, es decir siempre se intenta poner tras las rejas a la persona que se le imputa una actividad delictiva y se descuidó el lado patrimonial de esas actividades ilícitas.

Más que vacío la norma fue tergiversada en su aplicación, pues siempre se creyó que era dependiente o subsidiaria de la condena que se expide en un proceso penal, a pesar de que la norma regulaba el principio de autonomía.

Existió una interpretación en el sentido de que esta era accesoria a la existencia y condena en un proceso penal. Esta interpretación y aplicación práctica destruyo o no pudo hacer que se cumpla con la finalidad de la Ley, ya que la anterior ley tenía ventajas.

Hoy en día el Decreto Legislativo N°1373 también adolece de algunos defectos y deficiencias, pero a la luz de poner en práctica y en ejecución vemos que sus aciertos son mayores que los desaciertos.

En su experiencia ¿Estos vacíos legales generan o no problemas en la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos?

Claro que sí, el Decreto Legislativo que regulaba la Pérdida de Dominio N°1104 no fue eficaz ni positivamente implementado ni aplicado. Preguntémosnos cuantos procesos judiciales se iniciaron a la luz de ese Decreto Legislativo, el número resulta mínimo, pero vayamos al extremo, cuantas demandas de Pérdida de Dominio fueron estimadas o fueran declaradas por los jueces, el número no sobrepasan los 10 dichas sentencias en aplicación al Decreto Legislativo que trasladaron a bienes a favor del estado.

En consecuencia, así lo sostienen diversos penalistas, el Decreto Legislativo N° 1104 fue un fracaso y en virtud de ello, para intentar solucionar sus defecto o deficiencias el Poder Ejecutivo, estudio, analizó y promulgó el Decreto Legislativo N° 1373.

En su experiencia ¿Cuáles son las deficiencias que generaron los defectos normativos en el Decreto Legislativos N° 1104?

La falta de conocimiento del Decreto Legislativo por parte de los operadores jurídicos y la poca claridad del anterior D.L

Dada su experiencia laboral ¿Qué deficiencias e imprecisiones normativas ha encontrado en el Decreto Legislativo N° 1373 y en qué sentido ha afectado a la recuperación de Bienes?

Analizado el D.L 1373 podemos advertir que también contiene defectos o deficiencias al igual que cualquier norma jurídica, al fin y al cabo, creación humana, este D.L no es perfecto, pero si resulta perfectible, analizando este precepto legal vemos que sus virtudes son mayores que sus defecto, en otras palabras, las luces de este D.L son muchas más que las sombras.

Se debe resaltar 3 aspectos muy importantes contenidos en este D.L N° 1373:

- a. La regulación del Principio de Autonomía del Proceso de Extinción de Dominio.
- b. La regulación positiva del Principio de Reserva en la indagación patrimonial.

c. La regulación de la Carga probatoria dinámica contenida en este D.L N° 1373

Estas 3 instituciones jurídicas, desde mi punto de vista, se constituyen como pilares de un proceso extintivo exitoso.

Las deficiencias si existen, pero en número menor y de relevancia menor. Una de las deficiencias sería señalar el Principio de reserva sea expreso en forma total, que comprenda toda la indagación patrimonial aún cuando en esta se haya ejecutado una medida cautelar. Otro aspecto que merece una solución es aplicar el Derecho premial en determinado sentido, premiara la persona que conozca y denuncie una actividad ilícita como se hace en otras legislaciones con resultados positivos. A la persona que cumple con su deber de denunciar a personas naturales o jurídicas que ostenten patrimonio ilícito se les destina en promedio del 3% al 5% de lo que el Estado recupera efectivamente.

¿En su experiencia, considera usted el Decreto Legislativo N° 1373 está siendo aplicado correctamente por los operadores jurídicos?

Toda norma en sus inicios padece de diversos problemas, uno es el cabal conocimiento, dos es la difusión amplia que sea conocido por todo operador jurídico, en este sentido el D.L N° 1373 por las autoridades que integran el subsistema de Extinción de Dominio, salvo prueba en contrario, si viene siendo aplicado de forma correcta.

Cuando me refiero al subsistema me refiero a los fiscales, jueces, a la policía, a la UIF que son integrantes de este subsistema.

El número de sentencias que se mencionó anteriormente precisamente responde a una buena concepción y a una buena aplicación de la norma.

Lo que falta es la difusión y que se conozcan en otros agentes claves del Estado.

Parte 3: Clausura

Muchas gracias por darme esta entrevista, su información es valiosa y su experiencia en Extinción de dominio y lavado de activos es importante para profundizar algunos aspectos de este trabajo de investigación, así como para llegar a las conclusiones.

Dr. Miguel Toyohama Arakaki

Parte 1: Introducción

Le agradezco su tiempo para realizar esta entrevista, reconozco su impecable trayectoria en el Derecho.

Me gustaría saber más sobre su experiencia como Abogado, Juez o Fiscal sobre la Extinción de Dominio y Lavado de Activos.

Parte 2:

¿Considera Usted que el Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio se encuentra correctamente tipificada y cumple su fin? ¿Por qué?

La extinción de dominio es una institución de carácter real y de contenido patrimonial que traslada a la esfera del Estado, la titularidad de aquellos bienes que constituyen objeto, instrumentos o ganancias de las actividades ilícitas, mediante la emisión de una sentencia, respetando el debido proceso, sin indemnización ni contraprestación alguna a favor del requerido o tercero (artículo 3.10 del D.LEG. 1373), y es un proceso independiente y autónomo del proceso penal. Su interpretación es distinta a otras de naturaleza civil, administrativa o penal, tiene un objeto propio con un procedimiento especial, con fases definidas, recursos específicos, principios y garantías constitucionales previstos en el Decreto Legislativo 1373 y su Reglamento.

Tiene como finalidad evitar:

- La continuidad delictiva, el enriquecimiento ilícito o indebido.
- Que el delincuente o las organizaciones criminales tengan ventajas sobre las personas que invierten lícitamente sus recursos, energías y asumen riesgos.
- La competencia desleal contra empresas legalmente constituidas; que bienes o ganancias sirvan para la continuidad delictiva o la comisión de otros delitos.
- El peligro de corrupción que representa para el sistema socioeconómico, político o institucional del país.

-Transmitir al delincuente y a la sociedad de que no va a enriquecerse a través de la comisión de hechos delictivos (impedir que el delito sea una actividad rentable).

-Garantizar la licitud de los derechos reales que recaen sobre bienes patrimoniales, evitando el ingreso al comercio en el territorio nacional de bienes de origen criminal, o extrayendo los bienes de origen criminal o bienes que se destinen a la actividad ilícita.

Sí está correctamente tipificada, y cumple su fin, ya que hay pronunciamiento – sentencias- (dentro del poco tiempo de vigencia que posee).

Según su experiencia legal ¿Qué tipos de vacíos legales existieron en el Decreto Legislativo N° 1104 sobre Pérdida de Dominio?

Los aspectos más importantes eran la falta de autonomía, pues se tenía como subsidiaria al proceso penal, y por tanto para que pueda acceder al proceso de pérdida de dominio debía concluir el proceso penal; la etapa de investigación en la pérdida de dominio era demasiado corto (90 días prorrogables por el mismo plazo); el procedimiento judicial también era bastante corto; así mismo la figura de prescripción se delimitó por 20 años. Por otro lado, no existió una especialización respecto al tema de pérdida de dominio (Jueces y Fiscales competentes en dicha materia).

En su experiencia ¿Estos vacíos legales generan o no problemas en la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos?

Sí se produjeron problemas respecto a la recuperación de bienes en el delito de lavado de activos, puesto que los Fiscales en esta materia estaban mayormente enfocados en la persecución penal y no respecto a la situación jurídica de los bienes, que a veces se tenían que devolver ya que estas estaban más destinadas como consecuencias de la acción penal. Por ello, en la última evaluación de la GAFILAT sobre cumplimiento de las 40 Recomendaciones contra el lavado de activos, nuestro país obtuvo un rendimiento bajo en emisión de sentencias por lavado de activos.

En su experiencia ¿Cuáles son las deficiencias que generaron los defectos normativos en el Decreto Legislativos N° 1104?

Falta de claridad y sentencias de pérdida de dominio, bajo ese contexto normativo.

Dada su experiencia laboral ¿Qué deficiencias e imprecisiones normativas ha encontrado en el Decreto Legislativo N° 1373 y en qué sentido ha afectado a la recuperación de Bienes?

Desde su entrada en vigencia, el Decreto Legislativo 1373 y su Reglamento, hace aproximadamente año y medio, los Fiscales especializados en extinción de dominio vienen presentando múltiples medidas cautelares, así como utilizan diversas técnicas de investigación (levantamiento de secreto bancario y reserva tributario etc.) teniendo en cuenta que los plazos de indagación patrimonial son de un año y prorrogables por un año más, y por otro lado también pueden ser declarados complejos por el plazo de 36 meses prorrogables por el mismo tiempo; por el cual muchos de los procesos de extinción de dominio se encuentran en la etapa de indagación patrimonial a cargo del fiscal de extinción de dominio, consecuentemente son pocas las demandas presentadas a nivel nacional. Sin embargo, estas demandas son resueltas dentro del plazo que establece la norma, habiéndose logrado la recuperación gran cantidad de bienes (inmuebles y dinero nacional e internacional) que han pasado a favor del Estado peruano (PRONABI).

¿En su experiencia, considera usted el Decreto Legislativo N° 1373 está siendo aplicado correctamente por los operadores jurídicos?

A pesar del corto tiempo de vigencia del Decreto Legislativo 1373, es importante resaltar la eficacia que tiene este instituto en cuanto a la recuperación de bienes de origen o destinación ilícito, tanto a nivel nacional como a nivel internacional. Sin embargo, se ha podido observar que los Fiscales de extinción de dominio persisten como lo hacían sus pares Fiscales de lavado y otros penales, con el Decreto Legislativo N° 1104; el traslado de las piezas procesales de los actuados penales solamente, limitándose en muchos de los casos a la prueba trasladada, obviando que el objeto de la indagación es recopilar los medios probatorios o indicios concurrentes y razonables que demuestren el vínculo o nexo de relación entre los supuestos de extinción de dominio, la actividad ilícita y los

bienes objeto de extinción (artículo 14 literal “d” del D.LEG. 1373) que configura una tríada real; siendo imperativo que los Fiscales realicen una amplia indagación patrimonial, recabando los medios de convicción que deben ser obtenidas por actividad investigadora.

Es necesario resaltar que las tres Salas Superiores de Extinción de Dominio (Lima, Trujillo y Arequipa) vienen uniformizando criterios para que los jueces de extinción a nivel nacional apliquen un procedimiento estándar y además dando algunos alcances sobre temas específicos (tercero de buena fe, prescripción, tutela de derecho, reexamen, etc.) encontrándose pendiente la emisión del Manual de Extinción de Dominio (Poder Judicial).

Parte 3: Clausura

Muchas gracias por darme esta entrevista, su información es valiosa y su experiencia en Extinción de dominio y lavado de activos es importante para profundizar algunos aspectos de este trabajo de investigación, así como para llegar a las conclusiones.

Dr. Luis Valderrama

Parte 1: Introducción

Le agradezco su tiempo para realizar esta entrevista, reconozco su impecable trayectoria en el Derecho.

Me gustaría saber más sobre su experiencia como Abogado sobre la Extinción de Dominio y Lavado de Activos.

Parte 2:

¿Considera Usted que el Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio se encuentra correctamente tipificada y cumple su fin? ¿Por qué?

En primer lugar, soy de la opinión que esta institución tiene una gran importancia porque se busca combatir a la criminalidad organizada, a través de una medida eficaz como la pérdida de dominio de los bienes originadas por actividades ilícitas a favor del Estado. De ese modo, quiere transmitirse el mensaje a toda la sociedad de que toda actividad criminal no generará ganancias reales, impidiéndose así el enriquecimiento originado de delitos como lavado de activos, al existir siempre el riesgo de que, a través de un proceso especial, puede determinarse la extinción del dominio en contra del titular de estos bienes, conforme a las reglas establecidas en el Decreto Legislativo N° 1373. En ese sentido, considero si hay una correcta tipificación de esta institución, al hacer hincapié en los aspectos patrimoniales y convertirla en una figura autónoma del proceso penal.

Según su experiencia legal ¿Qué tipos de vacíos legales existieron en el Decreto Legislativo N° 1104 sobre Pérdida de Dominio?

Se pueden considerar dos deficiencias, una relacionada con la tipificación y otra a nivel práctico. En cuanto a su tipificación, se hizo hincapié más al aspecto punitivo que patrimonial, lo que llevo a regular esta figura como subsidiaria de un proceso penal, en vez de otorgarle un tratamiento autónomo que hubiera beneficiado para convertir el proceso en una más eficaz y con mayores alcances.

A nivel práctico, observo que no se hizo una adecuada capacitación a los jueces y fiscales sobre los alcances de esta norma, por lo que existieron muchas complicaciones en su aplicación, a pesar de que ya constituía un instrumento útil para combatir a la criminalidad organizada.

En su experiencia ¿Estos vacíos legales generan o no problemas en la recuperación de bienes procedentes del delito de lavado de activos?

Si bien toda norma es perfectible, lo que es cierto es que al destacarse más los aspectos punitivos que patrimoniales, el enfoque de los Fiscales estuvo más inclinado a sancionar al delincuente. Es por ello por lo que, en mi opinión, no se cumplieron las metas establecidas por el Decreto Legislativo N° 1104.

En su experiencia ¿Cuáles son las deficiencias que generaron los defectos normativos en el Decreto Legislativos N° 1104?

Su carácter general y abstracto, lo que no generaba mucha claridad a nivel operativo y la falta de una adecuada capacitación a los operadores jurídicos implicados en esta clase de proceso.

Dada su experiencia laboral ¿Qué deficiencias e imprecisiones normativas ha encontrado en el Decreto Legislativo N° 1373 y en qué sentido ha afectado a la recuperación de Bienes?

Todavía es muy prematuro establecer conclusiones sobre el impacto de este nuevo dispositivo; no obstante, poco a poco se va mostrando una diferencia con la anterior regulación, pues sí se está observando el cumplimiento de los plazos y la recuperación de bienes. No obstante, la mirada que se da a esta institución sigue siendo punitiva, cuando deberían elaborarse estrategias más adecuadas para el traslado del patrimonio. Quizás con la implementación de incentivos a favor de denunciantes sobre estas actividades ilícitas pueda llevar no solo a la captura de delincuentes, sino también a un mayor alcance de la pérdida de dominio tanto a nivel nacional como internacional.

¿En su experiencia, considera usted el Decreto Legislativo N° 1373 está siendo aplicado correctamente por los operadores jurídicos?

Creo que, a pesar de las bondades de este nuevo dispositivo, donde ya se reconoce su carácter autónomo, todavía hay mucho que hacer en la capacitación de los operadores jurídicos. Resulta necesario que tanto los Jueces como los Fiscales comprendan cuáles son todas las herramientas que pueden aplicar para llevar a cabo una correcta calificación del delito de lavado de activos e impulsar un proceso más ágil en cara a la recuperación del patrimonio ilícitamente obtenido.

Parte 3: Clausura

Muchas gracias por darme esta entrevista, su información es valiosa y su experiencia en Extinción de dominio y lavado de activos es importante para profundizar algunos aspectos de este trabajo de investigación, así como para llegar a las conclusiones.