



**UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO**

**LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DE PENA DEL ART. 13.2
DEL CÓDIGO PENAL A LA RESPONSABILIDAD PENAL POR LAVADO DE
ACTIVOS DEL COMPLIANCE OFFICER**

CHRISTIAN ANTONIO SÁNCHEZ SÁNCHEZ

Chiclayo, 30 de mayo de 2018

**“LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DE PENA DEL ART. 13.2 DEL
CÓDIGO PENAL A LA RESPONSABILIDAD PENAL POR LAVADO DE ACTIVOS DEL
COMPLIANCE OFFICER”**

PRESENTADO POR:

SÁNCHEZ SÁNCHEZ CHRISTIAN ANTONIO

Presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo para Optar el título de

Abogado

APROBADO POR:

Mtra. Gladys Yolanda Patricia Ramos Soto Cáceres
Presidente del Jurado

Mtro. Eliu Arismendiz Amaya
Secretario del Jurado

Abog. Miguel Ángel Augusto Falla Rosado
Vocal del Jurado

DEDICATORIA**A mis padres Luis Alberto y María Angélica**

Por haberme apoyado en todo momento, por sus consejos, sus valores, por la motivación constante que me ha permitido sobreponerme a cada obstáculo de la vida y por los ejemplos de perseverancia y constancia que los caracterizan y que me ha infundado siempre, por el valor mostrado para salir adelante.

A mis madres María Teresa y Carmen

Por ser mi mayor referente, para ser día a día mejor persona, y aunque ya no se encuentren físicamente a mi lado, son mi fortaleza en cuanto siempre estarán presentes en cada paso de mi vida profesional.

AGRADECIMIENTO

A mis padres y abuelos, por su apoyo incondicional en cada momento de mi vida.

A mi asesor Miguel Ángel Augusto Falla Rosado, por su tiempo, paciencia y dedicación. Y por no sólo haber sido mi asesor temático, sino también por haberme dado la oportunidad de comprender que el conocimiento dogmático debe ser complementado con el quehacer práctico.

Al abogado Romario Juan Francisco Ramírez Arévalo, por su desinteresado e incondicional apoyo en la delimitación y desarrollo de la presente investigación, y por permitirme aprender que de la defensa técnica se obtiene la máxima expresión del ejercicio de la profesión.

RESUMEN

Al final de la presente investigación, ha quedado demostrada la existencia de criterios razonables para la aplicación de la atenuación facultativa de la pena del art. 13.2 del código penal al oficial de cumplimiento por lavado de activos, al ser el reproche de su conducta omisiva de menor desvalor respecto a quien ostenta el dominio del hecho delictivo de forma activa, así como también por ser la posición de garantía que ostenta delegada de quien originariamente se encuentra obligado a preservarla. Lo anteriormente señalado en razón de la proliferación masiva del delito de lavado de activos, por lo cual la delimitación de dicho problema y la intención de erradicarlo mediante mecanismos de prevención de dicho delito es trascendental; estos mecanismos de prevención son los denominados *Criminal Compliance*, que son instrumentos de prevención que radica que al ser de obligatoria implementación a empresas propensas a tener relaciones comerciales derivadas de dicho delito, se busca identificar, desvirtuar y sancionar a las personas naturales y jurídicas que intervengan en dicha actividad, siendo esta obligación de prevención y fiscalización originariamente de los Directores y Titulares de las Empresas, teniendo la condición de Sujetos Obligados, pero para hacer eficiente su labor es que delegan dichas funciones a los Compliance Officer.

La conducta desplegada por el Oficial de Cumplimiento, es un actuar especializado y en el ejercicio de una función principal derivada de una obligación legal por contrato y ley, que constituye una posición de garante, y esta es necesaria para la imputación de una modalidad especial de comisión por omisión del oficial de cumplimiento, a título de autor y de determinar la pena concreta a imponérsele por lavado de activos, realizando un test de proporcionalidad de la atenuación facultativa del art. 13.2 del Código Penal, esta si corresponde aplicarla al oficial de cumplimiento.

Palabras claves: comisión por omisión, lavado de activos, criminal compliance, oficial de cumplimiento, posición de garante, atenuación facultativa, proporcionalidad de la pena.

ABSTRACT

At the end of the present investigation, it has been demonstrated the existence of reasonable criteria for the application of the optional mitigation of the penalty of art. 13.2 of the criminal code to the compliance officer for money laundering, as the reproach of his omission conduct of minor devaluation with respect to the person who holds the domain of the criminal act in an active manner, as well as being the position of guarantee held by the delegate of who is originally obligated to preserve it. The aforementioned in view of the massive proliferation of the crime of money laundering, for which the delimitation of said problem and the intention to eradicate it through mechanisms for the prevention of said crime is transcendental; These preventive mechanisms are the so-called Criminal Compliance, which are instruments of prevention that lies in the fact that being mandatory to companies prone to have commercial relationships derived from such crime, it seeks to identify, distort and punish the natural and legal persons involved in this activity, being this obligation of prevention and control originally of the Directors and Owners of the Companies, having the condition of Obligated Subjects, but to make efficient their work is that they delegate these functions to the Compliance Officer.

The conduct deployed by the Compliance Officer is a specialized act and in the exercise of a main function derived from a legal obligation by contract and law, which constitutes a guarantor position, and this is necessary for the imputation of a special form of commission by omission of the compliance officer, as the author and to determine the specific penalty to be imposed for money laundering, performing a proportionality test of the optional attenuation of art. 13.2 of the Penal Code, this if applicable to the compliance officer.

Keywords:

Commission for Omission, money laundering, criminal compliance, compliance officer, guarantor position, facultative attenuation, proportionality of the penalty.

ÍNDICE

DEDICATORIA.....	II
AGRADECIMIENTO.....	III
RESUMEN.....	IV
ABSTRACT.....	V
INDICE.....	VI
INTRODUCCIÓN.....	VIII
CAPITULO I: COMISION POR OMISION: UNA MODALIDAD ESPECIAL DEL NO HACER.....	13
1.1.- Una modalidad Especial de omisión: Comisión por omisión.....	17
1.2.- Teorías que sustentan la Responsabilidad Penal en la Comisión por Omisión.....	21
1.2.1.- Teoría del Dominio del Hecho de la Comisión por Omisión desde la perspectiva finalista.....	22
1.2.2.- Teoría de Infracción del Deber de la Comisión por Omisión desde la perspectiva Funcionalista.....	25
1.2.3.- Adopción de Postura respecto a Teorías acorde con la Comisión por Omisión.....	29
1.3.- La Estructura de la Posición de Garante desde la perspectiva del Finalismo en la Actualidad.....	30
1.3.1.- Fuentes Tradicionales o Formales de la Posición de Garante.....	31
1.3.2.- Fuentes Materiales o Nueva Orientación del Deber de Actuar.....	35
CAPÍTULO II: LA PREVENCION DEL LAVADO DE DINERO A TRAVES DEL INSTRUMENTO JURIDICO DEL CRIMINAL COMPLIANCE.....	40
2.1.- El delito de Lavado de Activos y su incidencia Criminal.....	43
2.1.1.- El Delito sin Fronteras de Lavado de Activos.....	48
2.1.1.1. Las teorías que fundamentan la afectación del bien jurídico protegido en el delito de Lavado de Activos.....	51
2.1.1.2. Fases o etapas de la comisión del delito de Lavado de Activos.....	58
2.1.2.- La autonomía en la configuración del delito de Lavado de Activos.....	61
2.1.3.- Los nuevos modos comisivos del Lavado de Activos en el D.L. N° 1106....	63

2.2.- El Criminal Compliance como instrumento de prevención del delito de lavado de activos en el Perú.....	65
2.2.1.- Origen y definición de Compliance.....	67
2.2.2.- La adopción criminal del Compliance por las empresas.....	70
2.2.3.- Criminal Compliance de lavado de activos en el Perú.....	72
2.3.- La Unidad de Inteligencia Financiera adscrita a la SBS como ente Fiscalizador del Criminal Compliance y su interrelación con el Oficial de Cumplimiento.....	74
CAPÍTULO III: LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DE PENA DEL ART. 13.2 DEL CÓDIGO PENAL A LA RESPONSABILIDAD PENAL POR LAVADO DE ACTIVOS DEL COMPLIANCE OFFICER.....	77
3.1.- La atenuación de la Pena: Circunstancias determinantes para la aplicación adecuada de la pena.....	78
3.2.- La naturaleza de Especialización del Oficial de Cumplimiento en la Prevención del Delito de Lavado de Activos: La Posición de Garante por Delegación del Compliance Officer u Oficial de Cumplimiento.....	83
3.3.- Criterios a tomar en cuenta para la aplicación de la atenuación Facultativa del art. 13.2 del Código Penal al Oficial de Cumplimiento.....	87
3.3.1.- La Responsabilidad Penal a título de autor en el Lavado de Activos.....	88
3.3.2.- La no evitación del resultado del delito de lavado de activos por parte del Oficial de Cumplimiento como garante.....	90
3.3.3.-Proporcionalidad en la fijación de la atenuación facultativa de la penal....	93
CONCLUSIONES.....	99
BIBLIOGRAFÍA.....	103

INTRODUCCIÓN

El deber del estado es salvaguardar los intereses comunes y la no afectación de bienes jurídicos protegidos de naturaleza individual, por lo que se busca la defensa de esos bienes jurídicos a través del control social, y ello es posible gracias al derecho penal sustentado por el Estado quien a su vez se basa en decisiones de política criminal para defender los intereses más esenciales de una sociedad. Sin embargo, este esquema del derecho penal no funciona siempre en su totalidad, debido a que abarca circunstancias con una clara manifestación de especialización en la comisión de ciertos delitos que generan gran incidencia en cuanto a su trasfondo circunstancial, tal es el caso del delito de lavado de activos.

Sin duda alguna, el Perú en la actualidad, vive una crisis generalizada en cuanto a Política Criminal pues esta se muestra ineficiente ante la Criminalidad, hoy en día esta se ha institucionalizado, actuando de forma sistematizada, organizada y con claro índices de lucro de su actividad ilícita en cuanto a modo de operar de dicha organización se debe precisar que... *“En la criminalidad organizada siempre ha existido un conjunto de personas que constituyen una organización para cometer hechos delictivos graves de forma permanente y conseguir así sendos beneficios económicos”*¹. Es así que, los índices de criminalidad en el Perú han aumentado considerablemente en los últimos años teniendo que con el transcurrir de los años la actividad delictiva se ha modernizado e institucionalizado.

El INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS E INFORMÁTICA-INEI, registra en su base de datos estadísticos de criminalidad organizada en base a las organizaciones criminales desarticuladas que... *“durante el año 2010 se registraron 2351 organizaciones criminales desarticuladas, durante el año 2011 se registraron 3864, durante el año 2012 se registraron 4301; y durante el año 2013 se registraron*

¹ GARCIA CAVERO, Percy y PEREZ BEJARANO, Alfredo. *Estudios sobre el Delito de Lavado de Activos*. Triskel Editores, Trujillo, 2014. p. 171

3597², denotándose que los aparatos de organización criminal en el Perú subsisten en una cantidad considerable.

Es precisamente uno de estos delitos calificados como de gran incidencia el Lavado de Activos, el cual en el Perú se encuentra regulado en la actualidad por el D.L. 1106, el cual reproduce en buena cuenta el tipo objetivo de los actos de conversión y transferencias (art. 1), y ocultamiento y tenencia (art. 2), de su antecedente inmediato, los art. 1 y 2 de la Ley N° 27765, previendo incluso la misma sanción de pena privativa de la libertad de 8 a 15 años y 120 a 350 días-multa. A su vez, se ha independizado del art. 2 de la Ley N° 27765, conforme al texto reformado por el artículo único del D.L. N° 986 del 22.07.07, los actos de transporte dentro y fuera de territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito, los que han pasado a formar parte de una nueva modalidad específica de lavado de activos regulada ahora por el art. 3 del D.L. N° 1106.

Al buscar la prevención en el delito de lavado de activos, como una herramienta eficiente se dispone en el ámbito empresarial en el Perú del Criminal Compliance, el cual... “procura la observancia de la normativa legal, específicamente la jurídico penal, mediante una labor de prevención de los delitos y, en caso estos se produzcan, mediante su oportuna detección y puesta en conocimiento a los órganos de persecución penal correspondientes”³, teniendo esta herramienta como principal actor en funciones de fiscalización y prevención al Oficial de Cumplimiento, en donde de no realizar labores oportunas de Reportar Operaciones Sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera de la SBS, devendrá en él responsabilidad penal por los actos de omisión dentro de sus funciones por el delito de Reporte de Operaciones Sospechosas, pero respecto a la comisión específica del delito de Lavado de Activos, ¿Se puede imputar responsabilidad penal al Oficial

² Bandas delictivas desarticuladas registradas por la Policía Nacional, según departamento [ubicado el 14.V 2015] obtenido en <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/seguridad-ciudadana/>

³ GARCIA CAVERO, Percy y PEREZ BEJARANO, Alfredo. *Estudios sobre el Delito de Lavado de Activos*. Triskel Editores, Trujillo, 2014. p. 218

de Cumplimiento por la no detección oportuna del delito y la no evitación del resultado comisivo por un tercero?.

Al ser el oficial de Cumplimiento un agente especializado en la lucha contra el delito de Lavado de Activos, es de suma importancia señalar que por la calidad del cargo y funciones que desempeña, debe considerarse un tratamiento especial para él en cuanto a la responsabilidad penal aplicársele por la comisión de este delito, pues si bien antijurídicamente contribuye considerablemente por la omisión que desencadena el delito de lavado de activos, se debe tener en cuenta también como ya se ha mencionado el actuar de este se encontraría ajustado a una comisión por omisión, específicamente a una no evitación del resultado de lavado de activos bajo su posición de garante, lo cual a nivel del reproche jurídico por el ilícito - culpabilidad- tiene un desvalor menor que quien tiene el dominio del hecho del acto delictivo; y esto abre la posibilidad que al existir los criterios determinados sobre la atenuación facultativa podría delimitarse estos en cuanto sea en beneficio de quien se le imputa este delito, máxime si la posición de garante respecto a la detección y prevención del delito de lavado de activos, es una posición de garante delegada por parte del sujeto obligado, que es el titular de la empresa o los directores de la misma. Entonces ¿Por qué tendría que responder el oficial de cumplimiento por no impedir los delitos de otros? La única razón para responder por no impedir los delitos de otros es que Oficial de Cumplimiento sea GARANTE. Pero esto depende mucho de las funciones que asuma el oficial de cumplimiento.

Este supuesto normativo muestra beneficio para el omiso, sin embargo, es bastante general y encierra varios puntos por definir. Ante ello la presente investigación, intentará responder a la siguiente interrogante: **¿Cuáles son los criterios que debe tener en cuenta el Juzgador para aplicar la Atenuación Facultativa en comisión por omisión prevista en el Art. 13.2° del Código Penal al Oficial de Cumplimiento por Delito de Lavado de Activos?**

Ante ello el presente trabajo justifica su proceder, en que no podría limitarse la atenuación en la responsabilidad penal para el Oficial de Cumplimiento, y se propone mediante la presente investigación postular medidas en las cuales se pueda fijar y limitar la responsabilidad penal de Oficial de Cumplimiento, en cuanto su conducta pueda configurarse como una Comisión por Omisión, definida como... *“comportamientos pasivos subsumibles en tipos penales que parecen pensados para conductas activas”*⁴, lo cual importara el beneficio de atenuación facultativa prevista en el Código Penal en su artículo 13.2°.

La presente investigación, tiene una estructura metodológica dividida en tres capítulos, para así facilitar su ejecución, lectura y análisis. En el primer capítulo nos ocuparemos del estudio de la omisión impropia y la comisión por omisión como una modalidad de ella y, en concreto, del desarrollo dogmático que ha tenido dichas instituciones en cuanto a las teorías del dominio de hecho y de infracción de deber. A partir de dicho análisis, podremos entender que la definición del delito de comisión por omisión debe ser analizada desde la perspectiva del dominio de hecho a fin de garantizar una imputación suficiente y necesaria en cuanto infrinja una vulneración a su posición de garante.

En relación al segundo capítulo se concentrará en desarrollar la temática del delito de lavado de activos desde la perspectiva doctrinal del derecho penal para analizar, su configuración típica, aplicando las técnicas de tipificación y la teoría del delito como instrumento para establecer si el hecho que se juzga es el presupuesto de la consecuencia jurídico-penal previsto en la ley, y su correlación inmediata con los mecanismos de prevención de dicho delito, mediante el criminal compliance y el análisis de las funciones del oficial de cumplimiento y deber de fidelidad en cuanto a su deber de informar a la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.

⁴ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *La causalidad en la Omisión Impropia y la llamada “Omisión por Comisión”*, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2003, p. 53.

Finalmente, como parte de la estructura en el tercer capítulo desarrollaremos los criterios necesarios, para enmarcar la aplicación de la atenuación facultativa de la pena prevista en el art 13.2 del código penal, puesto que, debe estar estrictamente enmarcadas estas circunstancias para que el juzgador determine la fijación de esta atenuante especial aplicable, sólo en los supuestos señalados, desarrollando la forma adecuada de invocar esta atenuante al oficial de cumplimiento, una vez determinada que el mismo ostente una posición de garante sobre la detección y prevención del delito de lavado de activos de forma delegada de quien la ostenta originariamente, y a la vez de cometerse dicho delito demostrada que quien tenía el dominio del hecho era un tercero.

Con todo lo dicho esta tesis se dirigió a postular los criterios que debería uniformizar el juzgador para delimitar la atenuación facultativa prevista en el art. 13.2° de comisión por omisión, en cuanto al Oficial de Cumplimiento en razón de sus propias funciones le correspondería un tratamiento especial por la propia naturaleza de riesgos de su labor, ya que este actúa en independencia y autonomía respecto de la empresa a la que fiscaliza, pero al ser los riesgos empresariales mayores a su propia labor de fiscalización debe aplicársele a este la atenuación facultativa de pena prevista en el art. 13.2 del código penal.

El Autor.

CAPITULO 1:

LA COMISIÓN POR OMISIÓN: UNA MODALIDAD ESPECIAL DEL NO HACER

Las conductas humanas a través de toda la historia, siempre han sido materia de observación y estudio exhaustivo por parte de grupos sociales y académicos. Precisamente en el ámbito académico, es que en la esfera del Derecho la conducta humana es señalada como primera expresión sujeta a calificación jurídica dentro de las distintas ramas del Derecho. Ejemplo de ello, es que, en el ámbito del Derecho Civil, la conducta humana se encuentra enmarcada como el primer elemento constitutivo del acto jurídico, puesta como una manifestación de la voluntad que da origen a una relación jurídica de carácter patrimonial o extrapatrimonial con otros sujetos.

Contrario al Derecho Civil, en el ámbito del Derecho Penal, la conducta humana se encuentra calificada como una acción, la cual tiene contenido jurídico y relevancia penal; y es considerada como elemento constitutivo y fundamental del injusto penal, en cuanto si no existe acción con relevancia penal no existe injusto penal.

La acción en el ámbito del Derecho Penal puede conceptualizarse como... “todo comportamiento dependiente de la voluntad humana. Sólo el acto voluntario puede ser penalmente relevante y la voluntad implica siempre una finalidad. No se concibe un acto de la voluntad que no vaya dirigido a un fin. El contenido de la voluntad es siempre algo que se quiere alcanzar, es decir, un fin. De ahí que la

acción humana regida por la voluntad sea siempre una acción final, una acción dirigida a la consecución de un fin”⁵. Atendiendo a la definición dada por MUÑOZ CONDE se puede inferir que el elemento volitivo dirigido a un fin específico-criterio adoptado de la Teoría Finalista del Derecho Penal- será determinante para la calificación de una conducta humana como jurídicamente relevante en el ámbito penal.

Respecto a la naturaleza jurídica del concepto de acción, MIGUEL POLAINO NAVARRETE⁶ precisa que debe señalarse que esta cuestión ha sido debatida a lo largo de la historia, defendiéndose distintas posturas, que pueden resumirse de la siguiente manera:

- **Acción como concepto natural:** esta concepción identifica la acción con **conducta humana** que puede exteriorizarse mediante dos formas absolutamente incompatibles entre sí: **acción y omisión**, que preexisten al Derecho y que presentan una **naturaleza ontológica, naturalista o prejurídica**. Esas dos **formas de conducta** (acción y omisión) no pueden subsumirse en una **categoría superior (macroconcepto de acción)** sino que son **contradictorias** entre sí. (como la “**Afirmación**” y la “**Negación**”: “**A**” y “**No-A**”).

- **Acción como concepto sintomático:** esta concepción defendida por autores como KOLLMANN o TESAR, no identifica la acción con la conducta humana, objetiva y exteriorizada-como ocurre en el concepto naturaleza- sino que la define en función de la **voluntad** del sujeto actuante: no valora en la acción su **aspecto conductual (objetivo, real)**, sino su perspectiva **voluntarista (subjetiva, anímica)**, de manera que la acción no es tanto la producción de una **lesión exterior**, sino la expresión (el **síntoma**) del **estado interno** del autor.

- **Acción como concepto valorativo:** otra corriente doctrinal mantiene que la acción presente una **naturaleza valorativa**, esto es que, que la acción consiste

⁵ MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Parte General*, 8va Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. pp. 211-212.

⁶ Cfr. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, Omisión y sujetos en la Teoría del Delito (De la Posición de Garante a la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica)*, Editora Jurídica Grijley, Perú, 2009. pp. 21-23.

en la valoración que puede ser **pura o absoluta** (como sostenían, entre otros autores, BINDING, GRAFZU DOHNA Y SAUER) o una **valoración** o -mejor- una **desvaloración de primer grado** (MEZGER, ENGISCH): el Derecho penal desvalora determinadas lesiones o puestas en peligro, tipificando dichas acciones como algo penalmente relevante.

- **Acción como concepto normativo:** finalmente, otros autores han resaltado la naturaleza **normativa** de la acción penal, señalándose que dicho concepto **no preexiste al Derecho**, sino que precisamente **es creado por él**. Esta concepción tiene su base en la doctrina penal *neohegeliana* (ABEGG, BERNER, KOSTLIN, HALSCHNER) y hoy es defendida, esencialmente, por el **funcionalismo normativo** de Jakobs.

A efectos de la presente investigación, se adopta el concepto naturalista de la acción para determinar que la acción jurídicamente relevante en la esfera del Derecho Penal, puede realizarse mediante un hacer o un dejar de hacer. Respecto al primero no hay duda en su comisión delictiva; pero respecto al omitir se genera problemas en su delimitación. A efecto de ello se señala que... “como es sabido, el ser humano se relaciona con el mundo exterior a través de su comportamiento consistente en dos actitudes fundamentales: o bien hace o realiza algo, esto es mediante un comportamiento activo que desencadena cursos causales; o bien no hace, que es un comportamiento pasivo, dejando que las cosas sigan su curso o que permanezcan tal como estaban”⁷. Denotándose de dichas actitudes de hacer o no hacer imputables a las personas, como trascendentes en el ámbito del Derecho Penal.

Ante lo señalado líneas arriba GIMBERNAT postula que... “El primer comportamiento, es generalmente restringido, limitado, ya que el individuo no puede desarrollar demasiadas actividades al mismo tiempo; por el contrario, el no hacer afecta en cada instante a un número prácticamente infinito de posibilidades; sobre la base de lo expuesto podemos postular que un criterio que soslaye el

⁷ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *El Delito de Omisión Impropia*, Jurista Editores, Lima-Perú, 2002. p. 27.

comportamiento pasivo podría aprehender en su integridad la conducta que en cada caso concreto está llevando a cabo una persona”⁸. Siendo según lo señalado, la omisión una categoría jurídica que implica más de una posibilidad para su configuración.

Asimismo, debemos señalar que... “hay una modalidad de comportamiento humano que podemos de silencio conativo para el alcance de determinada meta o propósito debidamente anticipada por el agente, o para mantenerse en dicho estado (de silencio) por el motivo que sea, **pero debiendo y pudiendo actuar**, infringiendo así una norma imperativa o prohibitiva. A este particular estado de silencio conativo se le conoce con el nombre de omisión”⁹. Respecto a esta modalidad conductual, MUÑOZ CONDE lo describe diciendo de esta modalidad conductual, que... “no es un simple no hacer nada, sino no hacer una acción que el sujeto está en situación de poder hacer”¹⁰. Requiriéndose para quien comete un injusto penal por un no hacer que exista una obligación previa de hacer.

Precisamente por ello... “La omisión social y jurídicamente relevante está referida a la realización de una acción determinada que le es exigida al agente; de allí que estructuralmente los delitos omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico”¹¹. Deber Jurídico, que según la clasificación que se dará a continuación puede ser expreso o inferido.

La omisión como categoría jurídica puede bifurcarse en omisión propia y omisión impropia. Al respecto VILLAVICENCIO TERREROS¹², sobre los **delitos de omisión propia**, indica que ya contienen un mandato de acción y se castigan por la simple infracción de dicho mandato. Por ello los delitos de omisión propia son

⁸ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sobre los Conceptos de Omisión y Comportamientos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1987. p. 583.

⁹ VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, 3ª Edición, Grijley, Lima, 2008. p. 271.

¹⁰ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Temis. Bogotá, 1990. p. 29.

¹¹ Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999. {Exp. 2528-99.Lima}. Revista Peruana de Jurisprudencia. Año II, N° 3, 2000, p. 358.

¹² Cfr. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, 5ª Reimpresión, Grijley, Perú, Agosto-2014. pp. 653.

*delitos de mera actividad*¹³. La omisión propia está prevista expresamente en la Ley Penal. Ejemplo: omisión de prestar auxilio inmediato (art. 127°, Código Penal), omisión legal de actos oficiales (art. 377°, Código Penal), omisión de prestación de auxilio cometida por autoridad policial (art. 378°, Código Penal).

Al hacer referencia a los **delitos de omisión impropia**, se señala que esta omisión no es mencionada expresamente en el tipo, el mismo que describe comportamientos activos, pero que, sin embargo, valorativamente resultan equivalentes, por lo que se autoriza su inclusión y su consecuente sanción (art. 13°, Código Penal). Ejemplo: El salvavidas que intencionalmente omite rescatar a otro, quien circunstancialmente se está ahogando. Esta omisión es impropia y debe discutirse en el tipo de homicidio (art. 106°, Código Penal, en relación al art. 13°).

Así, no son delitos que cuentan con un tipo penal específico, sino son una posible modalidad en el tipo comisivo. Esencialmente la omisión impropia supone punible no evitar el resultado pues equivale a la producción activa del mismo. Además, estos delitos exigen un deber especial de protección (**Posición de Garante**). Para sancionar penalmente a los delitos de omisión impropia no basta la simple infracción de un mandato determinado, se requiere... “verificar si se lesionó un bien jurídico protegido, es por ello que los delitos “*omisión impropia*” o “*comisión por omisión*” son delitos de resultado”¹⁴, dichas circunstancias dejan notar que a pesar de no desplegar un movimiento físico-mecánico de la estructura del ser humano, ya el propio hecho de su desidia ante una circunstancia fáctica ya afecta un bien jurídico protegido de una o más personas.

1.1. Una modalidad especial de omisión: comisión por omisión

El art. 13° del Código Penal, regula la omisión impropia. Se basa materialmente en la posibilidad de realizar todos los elementos del tipo de un delito comisivo

¹³ Cfr. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Penal Parte General*, 8va Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010. p. 240.

¹⁴ VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, 5ª Reimpresión, Grijley, Perú, Agosto-2014. pp. 654.

omisivo. En el tipo de omisión impropia, el comportamiento omisivo no se menciona expresamente en el tipo, por lo que utilizando el sentido común se considera como equivalente al hacer desde el punto de vista valorativo.

La estructura de la omisión impropia se determina por: la relación causal entre omisión y resultado producido. A efectos de desarrollo de la omisión impropia es necesario precisar que... “no basta con la simple comprobación de que el agente omitió la conducta que pudo haber realizado: la omisión penalmente relevante es aquella omisión de un comportamiento esperado por parte del agente cuando está mandado actuar para impedir un resultado determinado”¹⁵ a eso se le denominaría posición de garante.

Esta posición de garante se da cuando corresponde al agente una determinada función protectora del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro¹⁶. La función protectora del bien jurídico hace referencia a una estrecha vinculación familiar, vinculación en actuación de un contrato o la ley; y la existencia de un hecho previo o precedente que generen la obligación de protección del bien jurídico. Mientras que el deber de control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien tiene la obligación de vigilarlas. El factor decisivo se basa en que el agente asumiera el control del riesgo que originara mediante su comportamiento¹⁷, debiendo aclarar que, sobre quien recae la posición de garante, recae un deber irrenunciable de protección de un bien jurídico y evitación de riesgos que lesionen al mismo.

En igual sentido se establece en la jurisprudencia que,, “Nuestro Código Penal vigente le confiere relevancia jurídica, tanto al aspecto activo del comportamiento humano, constituido por el ejercicio de la finalidad a través de un hacer, como a su aspecto pasivo, constituido por la omisión; dicha omisión, social y jurídicamente relevante, está referida a la no realización de una acción determinada que le es exigida al agente; de allí que estructuralmente los delitos

¹⁵ STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, traducido por Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005. p. 120.

¹⁶ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición- 5ª Reimpresión, Editorial Bdef, Buenos Aires, Julio-2008. p. 317.

¹⁷ HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, 2ª Edición, Edili, Lima, 1987. p. 761.

omisivos consistan en la infracción de un deber jurídico; pero no todos estos comportamientos omisivos penalmente relevantes, están descritos por un tipo penal, es por ello que la doctrina reconoce la existencia de delitos omisivos impropios, o llamados también de comisión por omisión; respecto a este tipo de delitos omisivos, el Código Penal en su art. 13° establece una cláusula de equiparación que nos permite adecuar el comportamiento omisivo al comisivo, pero para ello es preciso constatar no solo la causalidad de la omisión sino también la existencia del deber de evitar el resultado por parte del agente frente al bien jurídico o posición de garante”¹⁸. Esta equiparación de un hecho omisivo y comisivo, genera la imputación a título de comisión por omisión, el cual requiere la concurrencia de elementos específicos para diferenciarla de una usual omisión impropia.

Se hace mención a una omisión y comisión por omisión y es necesario hacer una distinción, una respecto de la otra; y el problema de la distinción entre omisión pura y comisión por omisión es el problema de la determinación de qué omisiones son estructuralmente idénticas a las comisiones activas de delito y, por tanto, constituye el problema central de la dogmática de la comisión por omisión.

Al respecto algunas cuestiones que aclaran este problema son las siguientes... “La primera de ellas es que, como resulta evidente, es ésta una distinción llena de consecuencias en materia de responsabilidad, pues el sujeto a quien se imputa la comisión por omisión de un delito responde por éste si lo hubiera realizado activamente, mientras que la imputación de una omisión pura no fundamenta obviamente tal responsabilidad. La segunda, que, a pesar de la difusión de la doctrina de la posición de garante, tanto en su inicial versión formalista como en las más recientes versiones materiales, como criterio de la equivalencia y, por tanto, de la distinción entre omisión pura y comisión por omisión, el tema dista de estar resuelto incluso en el plano teórico, cuanto más en el abordaje de casos concretos”¹⁹. Respecto a la segunda aclaración al problema de la distinción de la

¹⁸ Exp. N° 2528-99, Lima, en: CARO JOHN, José Antonio. *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Grijley, Lima, 2007. p. 433.

¹⁹ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Estudio sobre los Delitos de Omisión*, Editora Jurídica Grijley, Perú, 2004. p. 18.

omisión pura y la comisión por omisión, es obvio que... “(...) la resolución de casos concretos resulta sumamente discutida. Al respecto querría mencionar tres grupos de casos especialmente conflictivos: el de la “estrecha vinculación familiar”, es de la “comunidad de peligro” y el de la “injerencia o actuar precedente peligroso”²⁰, siendo posible inferir que la sola presencia de una de las causales atribuibles como posición de garante, no es suficiente para determinar que un no hacer, puede ser calificado bajo los estándares de una comisión por omisión.

Como se sabe, en el delito de omisión impropia en... “el sujeto garante, su conducta está orientada a neutralizar o controlar el riesgo suscitado para el bien jurídico, mientras que en los supuestos de comisión por omisión sucede lo contrario, ya en principio existe un empeoramiento de la situación para el bien jurídico. La doctrina entiende de manera genérica que la comisión por omisión, bastante olvidada, por cierto, se presenta cuando el sujeto obligado a actuar participa activamente en el hecho para evitar en lo posible que la acción alcance el objetivo deseado, cual es la salvación del bien jurídico”²¹. La discusión fundamental, en todo caso, se desata, desde el momento en que la neutralización del sujeto, que no es sino un desistimiento, se transforma cualitativamente en realización típica de omisiva a comisiva.

A modo de solucionar las dudas respecto a cuándo se presenta un caso de comisión por omisión y cuando nos encontramos a un actuar comisivo, para decirlo con un ejemplo... “Cuando el médico, a pesar de estar obligado a hacerlo, omite suministrar el medicamento que requiere el paciente internado cada cierto lapso de tiempo para sobrevivir y éste muere a consecuencia de no haber recibido el medicamento, responde como autor del delito de homicidio en comisión por omisión, porque tiene una posición de garante que le obliga a cuidar la salud del paciente en mérito a la posición de garante “contrato” o “injerencia”. Pero si el mismo médico perfora el corazón del paciente con un cuchillo y le mata, nadie duda que será responsable como autor de un homicidio causado por un

²⁰ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Estudio sobre los Delitos de Omisión*, Editora Jurídica Grijley, Perú, 2004. p. 20.

²¹ REATEGUI SÁNCHEZ, James. Op. Cit. p. 113.

comportamiento activo”²². Atendiendo a ello comisión por omisión y realización activa de un delito no son idénticas, sino que a lo mucho se pueden corresponder, siendo necesario que el omitente ostente una posición de garante que fundamente su obligación de actuar y de evitar el resultado.

En conclusión, podemos decir que respecto a la comisión por omisión que es una figura penal que permite imputar responsabilidad penal a la persona que, teniendo una posición de garante, realiza un comportamiento que implica la ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos y produce su lesión. La posición de garante se determina a partir de los deberes que asume la persona al momento de incorporarse a una posición de dominio sobre la vulnerabilidad de determinado bien jurídico.

1.2. Teorías que sustentan la responsabilidad penal en la comisión por omisión

La doctrina actualmente dominante en la ciencia del derecho penal clasifica los hechos punibles en delitos de dominio y delitos de infracción de deber. Al respecto URS KINDHÄUSER²³ postula que los delitos de infracción de deber son delitos que sólo pueden ser cometidos por determinadas personas, portadoras de un deber especial. Quien infringe un tal deber especial es, por principio, autor. Todos los demás intervinientes que no son portadores de tal deber necesariamente son, a lo sumo, partícipes.

En los delitos de dominio, en cambio, la situación se presenta de modo enteramente distinta. Pues aquí el criterio determinante lo ofrece el así llamado dominio del hecho. Aquel que ostenta el dominio del hecho es autor; aquel que carece del mismo es partícipe. El dominio del hecho es definido, por su parte, por referencia a un dominio de decisión y a un dominio de configuración. Tiene dominio de decisión aquel de quien depende si el hecho se comete o no. Tiene

²² MEINI MENDEZ, Iván. *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal*. ARA EDITORES EIRL, Perú, 2009. pp. 38-39.

²³ Cfr. KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de Deber y Autoría- una crítica a la Teoría del Dominio del Hecho*, traducido por Juan Pablo Mañalich R. [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_01.pdf.

dominio de configuración aquel que puede determinar cómo resulta ejecutado el hecho en sus particularidades. En todo caso, estos criterios de dominio del hecho se articulan diferenciadamente en atención a cada una de las específicas formas de autoría.

1.2.1. Teoría del dominio del hecho de la comisión por omisión desde la perspectiva finalista

La teoría del dominio del hecho constituye la posición dominante en la doctrina actualmente, y ha sido defendida por autores como Maurach (1995), Gallas (1968), citado por Roxín (1998), Weber (1935), Jescheck (1981) y Gimbernat (1966). Varios teóricos han intentado aproximarse a una definición concreta en torno a la teoría del dominio del hecho, sin embargo, se han destacado algunos autores por sus enunciados, que pretenden obtener, en lo posible, la uniformidad de un criterio único, que sirva de fundamentación a la aplicación de la teoría en su estado más reciente.

Según Roxin... “el dominio del hecho es un elemento objetivo de la autoría, y por ello, elemento del tipo objetivo y elemento del tipo subjetivo; así, el dominio objetivo del hecho y la voluntad de dominio constituyen los elementos del dominio final del hecho”²⁴. Acorde con lo anterior, el elemento objetivo de la autoría está comprendido dentro del tipo objetivo o dominio objetivo del hecho, mientras que el elemento subjetivo de la autoría o la voluntad de dominar el hecho se encuentra en el tipo subjetivo

Es doctrina generalmente admitida la que entiende que existen tres formas de manifestarse el dominio del hecho: el «dominio de la acción», que se refiere a la realización directa del tipo doloso (autor directo), es decir, más propiamente, que corresponde a la realización final (dolo) y por propia mano del tipo; el «dominio de la voluntad, que es criterio que corresponde a la autoría mediata, y que, por tanto, se manifiesta como instrumentalización de otro, de tal manera que el hecho

²⁴ SCHELLER D'ANGELO, André. *La Teoría del Dominio del Hecho en la Legislación Penal Colombiana* [ubicado el 17.VI. 2015] obtenido en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a10>

aparece como obra de la voluntad rectora del no actuante directo; y, finalmente, se habla del «dominio funcional del hecho», que es el criterio que corresponde a la coautoría, y que alude destacadamente, por tanto, al concurso de varios en la realización del hecho según división del «trabajo» o de «funciones»²⁵. Siendo estas tres formas de manifestación del dominio del hecho, fundamentales para la determinación de la responsabilidad individual de un sujeto activo dentro de la comisión de un ilícito penal.

En cuanto al delito de omisión, el finalismo... “adopto un punto de vista ontológico; es decir, pretende aprehender la estructura lógica-objetiva del ser del hombre, del actuar y del omitir, que determina el juicio subyacente a la norma y al injusto”²⁶. Empero... “el propio WELZEL, descubrió que el tema no era fácil porque con el transcurrir del tiempo, ha ido variando su pensamiento en relación a la naturaleza de los delitos de omisión. En un primer momento consideró que la omisión era un problema concretado en la voluntad, luego consideró que la omisión era un problema de finalidad y causalidad potencial de la persona. Pero fue KAUFFMAN, quien hizo los mayores estudios de la omisión en el campo del finalismo”²⁷, siendo este último criterio el del dominio funcional del hecho el determinante para su calificación.

Desde la perspectiva del finalismo al intentar conceptualizar a la omisión se debe recurrir al padre del finalismo, WELZEL, el que ha señalado que... “la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitado”: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Solo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho)

²⁵ Cfr. GOMEZ BENITEZ, José Manuel. *El Dominio del Hecho en la Autoría (validez y límites)*, [ubicado el 17.VI 2015] obtenido en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/Dialnet-ElDominioDelHechoEnLaAutoriaValidezYLímites-46251.pdf>.

²⁶ SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, 2ª Edición-2ª Reimpresión, Bdef, Argentina, 2010. p. 42.

²⁷ REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Volumen II, Pacífico Editores, Perú, 2014. p. 1076.

de una persona, puede ser omitida”²⁸. Es decir, según lo prescrito por WELZEL, implicaría una adecuación del hecho al resultado, y que en merito a ello exista una obligación de evitar la lesión al bien jurídico.

Al contrario de las tesis formales (que se basan en la teoría de la infracción de deberes²⁹, definiendo posiciones de garante previas al hecho y generando deberes de salvaguarda en cabeza de ciertas personas partiendo de estructuras de la sociedad en las cuales se ubican los individuos frente a otros), se debe entender que esos mandatos surgen de la posición que un sujeto asume frente al bien jurídico en un momento determinado, lo cual provoca que se genere en él el mandato de realizar las acciones dirigidas a la salvaguarda del bien jurídico por haber asumido el dominio del hecho (gracias a una actuación propia que ha generado en él y en el resto de la sociedad una expectativa, y que ha evitado la asunción de ésta por otro individuo).

El anterior planteamiento encaja en lo que Schünemann plantea sobre la figura del dominio del hecho³⁰. Esta figura se configuró en principio para estructurar la autoría clásica de la comisión, pero también es aplicable a la figura de la comisión por omisión, aunque con ciertas características especiales que ameritan que se delinee específicamente para la modalidad de la omisión. La diferenciación se motiva en que la base para el dominio del hecho en la comisión es el propio movimiento corporal, el cual fundamenta el resultado.

Así, Schünemann afirma que... “como todo individuo domina su propio comportamiento en tanto no se presente defectos de conducción, es entonces el dominio sobre el propio movimiento corporal como fundamento del resultado lo

²⁸ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970. p. 212.

²⁹ SCHÜNEMANN, Bernd. El Dominio Sobre el Fundamento del Resultado: Base Lógico-Objetiva Común para Todas las Formas de Autoría. En: *Derecho Penal y Criminología*. Número 75. Universidad Externado de Colombia. p. 20.

³⁰ Cfr. SCHÜNEMANN, Bernd. El Dominio Sobre el Fundamento del Resultado: Base Lógico-Objetiva Común para Todas las Formas de Autoría. En: *Derecho Penal y Criminología*. Número 75. Universidad Externado de Colombia. pp. 13 – 25

que funda la posición de autor en la estructura más simple del delito”³¹. En cambio, en la omisión, como no hay propiamente un movimiento corporal, va a ser el dominio social de la situación (con sus demás características que posteriormente se profundizarán) lo que va a hacer aparecer un responsable de la comisión por omisión.

En palabras de Schünemann, “este dominio [en la omisión] no se manifiesta como en el hacer activo mediante el propio movimiento corporal, sino a través de la asunción de la custodia en forma del dominio sobre la situación de desamparo del bien jurídico”³², determinándose la calificación a las circunstancias periféricas al dominio funcional del hecho para determinar la relevancia de un hecho omisivo.

Después de describir las posturas de los autores señalados, la posición del autor, se menciona a continuación en concordancia a lo descrito por SCHÜNEMANN y KAUFFMAN, sobre que podrá determinarse el hecho omisivo desde las perspectivas del “dominio funcional del hecho”, mas no del dominio del mero hecho o de las voluntades, en razón que por un criterio de objetividad y corroboración esta postura prestaría mayor lógica y razón para determinar que el hecho omisivo debe verificarse con un resultado, que es la afectación de un bien jurídico; pero esta afectación es derivada de un dominio previo del no hacer por el sujeto activo del delito.

1.2.2. Teoría de Infracción del Deber de la Comisión por Omisión desde la perspectiva Funcionalista

La categoría dogmática de los delitos de infracción de deber... “no se orienta al resultado del mundo exterior, o dicho de forma más exacta, al dominio externo de un resultado del mundo exterior, sino que se centra en el deber especial de la

³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. El Dominio Sobre el Fundamento del Resultado: Base Lógico-Objetiva Común para Todas las Formas de Autoría. En: Derecho Penal y Criminología. Número 75. Universidad Externado de Colombia. p. 19.

³² SCHÜNEMANN, Bernd. El Dominio Sobre el Fundamento del Resultado: Base Lógico-Objetiva Común para Todas las Formas de Autoría. En: Derecho Penal y Criminología. Número 75. Universidad Externado de Colombia. p. 21

persona del autor”³³. Por lo demás, Roxin subraya que no se está refiriendo al deber general de respetar la norma, deber propio de todo delito y que también alcanza cómplices e inductores, sino a la lesión de un deber extrapenal, que no alcanza necesariamente a todos los intervinientes en el delito, pero que es absolutamente necesario para la realización del tipo en esta clase de delitos.

El legislador se basa en deberes que existan entre los diversos intervinientes, ya con anterioridad e independencia del delito. Roxin llega, por tanto, a la siguiente definición: delitos de infracción de deber... “son los tipos penales, en los cuales únicamente puede ser autor aquel que lesione un deber especial extrapenal que existe ya con anterioridad”³⁴. Por lo que se infiere que el deber que recae sobre quien comete un delito de infracción de deber es un deber de carácter personalísimo y a la vez de especialización de la conducta. Según el planteamiento de Roxin, el centro de los delitos de infracción de deber lo constituye el deber especial del autor. Este deber no se refiere al deber general de respetar la norma, que afecta a todas las personas, sino más bien a deberes extrapenales que se encuentran como realidades previas al tipo y que son necesarios para su realización pues... “se trata siempre de deberes que están antepuestos en el plano lógico a la norma del Derecho penal y que, por lo general, se originan en otros ámbitos del Derecho”³⁵, de lo precisado por dicho autor se infiere que si existe una previa designación de dicho deber no existiría posibilidad de responsabilizar penalmente por una evidente infracción.

Al respecto Roxin³⁶ cita como ejemplos de esta categoría a los deberes públicos de funcionarios, los deberes de ciertas profesiones que imponen un mandato de

³³ Herzberg sostiene una opinión similar para fundamentar la autoría de algunos delitos de omisión. La posición de garante en virtud de la obligación de protección de un bien jurídico frente a los peligros que pueden acecharlo tiene un apoyo similar, puesto que el garante tiene que custodiar el bien jurídico amenazado, frente a todos los peligros, sin tener encuentra la causalidad ni de donde provengan. si tal tutela del bien jurídico no se cumple, la responsabilidad será, en principio por autoría. en el mismo sentido: otto, schönke, schröder y cramer, schmidhäuser, en TORRES ALZAMORA, Juan. *La Participación en los Delitos de Infracción de Deber* [ubicado el 17. VI. 2015] obtenido en http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/10_2011_DELITOS_INFRACCION.pdf

³⁴ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*. Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 340.

³⁵ ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*. Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 354

³⁶ Cfr. ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*. Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 386.

cuidado, las obligaciones jurídico-civiles de alimentos y de lealtad. En todos estos delitos el obligado tiene una especial relación con el contenido del injusto, el deber que porta lo convierte en «figura central» del suceso de la acción. Pero más allá de ello Roxin no fundamenta en qué consisten esos deberes extrapenales conformados como realidades previas al tipo, dejando más bien al legislador la tarea de regular los tipos, bien en función de delitos de dominio o de infracción de deber, porque, a su juicio, finalmente es una cuestión que atañe a la decisión valorativa del legislador.

Si bien la categoría de los delitos de infracción de deber fue descubierta por Roxin hace ya cuatro décadas, sin recibir de parte de él un desarrollo posterior, la evolución de dicha categoría es impensable sin el tratamiento otorgado por Jakobs quien, en el marco de un pensamiento normativista del sistema del Derecho penal, en los últimos veinte años ha orientado su potencia dogmática a una fundamentación ampliada de los delitos de infracción de deber.

En Jakobs la distinción entre delitos de dominio y delitos de infracción de deber se explica mediante el criterio del ámbito de competencia del autor. Según esto, la persona vive inmersa en un mundo regido por normas donde debe satisfacer una diversidad de deberes que van dando forma a una competencia personal. La infracción de aquellos deberes mediante la incorrecta administración del ámbito de competencia personal fundamenta precisamente su responsabilidad jurídico-penal³⁷. Desde la perspectiva de Jakobs, el deber previamente designado que profesa Roxin, varía y se transforma en un deber común de no infringir normas vigentes.

Para Jakobs en la teoría del delito de infracción... “la cualificación especial del autor se basa en la existencia de una institución, en la que se encuentra inmerso el autor. En una primera formulación (...) se menciona como instituciones la relación paterno-filial, el matrimonio, la confianza especial y los deberes

³⁷ Cfr. CARO JOHN, José Antonio. *Algunas Consideraciones sobre los Delitos de Infracción de Deber*, [ubicado el 17. VI. 2015] obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf

genuinamente estatales”³⁸. Denotándose estas calificaciones especiales como en función de una obligación que deriva en una posición de garante-reconocida por la teoría del dominio del hecho-.

Pero estas instituciones a la luz del funcionalismo, se caracterizan por una especial relación entre el autor y el bien jurídico, relación que ya existía entre ambos con anterioridad al hecho. Las instituciones pueden ser definidas como... “las razones estabilizadas de solidaridad, estabilizadas, porque la fundamentación o no fundamentación individual de una solidaridad motivada en el amor, en la compasión o en la esperanza reciprocidad carece de importancia. Los padres tienen que ocuparse de su hijo, también, aunque no le quiera; El estado ayudar en caso de catástrofe también a aquellos ciudadanos que no le resultan útiles, etc”³⁹. Rigiendo esta posición que obliga al autor respecto de un actuar en stricto sensu.

La responsabilidad en virtud de una relación institucional es... “inmediata, en el sentido de que el obligado siempre tiene que-hablando en términos coloquiales- dar la cara por el bien jurídico, sin poder escudarse en la incumbencia de terceras personas respecto de la lesión”⁴⁰, es de esta manera comprensible que ante la comisión de delitos, por personal que ostenta cargo de representación, es precisamente quien ostenta dicha calidad, es quien debe asumir la responsabilidad.

Por lo que se refiere a la dogmática de la omisión, Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin, sobre que... “en los delitos de infracción de deber existe una equiparación entre la lesión del deber por acción y aquella otra por omisión”⁴¹. En el delito de infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo-como en el delito de organización- sino que ya existía con anterioridad a este, y por ello, es indiferente que autor actúe u omita, sino solo si cumple o no con su deber.

³⁸ SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002. p. 41.

³⁹ SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002. p. 41.

⁴⁰ *Ibidem*. p. 24.

⁴¹ *Ibidem*. pp. 39-40.

Siendo que para el funcionalismo resulta irrelevante si la existencia de una acción jurídicamente relevante en el ámbito penal se ha configurado por un hacer o un no hacer, se analizará solo la conducta en cuanto haya infringido un deber de naturaleza general o especial.

1.2.3. Adopción de postura respecto a teorías acorde con la comisión por omisión

De lo señalado se infiere que la omisión impropia o comisión por omisión no tiene base en la tendencia de “infracción de deberes”⁴², entendida ésta en su expresión formal, sino en el dominio de la situación. Según lo prescrito por SCHÜNEMANN, quien también precisa que ello no quiere decir que no existan deberes, sino que precisamente ese dominio de la situación genera en el individuo un deber específico de actuar en aras a la protección de ese bien jurídico, y por no actuar de acuerdo a ello es que se penaliza.

Pero esta idea no lleva en ningún momento a retomar los planteamientos de que los delitos de omisión impropia sean delitos de infracción de deberes, ya que los deberes definidos por esta teoría no van a ser la base de la responsabilidad (sino el dominio del hecho); y más importante, porque no se sanciona por la mera infracción de un deber, sino por toda la situación en la cual se tenía control de la situación generadora de la lesión al bien jurídico y el daño que a causa de ello se ocasionó. Además, los deberes aparecerían en este caso como consecuencia del dominio concreto del caso, y no en la forma clásica de deberes previamente establecidos para determinados individuos.

En todo caso, los resultados que se atribuyan a las conductas omitidas son iguales en términos normativos a los resultados generados a través de una acción. Por ello, no se necesita “equiparar” esas actuaciones, puesto que ya son iguales. Lo que se necesita es precisar los criterios bajo los cuales esas

⁴² SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002. p. 41.. p. 24.

conductas son iguales, para no cometer el error de incluir conductas que se parecen a las mandadas, pero que en realidad no son las mandadas.

1.3. La estructura de la posición de garante desde la perspectiva del finalismo en la actualidad

La doctrina mayoritaria entiende que la posición de garante es un elemento no escrito del tipo objetivo de los delitos de omisión impropia, lo cual ha dado origen a un intenso debate para determinar los supuestos en los que una persona se encuentra en la obligación de evitar un resultado lesivo de un determinado bien jurídico.

No debe olvidarse que la posición de garante es... “necesaria para que la no evitación de un resultado lesivo pueda ser equiparado con la causación activa del mismo y así castigarse con arreglo al precepto que sanciona su producción”⁴³, (por ejemplo, el artículo 106° del Código Penal sanciona el homicidio simple y sólo podrá aplicarse al sujeto que deja morir a otro, si se encontraba respecto del mismo en posición de garante –así, el clásico caso de la madre que deja de alimentar a su hijo que está bajo su cuidado personal y que finalmente muere por desnutrición- pero no si el que omitió era un vecino que no se encontraría normalmente obligado a evitar el resultado muerte del menor. Es decir, no todo aquel que omite evitar la producción de un resultado lesivo, puede ser castigado como si lo hubiera causado por una acción, sino solo determinadas personas que se hallan respecto del bien jurídico afectado en una específica posición de garante.

Es preciso señalar, antes de proceder al estudio de las fuentes de la posición de garantía, que se ha discutido ampliamente por la doctrina, si estos deberes de evitar un resultado deben ser exclusivamente jurídicos o si se puede considerar a los deberes morales, religiosos o éticos (es decir, extrajurídicos) como base de

⁴³ GOMEZ TOLEDO, Pablo. *El Delito de Omisión Impropia*, Memoria para optar el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2009. p. 124.

estas posiciones de garantía. Sin intentar dar una respuesta definitiva en este tema, me parece necesario consignar la opinión de Hans Welzel, el cual señala que el punto de partida de los deberes jurídicos formulados por la ley es bastante restringido y no permite dar respuesta a muchos casos de la vida práctica, ante lo cual concluye que debe exigirse la consolidación jurídica del deber de garante, esto es, “la responsabilidad del garante, aunque no se lea directamente en la ley, tiene que poder ser confirmada por la ley”⁴⁴. Por tanto, lo importante será que la posición de garantía encuentre su respaldo y fundamento en la ley, aunque esta no la consigne expresamente.

El tipo de comisión por omisión muestra en... “su parte objetiva la misma estructura que el de omisión pura; a) situación típica; b) ausencia de la acción determinada; c) capacidad de realizarla; pero completada con la presencia de tres elementos particulares necesarios para la imputación objetiva del hecho: la **posición de garante, la producción de un resultado y la posibilidad de evitarlo**”⁴⁵. La posición de garante integra necesariamente la situación típica (a) de los delitos de comisión por omisión no expresamente tipificados. A la ausencia de acción determinada (b) debe seguir en ellos la producción de un resultado. Y la capacidad de acción (c) debe comprender la capacidad de evitar dicho resultado.

1.3.1. Fuentes tradicionales o formales de la posición de garante⁴⁶

El estudio de las fuentes tradicionales, nos lleva directamente al... “análisis de lo que se dio por llamar la **teoría formal del deber jurídico**”, que para decidir la existencia de la posición de garante atendía a sus fuentes formales y que

⁴⁴ WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán*, citado por GOMEZ TOLEDO, Pablo. *El Delito de Omisión Impropia*, Memoria para optar el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2009. p. 293.

⁴⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición- 5ª Reimpresión, Editorial Bdef, Buenos Aires, Julio-2008. p. 318.

⁴⁶ Cfr. GOMEZ TOLEDO, Pablo. *El Delito de Omisión Impropia*, Memoria para optar el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2009. p. 126-129.

señalaba como fuentes del deber de obrar, a la **ley**, el **contrato** y el **actuar precedente**⁴⁷. Procederé, por tanto, al análisis individual de cada uno de ellos:

a) La Ley⁴⁸

Desde los comienzos de la dogmática de los delitos de omisión impropios se ha señalado a la ley como fuente de la posición de garante, particularmente la no penal. Es así que, desde el campo del derecho civil surgen deberes de evitación, por ejemplo, el deber del padre de velar por la integridad de los bienes jurídicos de su hijo (no de todos, pero es indiscutible que debe velar por su vida e integridad corporal e incluso se sostiene que debe velar por la integridad de su patrimonio).

Por consiguiente: los padres que no dan de comer al hijo menor permitiendo que muera de inanición incurrir en un delito contra la vida por omisión. También podemos señalar que este deber de evitación se presenta entre los cónyuges en virtud de la ley, por cuanto en la definición que otorga el Código Civil de matrimonio se incluye el deber de "auxiliarse mutuamente" por lo cual los cónyuges, entre sí, son garantes recíprocamente y deben, por tanto, evitar activamente un resultado lesivo en los bienes jurídicos del otro (esto resulta claro respecto de la vida e integridad física y un poco más dudoso respecto de otros bienes jurídicos).

b) El Contrato

Es claro que un contrato es fuente de obligaciones de carácter privado, pero no todo contrato da origen a deberes jurídicos de carácter penal, o dicho de otra forma, no todo contrato da origen a una posición de garante. Por ejemplo, de la celebración de un contrato de compraventa no surge para el deudor un deber de velar por la vida de su acreedor y sí, en caso de incumplimiento del deudor de su

⁴⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002. p. 455.

⁴⁸ Generalmente se entendió que el concepto de ley para estos efectos era uno en sentido amplio: ley, decreto, reglamento, sobre todo para la imprudencia.

obligación de pagar el precio de la compraventa, se genera la insolvencia del acreedor, por lo cual este último se suicida, parece claro que no puede hacerse responsable penalmente al deudor moroso de esa muerte por omisión impropia.

Se puede concluir que sólo los contratos que impongan una dependencia directa entre las partes pueden dar origen a una posición de garante o, dicho en otra forma, solo aquellos contratos en que, por su naturaleza, impongan a una de las partes el deber, generalmente exclusivo, de protección de un bien jurídico y que por otro lado, “colocan” a la otra en un estado de dependencia de la actuación de la contraparte, ya sea para la protección de esta misma parte o de terceros, como sucede por ejemplo, en el contrato en el cual la enfermera se compromete a cuidar a una persona gravemente enferma que depende en gran medida de la actuación de ella en protección de su integridad física o del contrato en que los padres encomiendan el cuidado de su hijo (que civilmente es un tercero en el contrato) a una niñera.

Pero se suscita el problema de ¿Qué sucede si ese contrato es nulo civilmente? o ¿expira su duración? Para graficar esta situación es necesario plantear un ejemplo: un matrimonio contrata a una niñera para cuidar a su hijo pequeño el día sábado por la noche desde las 21:00 horas hasta las 24:00 horas, por cuanto los padres asistirán a una velada en el teatro, pero al regresar se demoran por un accidente en el camino. ¿Esta circunstancia (demora de los padres) habilita a la niñera para irse dejando al menor solo? ¿No será responsable la niñera de la muerte del infante acaecida posteriormente? o ¿qué sucede si ese contrato fue celebrado por un incapaz civilmente? Creo que es indudable y, así lo entendió la doctrina, que la niñera no se exime de responsabilidad por el hecho de que los padres se han demorado en volver a la casa.

En virtud de estos antecedentes la moderna doctrina prefiere hablar de una sustitución de la posición de garante derivada de un contrato por el criterio de la “asunción fáctica” de que se va a velar por un determinado bien jurídico, así lo señala Reus / Vogel “Entretanto se considera unánimemente superada una posición de garante sobre la base sólo de una asunción contractual, ya que una

dependencia de los presupuestos contractuales civiles conduce a “consecuencias insoportables” y a resultados absurdos: una posición de garante, por tanto, es independiente de presupuestos contractuales. Todo depende, más bien, de la asunción fáctica de la posición de garante⁴⁹. Siendo el hecho factico concreto trascendental para la asunción de esta posición de garante. Consolidándose lo mencionado con lo postulado por NOVOA MONREAL, el cual señala que... “la doctrina advirtió que no era indispensable un acto jurídico formal y que tampoco podía admitirse que defectos legales de éste pudieran afectar su validez o su vigencia, excluyendo la garantía⁵⁰, sino solo un hecho real que pruebe el vínculo.

c) Actuar Precedente

Se trata de los casos en que... “el agente ha creado, con su actuar anterior (fortuito o imprudente), un peligro para bienes jurídicos protegidos por el Derecho Penal, peligro que por la posterior omisión se concreta en un resultado⁵¹, en estos casos encontramos que existe una circunstancia previa donde el sujeto activo del delito ha generado vinculación por una circunstancia ajena a un vínculo familiar, contractual o legal.

Al consultar las principales obras que el derecho comparado contemporáneo ofrece, nos encontramos con que la opinión absolutamente predominante estima que una de las fuentes de la posición de garante es precisamente la injerencia. Sin embargo, figuras como Welzel opinan en contrario: “El principio jurídico sobre la posición de garante por un ‘actuar precedente’ empleado por la jurisprudencia actual con seguridad apodíctica, es todo menos que evidente e inobjetable (...). No existe ni la más mínima razón objetiva por la cual la mera causación del peligro debiera fundamentar una posición de garante⁵², de lo señalado se

⁴⁹ GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, Volumen L, ADPCP, Madrid, enero-diciembre 1997, pág. 31.

⁵⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984. pág. 143.

⁵¹ ARAUZ ULLOA, Manuel. *La Omisión, Comisión por Omisión y Posición de Garante*, [ubicado el 17. VI. 2015] obtenido en <http://www.uca.edu.ni/encuentro/images/stories/2012/pdf/54e/54e4a.pdf>

⁵² WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970. p. 297.

colegiría que para el autor la generación de un vínculo por circunstancia no sería suficiente para la creación de una posición de garante.

Debemos agregar que bastantes autores extranjeros no tratan este tema. Jakobs⁵³ la admite como fuente de la posición de garante. En su terminología, considera que genera deberes de aseguramiento: "En tanto en cuanto la injerencia genera deberes de aseguramiento, esta es absorbida por los deberes de aseguramiento del tráfico ya tratados. Ejemplo: Quien cava una zanja en una calle pública tiene que asegurarla; quien aumenta la velocidad de un automóvil tiene que moderar la velocidad en caso necesario, etc.

Pero ¿qué sucede si la víctima ya cayó en la zanja o fue arrollada por el vehículo y ahora necesita ayuda? Pues bien, también en estos casos se sigue tratando del sinalagma libertad de organizar/responsabilidad por las consecuencias.

En efecto, si el mundo fue constituido de forma socialmente inadecuada mediante el comportamiento precedente, el responsable tiene que restablecer una configuración adecuada, y en verdad, no solo en tanto en cuanto a él le ha sido asignado un mundo para configurarlo libremente (aseguramiento), sino también en tanto él lo ha usurpado, lo que significa que tiene que revocar su usurpación (salvamento). Explicado en sentido figurado: La herida de la víctima a consecuencia del delito pertenece a la organización del autor y este repara esta usurpación curando la herida o tomando las medidas oportunas para su curación".

1.3.2. Fuentes materiales o nueva orientación del Deber de Actuar

Esta posición se da cuando... "corresponde al agente una determinada función protectora del bien jurídico o una función personal de control de una fuente de peligro"⁵⁴. Esta protección de la cual el agente se encuentra en sujeción está dada por un criterio de mayor incidencia o especialidad, respecto a los dados por las fuentes formales de la posición de garante.

⁵³ Cfr. JAKOBS, Günter. "La Omisión: estado de la cuestión", traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000. p. 49.

⁵⁴ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición- 5ª Reimpresión, Editorial Bdef, Buenos Aires, Julio-2008. p. 317.

a) Función protectora del bien jurídico

En este criterio, según lo precisado por MIR PUIG, se incluyen dentro de esta categoría... “aquellas situaciones en que una relación familiar o social, o una conducta voluntaria, somete a un bien jurídico determinado a la dependencia de un sujeto, en términos en que éste se hace responsable (garante) del mismo”⁵⁵, haciendo referencia con las fuentes formales, podría practicarse a modo de símil con la regulación de la ley como posición de garante.

En esta categoría jurídica se cuenta con elementos de identificación de los términos de responsabilidad o garantía del agente, mediante:

- **La existencia de una estrecha vinculación familiar vital**⁵⁶

Se puede señalar que la idea central que subyace a esta posición de garante es que cada vez que existan determinadas comunidades íntimas de vida o siempre que se dé una, aunque provisional, comunidad de peligro, cada uno de los miembros de esas colectividades está obligado a evitar los peligros probables para los restantes sujetos.

Se puede apreciar fácilmente que este principio, sin una mayor concreción y delimitación, amplía excesivamente la responsabilidad penal para el delito de omisión impropia además de extender “la íntima solidaridad a ámbitos de la vida, que, conforme a la clara voluntad expresa de otras ramas del derecho, no deberían dar lugar a tales vínculos”⁵⁷ De esta forma, se señala que existe una posición de garante entre personas que se encuentran recíprocamente ligadas entre sí por estrechos vínculos sociales y de vida, pero que no constituyen lazos familiares, en que el fundamento de esa posición de garante es la mutua confianza que nace de una relación interpersonal. (La relación paterno-filial y la

⁵⁵ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición- 5ª Reimpresión, Editorial Bdef, Buenos Aires, Julio-2008. p. 321.

⁵⁶ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición- 5ª Reimpresión, Editorial Bdef, Buenos Aires, Julio-2008. p. 321-322.

⁵⁷ MAURACH, R. *Derecho Penal Parte General*, citado por GOMEZ TOLEDO, Pablo. *El Delito de Omisión Impropia*, op. Cit. p. 150.

existente entre cónyuges y también la de otros parientes más lejanos son constitutivas de una posición de garante en virtud de la ley, lo que ya se analizó).

Así se ha extendido la posición de garantía a las relaciones existentes entre novios, prometidos e incluso, entre parejas extramatrimoniales, sea de carácter heterosexual. Así señala HERZBERG que... “El deber moral con validez general de evitar daños a los semejantes se multiplica en determinadas relaciones personales - especialmente estrechas- de tal manera que puede ser adecuado subsumir en un tipo de resultado del código penal una inactividad que daña a un semejante”⁵⁸ Así, se puede señalar que muchos autores aceptan esta posición de garantía para casos de convivencia análoga al matrimonio extendiéndola a las relaciones homosexuales, en base al fundamento de que la pareja que establece una relación análoga al matrimonio lo hace teniendo en consideración un deber de auxilio mutuo y tácito entre ellos, con el objeto de conjurar los peligros contra la integridad física, la vida y la libertad de ambos.

- **La comunidad de peligro**⁵⁹

Esta consiste en que cuando varias personas deciden iniciar una actividad riesgosa (por ejemplo, un grupo de alpinismo) los integrantes del grupo se vuelven garantes recíprocamente los unos de los otros respecto de los peligros que se presenten durante el desarrollo de esa actividad y en esa condición deberá hacerse responsable de un delito contra la vida a aquel que tenga confiado el resguardo de los demás miembros de la expedición (guía de una excursión de turistas inexpertos) o bien, a todos los demás integrantes del grupo que no socorran a aquel que se encuentra en una situación de peligro, por ejemplo al quedar colgando de un precipicio, siempre que ese rescate no ponga en peligro seriamente la vida de los otros alpinistas.

Este deber de auxilio recíproco tendría por fundamento principios éticos como la solidaridad, lealtad y la consideración de que las personas que asumen esa expedición, que implica grandes riesgos, lo hacen en el entendido de que sus

⁵⁸ HERBERZ, citado por GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, “La omisión impropia en la dogmática penal alemana”, op. cit., p. 34.

⁵⁹ Cfr. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, op cit. p. 322-323.

compañeros los auxiliarán en caso de necesidad, por lo que se presenta una situación de asunción voluntaria del deber de protección.

La doctrina dominante señala que... “esta posición de garante surge solo cuando se trata de una actividad riesgosa que ha sido concertada”⁶⁰ y solo por los riesgos propios de esa actividad y no cuando surge de una manera casual y así señalan que los naufragos de un barco que se encuentran en medio del océano no estarían vinculados entre sí por ningún deber de garantía.

b) Deber de control de una fuente de peligro

La indemnidad de los bienes jurídicos puede... “depender personalmente, también, del control de determinadas fuentes de peligro por parte de quien las ha creado o de aquel a quien se ha atribuido su vigilancia”⁶¹. El factor decisivo se basa en que el agente asumiera el control de riesgo que originara mediante su comportamiento.

Es un hecho incuestionable que la moderna vida en sociedad ha generado una serie de actividades riesgosas en sí, que son necesarias para el desarrollo social por lo cual se permite cierto nivel de riesgos (riesgo permitido) y se establece como contrapartida, el deber de controlar que esos riesgos no devengan en lesiones a los bienes jurídicos de las personas. Piénsese por ejemplo en una fábrica de explosivos o una planta nuclear.

A partir de estas fuentes de peligro surge la necesidad de considerar que existen personas encargadas de vigilar esas fuentes de peligro o, lo que es lo mismo, que nacen posiciones de garante de bienes jurídicos ajenos que pueden verse afectados si estos peligros no son contenidos. Puede apreciarse que en estos casos de fuente de posición de garantía no es determinante la vinculación del garante con el titular del bien jurídico, sino que su posición de garante se debe dirigir a la defensa de cualquier bien jurídico frente a los peligros de lesiones que

⁶⁰ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, op cit. p. 322.

⁶¹ MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, op cit, p. 324.

puedan derivarse de una fuente de peligro, que el sujeto tiene el deber de organizar y encauzar dentro de ciertos límites.

La doctrina incluye dentro de este grupo a la injerencia y, es por eso que, Bacigalupo señala que en la moderna teoría de las posiciones de garante lo importante es... “la posición del autor respecto del bien jurídico y en este sentido los casos de injerencia quedarán reducidos a una subespecie dentro de la clase más amplia de cuidado de una fuente de peligro frente a daños que de ella pueden derivarse. En este sentido, lo importante será si el autor tiene el dominio de ámbito dentro del cual se ha producido el resultado típico.”⁶², para poder determinar dicho dominio, es que será necesaria la evaluación de los hechos presuntamente de injerencia que en cada caso en específico generarían la posición de garante.

Este deber de control de una fuente de peligro se extiende tanto a las fuentes de peligros que hayan sido creadas por el sujeto-garante como de aquellas que, sin haberlas originado, le han sido encomendadas para su vigilancia, o como dice Bacigalupo “El denominador común de todas la hipótesis antes debatidas es la circunstancia de que el sujeto, o bien ha introducido un peligro en la vida social, o bien está puesto para impedir que de éste peligro se deriven, en general, daños.”⁶³. Así el conductor de una máquina tiene la obligación de controlarla para evitar que los riesgos inherentes a su actividad se conviertan en lesiones a bienes jurídicos ajenos.

⁶² BACIGALUPO, Enrique. “*Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal*” En “Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho”, Editorial Temis, Madrid, 1970. p. 115.

⁶³ BACIGALUPO, Enrique. “*Delitos impropios de omisión.*”, 2ª edición, Editorial Temis, Madrid, 1983. p. 148.

CAPITULO 2:

LA PREVENCION DEL LAVADO DE ACTIVOS A TRAVES DEL MODERNO CRIMINAL COMPLIANCE

En este segundo capítulo- tras haber desarrollado en su antecesor cuestiones dogmáticas penales sobre la comisión por omisión- se desarrolla el tratamiento de un delito que es a grandes rasgos uno de los de mayor incidencia de criminalidad, de difícil prevención y erradicación en el mundo, se desarrolla este capítulo sobre el delito de Lavado de Activos.

Este fenómeno delictivo ha sido calificado a través del tiempo con distintas denominaciones como... *“Lavado de Dinero, Lavado de Activos, Blanqueado de Dinero, Blanqueo de Capitales, Reciclaje de Dinero o Legalización de Capitales, y deben ser comprendidas como sinónimos que designan un mismo objeto”*⁶⁴. De allí que resulta correcta la apreciación de HERNANDEZ QUINTERO, cuando sostiene que... *“son innumerables los conceptos que se conocen sobre el lavado de activos, pero todos están conectados, indefectiblemente, con el propósito de ocultar el origen ilícito de los recursos y su posterior vinculación al torrente económico de un territorio”*⁶⁵. Así como fue adquiriendo mayor sofisticación en su denominación a través del tiempo, en su comisión también se iban tejiendo

⁶⁴ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Editora Jurídica Grijley, 2007 Lima. p. 08.

⁶⁵ HERNANDEZ QUINTERO, Hernando. *El Lavado de Activos*, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, Santa Fe de Bogotá. p. 25.

mayores especializaciones en sus medios comisivos que dificultaban su detección y la relativa erradicación.

Respecto a la antigüedad de este ilícito penal, debe señalarse que... *“no es un fenómeno reciente. La prohibición de la usura por parte de la iglesia en la Edad Media y el contrabando de bebidas alcohólicas, el juego y la prostitución en la década de 1920 en los Estados Unidos de Norteamérica, propiciaron que los mercaderes y prestamistas en el primera y los gánsters en el segundo recurrieran a diversas técnicas de ocultación, desplazamiento y legalización de dinero de origen delictivo”*⁶⁶. Demostrándose estos actos comisivos como precedentes para la actual incidencia criminal de este delito.

La tipificación como... *“delito del acto mismo o de la tentativa de blanquear los productos del delito, sí es reciente. Tradicionalmente, la atención penal se centraba sobre el delito que originaba el dinero”*⁶⁷. La incautación de bienes, en la medida en que se aplicaba por delitos con motivación económica, se configuraba como un castigo contra el delito subyacente.

Al parecer, la expresión "blanqueo de capitales" fue empleada por... *“primera vez en el ámbito judicial en Estados Unidos en el año 1982, en un caso de comiso de dinero procedente de la cocaína colombiana, y la expresión procedía de la jerga del hampa. El origen del concepto –lavado de dinero– se remonta, por otra parte, a la utilización por parte de organizaciones mafiosas, sobretudo en Estados Unidos, de cadenas de lavanderías automáticas para colocar y ocultar fondos de origen ilícito”*⁶⁸, siendo este caso tristemente célebre, el que otorgaría el término de “Lavado” en alusión al negocio fachada con la cual se operaba para obtener beneficios económicos superiores a los de su actividad delictiva precedente.

⁶⁶ DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Blanqueo Internacional de Capitales*, Deusto, 2007, Barcelona. pp. 20 y ss.

⁶⁷ URIBE, Rodolfo, *Cambio de Paradigma sobre Lavado de Activos*. En: El Observador, Unidad Antilavado de Activos-CICAD/OEA, Segundo Trimestre 2003, Costa Rica, p. 02

⁶⁸ GARCIA LOPEZ, Soledad. *Blanqueo de Capitales. Evolución del delito Subyacente*, [ubicado el 17. IX. 2015], obtenido en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/05_2008/Colab_05_08.pdf

Aunque desde principios de la década de los 80 del siglo pasado existe constancia de la preocupación de instancias internacionales de gran relevancia por el fenómeno originado en los recursos provenientes de actividades ilegales, no fue sino... *“hasta diciembre de 1988 cuando se produjeron dos documentos de trascendental importancia que marcarían, de manera concreta, el punto de partida de las iniciativas internacionales frente al problema. Estos documentos fueron la Declaración de Principios del Comité para la Reglamentación Bancaria y las Prácticas de Vigilancia de Basilea, mejor conocida como la “Declaración de Basilea”, emitida por los reguladores bancarios del Grupo de los Diez y formulada por los Reguladores Bancarios en fecha 12 de diciembre de 1988, así como la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, mejor conocida como la Convención de Viena de ese mismo año”*⁶⁹. La Declaración de Basilea tuvo por objetivo impedir que los bancos y otras instituciones financieras fueran utilizados para transferencias o depósitos de fondos de procedencia ilícita, a través de unas reglas de comportamiento, como la identificación de la clientela, la comprobación o averiguación de la conformidad de las transacciones a estándares éticos, la cooperación con autoridades judiciales, controles internos y adiestramiento del personal.

La Convención de Viena de 1988, por su parte, refleja en su preámbulo el reconocimiento de la preocupación por el tema del lavado de activos proveniente del tráfico ilícito de drogas, al declarar las partes de la Convención estar conscientes *“de que el tráfico ilícito genera considerables rendimientos financieros y grandes fortunas que permiten a las organizaciones delictivas transnacionales invadir, contaminar y corromper las estructuras de la administración pública, las actividades comerciales y financieras lícitas y la sociedad a todos sus niveles”*. De ahí, que con la firma y ratificación de los Estados de la Convención de Viena, estos se obliguen a... *“tipificar de una manera uniforme el delito de lavado de activos proveniente del tráfico de drogas, proporcionándole la Convención mecanismos de asistencia judicial internacional que permiten perseguir a los*

⁶⁹ BAUTISTA, Norma; CASTRO MILANES, Heiromy y Otros. *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*, [ubicado el 17. IX. 2015], obtenido en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_repdom_libro.pdf

*delincuentes en cualquier parte del mundo, a través de la extradición*⁷⁰, así... “*como incautar y/o decomisar*”⁷¹ en cualquiera de los países signatarios los bienes que tienen su origen o se deriven de un delito de tráfico de drogas.

Asimismo, al ser distintos los modos en los que se puede consumir este delito, hay incluso quien diferencia entre... “*lavado de dinero*”, que implicaría la existencia de “*dinero sucio*”, decir, procedente de un delito, de “*blanqueo de dinero*”, que derivaría de la existencia de “*dinero negro*”, es decir que no ha cumplido las correspondientes obligaciones fiscales”⁷². En cualquier caso, la historia del concepto de blanqueo de capitales tiene su origen en el ámbito del tráfico de drogas, de ahí que en principio tanto la doctrina como la legislación concibieran el blanqueo de capitales sólo de los productos procedentes del delito de narcotráfico y relacionados con las drogas, agregándose nuevos delitos como fuente principal en la comisión de este delito a través del tiempo al denotarse que de distintos actos ilícitos se obtenían réditos económicos que se insertaban dentro del mercado comercial y se convertían en beneficios económicos con apariencia de licitud.

2.1. El delito de Lavado de Activos y su incidencia criminal

Se pensaría por la propia naturaleza del delito de lavado de activos, solo podría consumarse en países del tercer mundo o los llamados “países en vía de desarrollo”, donde pueden existir escasos e ineficaces controles de prevención del delito de lavado de activos; sin embargo, la incidencia de este fenómeno delictivo apareció históricamente en países del primer mundo, en donde aun existiendo planes de prevención actualizados, este fenómeno jurídico ha aumentado su incidencia a través del tiempo.

⁷⁰ CASTRO MILANES, Heiromy. *Conociendo la banca off-shore*. Seminario, Superintendencia de Bancos, Noviembre-2003, Santo Domingo. p. 07.

⁷¹ BAUTISTA, Norma; CASTRO MILANES, Heiromy y Otros. *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*, [ubicado el 17. IX. 2015], obtenido en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_repdom_libro.pdf

⁷² GARCIA LOPEZ, Soledad. *Blanqueo de Capitales. Evolución del delito Subyacente*, [ubicado el 17. IX. 2015], obtenido en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/05_2008/Colab_05_08.pdf

Debe entenderse que... *“si unas de las características del sistema económico actual es su globalidad, entonces resulta lógico que también los procesos de blanqueo de capitales adquieran esta dimensión espacial. En los estudios especializados se habla ya de una globalización de las actividades de lavado de activos, en la medida que las organizaciones criminales aprovechan las debilidades de los sistemas de control de cada país y la falta de interrelación entre los mismos para evitar el seguimiento de las diversas operaciones y transferencias internacionales y, con ello, la demostración del origen ilícito de los beneficios”*⁷³. Siendo que al ser un fenómeno de difícil control las relaciones internacionales, deben fundamentarse también en el sentido de cruces de información sobre precedentes delictivos en lavado de activos, y consolidar un plan internacional de control que erradique redes internacionales dedicadas al lavado de dinero.

De lo anteriormente señalado, cabría decir que con una mayor interrelación internacional se tendría mayor control sobre la comisión de este tipo de delitos, sabiendo que hay distintos factores que beneficia a la comisión de este tipo de delitos; y por el contrario no existen factores que fortalezcan su lucha de prevención. A ello habría que agregar que uno de los factores que beneficia la comisión de este delito es... *“el uso de los diversos **paraísos fiscales**”*⁷⁴ *en el mundo con altos niveles de secreto bancario, los cuales se constituyen en el lugar apropiado para ensombrecer el origen delictivo de los capitales de procedencia*

⁷³ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Volumen I, Segunda Edición, Instituto Pacífico SAC, Mayo-2015, Perú. pp. 515

⁷⁴ Se denominan paraísos fiscales a aquellos países que aplican regímenes fiscales de escasa o nula tributación, y que en consecuencia son utilizados por sociedades o particulares de otros países para depositar sus beneficios pero que a la vez proveen oportunidades para blanqueo. El problema que plantean no solo reside en una baja fiscalidad, sino que aplican reglamentaciones muy laxas a las entidades financieras que operan en ellos, ejercen una supervisión mínima sobre las actividades bancarias y permiten y facilitan el anonimato en las operaciones. En particular los paraísos fiscales presentan las siguientes características que crean oportunidades para el lavado de activos: 1. Un secreto Bancario o comercial que permite a los titulares de cuentas bancarias y entidades comerciales un total anonimato. 2. Una reglamentación permisiva, acompañada de una supervisión bancaria vulnerable en relación al número de establecimientos registrados activos. 3. Reglas Comerciales que permiten la constitución de entidades comerciales o de gestoras de patrimonio que garantizan el anonimato del beneficiario extranjero. Las normas de registros de sociedades están con frecuencia reducidas al mínimo y no se efectúan controles previos. 4. Baja Fiscalidad. Cfr. ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, 2007, Madrid. p. 27.

*delictiva*⁷⁵. Siendo el depósito por excelencia de las grandes redes internacionales de lavado de dinero, a modo de no descubrir el origen del dinero abonado en cuentas millonarias.

Las estadísticas sobre el lavado de dinero son asombrosas, y... “nos damos cuenta de la incidencia que tiene este delito cuando el Fondo Monetario Internacional (FMI) estima que el monto que se lava en un año a nivel mundial representa del 2% al 5% del PBI, mientras que para América Latina una estimación bruta parece ubicarlo entre el 2,5% y 6,3% del PIB regional anual”⁷⁶. En América Latina, se determina que... “*aunque no hay datos definitivos, en 2011 las Naciones Unidas consideró que estos delitos llegan al 3,6 % del Producto Interior Bruto (PIB) mundial. Otros organismos, dijo, indican que el lavado de activos alcanza unos 320.000 millones de dólares en el mundo, de los cuales 150.000 millones son en América Latina*”⁷⁷, siendo considerable el monto insertado dentro del tráfico comercial proveniente de actividades ilícitas.

En la actualidad en el Perú, el Lavado de Activos es un delito que, repentinamente, se ha convertido en un problema nacional, digno de titulares y merecedor de una gran audiencia. Y no es para menos entre los meses de enero de 2007 y marzo de 2015, se obtienen las cifras... “*De acuerdo al último reporte de la UIF, durante el citado período el monto total de dinero involucrado en actividades ilícitas asciende a **11 284 millones de dólares**, cálculo que también incluye al delito de financiamiento del terrorismo, el cual registra un movimiento de siete millones de dólares. Según el reporte de la UIF, el **tráfico ilícito de drogas** encabeza la mayor participación en lavado de activos con **5 126 millones de dólares**, seguido por la **minería ilegal (4 299 millones)**, la **defraudación de renta de aduanas y contrabando (301 millones)**, además de los delitos contra la administración pública que incluyen **corrupción y enriquecimiento ilícito (239***

⁷⁵ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Volumen I, Segunda Edición, Instituto Pacífico SAC, Mayo-2015, Perú. pp. 515

⁷⁶ BAUTISTA, Norma; CASTRO MILANES, Heiromy y Otros. *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*, [ubicado el 15. X. 2015], obtenido en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_reptom_libro.pdf

⁷⁷ ¿Dónde se lavan más activos en el mundo? [ubicado el 23. IX. 2015], obtenido en <http://www.dinero.com/internacional/articulo/lavado-dinero-estados-unidos/196633>

millones). También figuran los delitos de defraudación tributaria (212 millones); estafa y/o fraude (162 millones); proxenetismo, (27 millones), trata de personas (2 millones), secuestro (2 millones), delitos contra el patrimonio agravado (1 millón), tráfico ilícito de migrantes (1 millón), delitos contra los derechos intelectuales (1 millón) y otros (904 millones)⁷⁸, siendo claras las estadísticas y los nuevos delitos en los que se puede derivar en blanqueo de dinero.

Las estadísticas son considerables en cuanto al perjuicio económico y la considerable afectación a la economía del país, que se ocasiona con la comisión del ilícito de lavado de activos, en cuanto se encuentra insostenible el avance de la criminalidad organizada que de modo impune puede tener pleno uso de ganancias previstas de actividades ilícitas.

A lo señalado en el anterior apartado, es que PERCY GARCIA CAVERO, se refiere a la Lesividad del Lavado de Activos en el Sistema Económico, respecto del cual se señala que... *“Si bien el lavado de dinero surge criminológicamente como un acto de encubrimiento realizado para evitar la detección de los bienes de origen delictivo, cada vez se ve con mayor claridad que los procesos de blanqueo de capitales ilícitos tienen, en sí mismos, una lesividad social que repercute en el sistema económico. Salvo que un Estado ordene conscientemente su economía a la espera de movimientos de activos dirigidos a lavar ganancias ilícitas, la introducción de estos activos en el tráfico legal de bienes y valores genera serias distorsiones en el sistema económico y financiero que terminan afectando a los diversos agentes económicos”*⁷⁹. Por lo que queda a la luz que es un fenómeno con violencia financiera empresarial, que afecta no solo intereses de particulares- como por ejemplo patrimonios de empresas privadas-, sino también intereses con carácter de públicos- que se encuentran bajo el control y custodia del Gobierno de Turno.

⁷⁸ ARBULÚ RAMÍREZ, José Antonio. *La Penalización del Cumplimiento Normativo Antilavado de Activos*, Revista Actualidad Penal, N° 01, Julio 2014, Lima. p. 191.

⁷⁹ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Volumen I, Segunda Edición, Instituto Pacífico SAC, Mayo-2015, Perú. pp.510

La afectación o incidencia de la economía del país con la comisión e inadecuado control del delito de lavado de activos, bajo sus distintas tipologías, trae consigo algunas Implicancias Negativas para el país y las empresas, las cuales son...“**Competencia Desleal.**- *Las compañías creadas con fondos clandestinos mezclan las ganancias ilícitas con fondos legítimos, para ocultar ingresos mal habidos. Subvencionando sus artículos o productos a niveles por debajo de los precios del mercado.*

Distorsión Económica e Inestabilidad. - *Los lavadores están interesados en proteger sus ganancias ilícitas y no en generar utilidades por sus inversiones. Por tanto, desvían fondos de inversiones sólidas hacia inversiones de baja calidad que ocultan las ganancias afectando el crecimiento económico.*

Algunas Implicancias Negativas del lavado de activos para el país y las empresas. - *Las consecuencias negativas que pueden generarse son, entre otras: el debilitamiento de la integridad de los mercados financieros, competencia desleal, la pérdida del control de la política económica, la pérdida de rentas públicas y riesgo para la reputación del país.*

Pérdida de Rentas Públicas. - *El lavado de activos disminuye los ingresos tributarios gubernamentales y, por tanto, perjudica indirectamente a los contribuyentes honrados.*

Riesgos para la Reputación. - *La confianza en los mercados y la importante función económica que cumplen las utilidades son deterioradas por el lavado de activos y los delitos financieros, como el fraude financiero generalizado y la especulación bursátil⁸⁰. Siendo estos los principales riesgos o implicancias negativas- citados de modo general- de la comisión de este delito.*

Denotándose, conforme a los aspectos que directamente afectan a la economía y el ámbito empresarial, que la incidencia del delito de lavado de activos determina la economía de un país, y puede generar picos de superávit como de su contrapuesto déficit, afectando tanto al mercado interno de productos, bienes, valores, etc.; como al mercado externo, en cuanto será una barrera para la

⁸⁰ Cfr. LÓPEZ VALERA, Inés. *Delitos de Lavados de Activos*. [ubicado el 10. X. 2015], obtenido en http://www.voltairenet.org/article184439.html?var_mode=recalcul

inversión privada extranjera, el colocar capital de inversión en una economía inestable y con poco control de la incidencia criminal propia del lavado de activos.

2.1.1. El delito sin fronteras de Lavado de Activos

Los delitos de **Cuello Blanco**⁸¹, sin duda alguna, son en la actualidad de las innovaciones delictivas con mayor atención en todo el mundo, por el modo en que se consuman y por su implicancia organizacional con la que aparatos o grupos criminales de modo concertado actúan.

Dentro del conjunto de esta tipología de delitos, se encuentra uno, quizás el más importante, por la atención que le prestan no solo los departamentos de Lucha contra la Criminalidad en todo el mundo, sino también por los departamentos encargados de la economía de una país, este es el delito de Lavado de Activos.

Dentro de los delitos no convencionales y, a la vez, característicos de la criminalidad organizada, encontramos como... *“ejemplo paradigmático al lavado de activos, entendido este como el **proceso**⁸² que busca incorporar en el tráfico económico legal las ganancias provenientes de la realización de conductas delictivas haciéndolas parecer como si hubieran sido obtenidas lícitamente”⁸³*, es fundamental señalar que la simulación de licitud de las ganancias de actuaciones criminales se encuentren siempre ocultas en su origen, ingresando dentro del

⁸¹ Este tipo de delitos son aquellos que proporcionan un beneficio económico al criminal, donde el crimen no es violento, e involucra muchas prácticas ilegales, y en ocasiones únicamente poco éticas amparadas por el marco legal. Las proporciones del daño de este tipo de delitos han hecho que **este tipo de delitos sea uno de los principales problemas económicos de nuestro siglo**. Las personas pierden sus casas, sus empleos, su seguridad y sus sueños. De hecho, un único crimen corporativo podría hacer más daño que cientos de delitos de la calle. Pero en algunos países, el riesgo-beneficio del delincuente de cuello blanco compensa y anima a ejercerlo. Cfr. CARLOS GONZALES, A. *Que son los delitos de cuello blanco: tipos, ejemplos y países más y menos permisivos*, [ubicado el 10. X. 2015], obtenido en <http://www.negocios1000.com/2014/09/definicion-delitos-de-cuello-blanco-tipos-paises-mas-menos-permisivos.html>

⁸² En esto se sigue el planteamiento sostenido por el GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA INTERNACIONAL (GAFI), quien considera al lavado de activos como un “proceso”, en el que la “limpieza” del dinero no se logra en forma instantánea, sino de manera progresiva a través de unas etapas más o menos complejas. Cfr. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de Blanqueo de Capitales*, Colex, 1998, Madrid. pp. 51-54

⁸³ VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *El Bien Jurídico Protegido en el delito de Lavado de Activos. Consideraciones sobre el interés tutelado por el Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Jurídica del Perú, N° 135, Mayo 2012, Lima-Perú. p. 16.

tráfico comercial a modo de dinero para reciclaje o para obtener legitimidad comercial, hecho que se consuma con el retorno de los réditos convertidos en lícitos al lavador o delincuente de cuello blanco.

En cuanto a qué se entiende por Lavado de Activos, casi todas las definiciones doctrinales son coincidentes. Así, por ejemplo en el plano internacional, el autor **JOSÉ DIEZ RIPOLLÉS**, se refiere a... *“los procedimientos por los que se aspira a introducir en el tráfico económico-financiero legal los beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando así un disfrute de aquellos jurídicamente incuestionado”*⁸⁴. Por su parte, **DIEGO GÓMEZ INIESTA** define el blanqueo de capitales como... *“aquella operación restituida a los circuitos económicos-financieros legales, incorporándose a cualquier tipo de negocio como si se hubiera obtenido de forma lícita”*⁸⁵. Denotándose la inserción de dinero de procedencia ilícita, con una intención lucrativa, existiendo un hecho fraudulento de inducir a error a sus pares intervinientes en el tráfico comercial.

Al buscar una definición uniforme respecto al delito de lavado de activos, se precisa que... *“constituye todas aquellas actividades dirigidas a ocultar la fuente o el destino del dinero o activos que se han obtenido a través de actividades ilegales”*⁸⁶, englobando dicha definición el dinero proveniente de actividades ilícitas el que se constituirá como necesario para la consumación de este delito, no requiriéndose que exista algún tipo de sanción previa por la comisión del acto ilícito que generó réditos ilícitos.

Asimismo, respecto al lavado de dinero o de activos, LEÓN GAMARRA refiere que... *“significa la conversión de dinero clandestino en dinero de curso legal, dinero sucio en dinero limpio, dinero escondido en dinero circulante en instrumentos financieros, mediante su colocación en el sistema bancario o la conversión de estas ganancias en otros bienes , transfiriéndolos con el propósito*

⁸⁴ ALVAREZ PASTOR, Daniel y Fernando EGUIDAZU PALACIOS. *La Prevención del Blanqueo de Capitales*, Editorial Aranzandi, 1998, Pamplona, p.78.

⁸⁵ BLOSSIERS HÜME, Juan José, *Lavado de Activos*, Editorial Edimarff, 2004, Lima. p. 58

⁸⁶ LAMAS PUCCIO, Luis. *Las Modalidades del delito de lavado de activos*, Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, N° 01, Julio-2009, Lima. p. 151.

*de ocultar su origen, encubrir su naturaleza y su propiedad, desvaneciendo toda huella y rastro de su procedencia ilícita para evitar su incautación o decomiso*⁸⁷

Respecto a lo citado se puede señalar que es toda operación patrimonial, comercial o financiera con el propósito de legalizar los recursos, bienes y servicios provenientes de actividades ilícitas, procurando siempre mantener oculto el origen económico financiero del dinero materia de lavado. Añadiendo que el objeto de la acción del delito es tanto el dinero en efectivo como también los bienes que fueron adquiridos con él, sean éstos muebles o inmuebles.

De lo referido, prácticamente todos los autores que han analizado el fenómeno del lavado lo definen en iguales o parecidos términos, por lo que renunciamos a hacer una prolija enumeración que no tendría más interés que el puramente erudito, que seguramente con el transcurso del tiempo paulatinamente se podrán incorporar al léxico regulador del campo punitivo.

Asimismo, al respecto El Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, de fecha dieciseis de noviembre de dos mil diez, Sobre el Delito de Lavado de Activos, precisa que..."*se identifica como lavado de activos a todo acto o procedimiento realizado para dar una apariencia de legitimidad a los bienes y capitales que tienen un origen ilícito. El delito de Lavado de Activos es un delito no convencional y constituye en la actualidad un notorio exponente de la moderna criminalidad organizada*"

Nos parece particularmente interesante, reproducir la presente definición en cuanto señala que el lavado de dinero, es 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 en forma lícita. Blanquear dinero es reintroducirlo en la economía leal, darle la apariencia de legalidad y permitir así al delincuente disfrutarlo sin ser descubierto: el que blanquea dinero procedente de un delito ayuda por tanto al delincuente a aprovecharse plenamente del producto de su infracción, grave delito, que además constituye su **modus operandi** y

⁸⁷ LEON GAMARRA, Juan B. *El contador público en la investigación del lavado de activos en el Perú*, L y F Ediciones Jurídicas, 2003, Lima. p. 11.

modus vivendi, para frecuentar libremente empinados círculos políticos y sociales cubiertos de cualquier comentario malsano.

2.1.1.1. Las teorías que fundamentan la afectación del bien jurídico protegido en el delito de Lavado de Activos

Para determinar la existencia de un delito, debe fehacientemente comprobarse la afectación- mediante acción u omisión con contenido penal- del bien jurídico protegido, pero en el caso del delito de lavado de activos existe determinadas posturas que difiere una respecto de la otra en cuanto no existe uniformidad sobre el bien jurídico protegido en el lavado de activos.

A. Planteamientos Uniofensivos

a. El bien jurídico protegido por el delito previo

Un sector minoritario sostiene que... *“el bien jurídico protegido por el delito de lavado de activos es el bien jurídico lesionado por el hecho delictivo previo”*⁸⁸. Se sigue, de esta forma, el planteamiento que algunos autores hacen sobre la naturaleza de ciertos delitos de conexión, en el sentido de que estos delitos carecen de un bien jurídico propio, pues sirven a la tutela, aunque de una forma particular, del mismo bien jurídico de los delitos a los que anteceden.

En consecuencia, el delito de lavado de activos buscaría proteger concretamente... *“la norma de resguardo de los delitos previos, es decir, la norma que asegura la eficacia de la amenaza de las normas penales primarias infringidas previamente”*⁸⁹. Buscándose, bajo el criterio de esta teoría solo sancionar en cuanto se pueda identificar a plenitud el delito previo y en base a este poder sancionar adecuando la sanción al bien jurídico del delito previo.

⁸⁸ De este parecer en la doctrina alemana, SALDITT, *Strafverteidiger-Forum* 4/92, p. 121 y ss.; BURR, *Geldwasche*, p. 27. En la doctrina italiana destaca dentro de los diversos aspectos protegidos, los bienes jurídicos de los delitos previos, AZZALI, RIDPP 1993, p. 432. En la doctrina española, asumen esta posición, BAJO/BACIGALUPO, *Derecho penal económico*, p.684. citado por GARCIA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, JURISTA EDITORES, Mayo-2013. Lima. p. 66.

⁸⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIERREZ, *Los delitos de encubrimiento*, p.243 y ss. Citado por GARCIA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, JURISTA EDITORES, Mayo-2013. Lima. p. 67.

Pese a reconocer la viabilidad de la sugestiva interpretación de los delitos de favorecimiento del delito, tal interpretación sólo alcanza al delito de receptación. Por el contrario, en el delito de lavado de activos se presenta un factor adicional que no tiene lugar necesariamente en el delito antes mencionado y que lleva consigo un cambio en su configuración dogmática.

En efecto, junto con la afectación a la norma de resguardo, el delito de lavado de activos provoca una... “afectación al mercado mediante la incorporación de bienes o dinero negro en el tráfico económico con la finalidad de legitimarlos o sustituirlos por otros que mantienen su valor, pero con apariencia de legalidad”⁹⁰. Como puede verse, el delito de lavado de activos no se queda en los bienes jurídicos afectados por los delitos previos, sino que se vincula con la propia estabilidad del mercado económico y financiero. En este sentido, una interpretación reducida al bien jurídico del delito previo resultaría insuficiente para abarcar el desvalor de este tipo de conducta.

b. El bien jurídico Salud Pública

Si se toma en cuenta la antigua e histórica colocación sistemática del delito de lavado de dinero en nuestro Código penal, y su pertenencia a un género delictivo determinado, la primera interpretación que puede obtenerse es que el bien jurídico protegido sería la salud pública y de modo mediato e indirecto la seguridad pública.

El lavado de dinero constituiría...*“uno de los elementos integrantes del circuito que recorre el tráfico de drogas cuyo punto de inicio es el cultivo y elaboración de sustancias y su escalón final es la conversión y legitimación de las ganancias derivadas de la comercialización de las sustancias prohibidas”*⁹¹. No sólo la elaboración y cultivo de las drogas atentaría contra la salud pública sino también el blanqueo y legalización de capitales, dado que con la producción de utilidades

⁹⁰ GARCIA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, JURISTA EDITORES, Mayo-2013. Lima. p. 67.

⁹¹ ZARAGOZA AGUADO, Javier; *El Blanqueo de Dinero. Aspectos sustantivos*. Su Investigación; en: *El Encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa Comunitaria* (Director, Andrés Martínez Arrieta); Consejo General del Poder Judicial; 1994; p. 114.

el tramo de la elaboración y cultivo de la droga encontraría su esperado y necesario fortalecimiento y promoción.

Las críticas que se vierten contra este punto de vista no se dejan esperar. Se destaca que la determinación del bien jurídico no depende de la denominación de la sección o capítulo en el que se ubica a un precepto penal, pues dicha rotulación sintética no condiciona ni obliga a tomar por ciertas las premisas de las que la ley parte, peor aun cuando obedece únicamente a criterios de técnica o economía legislativa.

La precisión del bien jurídico depende de... *“cuáles son realmente los intereses sociales y constitucionales en juego, al margen de la ubicación formal del precepto en el entramado del C.P., debiéndose determinar en función a criterios materiales, y no formales, como la finalidad de las formulaciones típicas, la clase y modalidad de conductas prohibidas, el respectivo sentido teleológico y las valoraciones sociales y jurídicas a las que responde”*⁹². Debiendo existir para la determinación del bien jurídico protegido del delito de lavado de activos, aspectos sustanciales de la real afectación con la comisión del ilícito y no ahondar bajo criterios que no haría más que respaldar la criticada Teoría del bien jurídico del delito previo.

c. El bien jurídico Administración de Justicia

Un sector de la doctrina penal sostiene que el bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero es la Administración de Justicia, dado que... *“con la ocultación de los bienes se impide el cumplimiento de sus funciones, obstaculizando el descubrimiento y enjuiciamiento de los hechos”*⁹³. La función de la administración de justicia no se restringiría al castigo del delito, sino a todo el conjunto de actividades idóneas para garantizar la aplicación de las leyes.

⁹² CASTILLO ALVA, José Luis. *La Falsedad Documental*, Gaceta Jurídica; 2001, Lima. pp. 15 y ss.

⁹³ GÓMEZ PAVÓN, Pilar; *El Bien Jurídico protegido en el delito de receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*; en *El Encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria* [Director Andrés Martínez Arrieta]; p. 215; Sánchez Tomás, José Miguel; *Derecho Penal [PE]*; Madrid; Servicio de Publicaciones Facultad de derecho. Universidad Complutense de Madrid; Vol. III; p. 105.

El núcleo del injusto del delito residiría en evitar y obstaculizar la identificación de lo obtenido, ocultando su origen e impidiéndose el descubrimiento del delito. La conducta del autor no se dirige tanto a aprovecharse de las ganancias del delito de tráfico de drogas –que ya existen–, sino a legitimar y “lavar” las utilidades obtenidas. Estaríamos aquí frente a una forma especialísima y *sui generis* de favorecimiento real, modalidad de encubrimiento que se caracteriza por la intervención criminal después de la comisión de un delito.

La propia formulación del precepto abonaría esta construcción del bien jurídico protegido en la medida que se alude a ocultar “el *origen, la propiedad u otros factores potencialmente ilícitos*” ya sea a través de la conversión en otros bienes o la transferencia a otros países y también desde que el comportamiento surge luego que se ha consumado el tráfico de drogas y se ha logrado determinadas ganancias.

Las críticas que se vierten a esta posición son diversas. En primer lugar, se advierte que el asumir como bien jurídico protegido en el lavado de dinero a la administración de justicia, implica... *“tener en cuenta sólo un aspecto parcial de la fenomenología jurídico del delito, dejando de lado la consideración que el lavado de bienes no sólo supone la mera ocultación o encubrimiento de los bienes, pues el objeto material del delito [dinero, en nuestra legislación] se encuentra en permanente dinámica y circulación, dado que siempre se convierte, adquiere y transmite empleando diversos medios; de tal manera que este planteamiento ignora que si el dinero estuviera oculto o encubierto se encontraría estático e inmóvil imposibilitando su lavado”*⁹⁴. Incurriría también... *“en una petición de principio dado que si el bien jurídico que se vulnera es la Administración de Justicia la ubicación del delito debería ser otra”*⁹⁵ o, en el peor de los casos, su existencia no se encontraría justificada ya que el núcleo del injusto podría ser

⁹⁴ DEL CARPIO DELGADO. Juana. *El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Tirant lo Blanch, 1997, Valencia. p. 63

⁹⁵ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, IDEMSA, 1995, Lima p. 63 y ss.

abrazado por cualquiera de los delitos que pertenecen a la administración de justicia, siendo ociosa y repetitiva cualquier regulación particular.

También podría determinarse si se adopta como bien jurídico protegido del delito de lavado de activos, el de administración de justicia que se direccionaría a una obstaculización al sistema de justicia, y bajo el mismo tenor lo que buscaría reprimirse a través del referido delito serían... *“aquellos comportamientos que impiden o dificultan el correcto funcionamiento de los órganos de persecución penal- específicamente, en la investigación, procesamiento y sanción por las comisión de delitos previos- por lo que el delito de lavado de activos ostentaría estructuralmente una gran similitud con el delito de encubrimiento real”*⁹⁶, concluyéndose que se generaría impunidad al considerar sólo determinando como bien jurídico protegido al de la administración de justicia, en el delito de lavado de activos.

d. El bien jurídico orden socio–económico

Según un criterio bastante extendido en la doctrina penal comparada el bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero sería *el orden socio– económico* que se entiende como... *“el interés del Estado en la conservación del orden legal de la economía, tanto en su conjunto como en sus ordenaciones parciales y comprende también el interés del individuo en participar en los bienes de consumo y en el desarrollo de una actividad cuya finalidad es el lucro”*⁹⁷. Orientándose esta tesis a la afectación directa del orden económico nacional con la comisión de este tipo de delitos.

Al respecto, pueden encontrarse de manera tradicional en la doctrina dos nociones del bien jurídico *“orden socio – económico”*, una *amplia* y otra *estricta*. Desde... *“el punto de vista amplio, se sostiene que el orden socio – económico solo podrá constituir en el mejor de los casos el bien jurídico mediato de algunas infracciones del C.P., que sirve para explicar la ratio legis de algunos delitos*

⁹⁶ GARCIA CAVERO, Percy; PEREZ BEJARANO, Alfredo. *Estudios sobre el delito de Lavado de Activos*, TRISKEL EDITORES, 2014, Lima. p. 40

⁹⁷ GARCIA CAVERO, Percy; PEREZ BEJARANO, Alfredo. *Estudios sobre el delito de Lavado de Activos*, TRISKEL EDITORES, 2014, Lima. p. 50

*patrimoniales o aquellas infracciones que afectan el sistema económico*⁹⁸, lesionando o poniendo en peligro el correcto funcionamiento y la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios.

Dicho bien jurídico de carácter mediato en ocasiones permite complementar el análisis del bien jurídico específico del delito concreto que afecta las estructuras o las relaciones económicas en una sociedad determinada, pero no integra el núcleo del injusto de las descripciones típicas con las consecuencias dogmáticas que de ello derivan como la que destaca que no es necesario que el autor sepa que con su comportamiento atenta contra el orden socio – económico.

También esta posición se encuentra sometida a graves objeciones. En primer lugar, se señala que no siempre el lavado de dinero va a traer consigo una disfuncionalidad y deterioro del sistema económico y va a causar perjuicios a los agentes que intervienen en él, dado que en no pocos casos generará consecuencias positivas para la economía y al sistema social como, por ejemplo, una oferta más amplia de servicios y bienes en los que el dinero y capitales se invierte, un descenso en los precios de productos con el consiguiente beneficio a los consumidores, la creación de más puestos de trabajo y la posterior disminución de los índices de desempleo, el equilibrio en la balanza de pagos de un país, la implementación de obras, bienes y servicios en diversos sectores de la economía en los que se invierta los capitales.

Basta tomar en cuenta el papel que cumple el lavado de dinero y capitales en las economías de Latinoamérica para dimensionar correctamente este hecho. Que el dinero y los capitales se blanqueen promueve... *“el desarrollo, directa o indirectamente, de otros bienes jurídicos, pues al integrarse a los circuitos económicos legalmente establecidos permite que se encuentren sujetos a controles monetarios y se dirijan contra ellos las obligaciones de carácter tributario*⁹⁹. Fijándose con este criterio que la comisión del delito del lavado de

⁹⁸ MARTÍNEZ–BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico [P.G.]*, Tirant lo Blanch, 1998, Valencia. p. 97.

⁹⁹ SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Blanqueo de Capitales y Merecimiento de pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, en Cuadernos de Política Criminal, N° 58, p. 142.

activos, no sólo afecta a la economía, sino distintos factores que pueden ser determinados también como bienes jurídicos protegidos para este delito.

B. Planteamiento Pluriofensivo

Una posición extendida en el Derecho comparado y peruano viene sosteniendo de manera reiterada que el bien jurídico protegido en el delito de lavado de dinero sería una pluralidad de bienes jurídicos en el sentido que con las acciones de blanqueo, lavado y legitimación de capitales se afecta diversos intereses sociales y jurídicos. Dichos bienes jurídicos serían el orden socio-económico y la administración de justicia.

Para algunos autores el atentado al orden socio económico sería el *medio* para realizar la conducta legitimadora del capital, de tal manera que quien pretenda dar la apariencia de legalidad a los bienes tendrá que recurrir a la evasión de capitales, la creación de sociedades ficticias, etc. La sustentación de dicha tesis descansa en argumentos de carácter sistemático como la ubicación de la norma, y político criminales que giran alrededor del marco penal impuesto al delito de lavado.

En la doctrina nacional se ha pronunciado a favor de este punto de vista Prado Saldarriaga cuando sostiene que el lavado de activos es... *“un delito Pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la 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”*¹⁰⁰. Se trata, pues, en definitiva, de un delito Pluriofensivo que compromete a varios intereses jurídicamente relevantes como la eficacia de la 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. Este último en razón que en su sentido funcional, el lavado de dinero aparecería como un acto de favorecimiento o facilitación del tráfico ilícito y, por ende, del consumo indebido de drogas.

¹⁰⁰ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, Ob. Cit, p. 66.

En la doctrina nacional se han tratado de determinar el bien jurídico protegido, por lo que para definir mejor el injusto citaremos la Jurisprudencia sobre Precedentes Penales Vinculantes relacionados a esta materia y que fuera expedido por Sala Penal Permanente dentro del Exp. Nro. 155-01, de lo cual se tiene que: “...El delito de lavado de activos o blanqueo de activos es una figura penal autónoma de carácter Pluriofensivo y dirigida a tutelar el orden socio económico (...)” “Que el delito de blanqueo de activos no sólo descansa sobre un delito anterior (...) además exige el conocimiento del origen ilícito de los activos, aun cuando no requiere que éste sea preciso o exacto del delito previo, pues basta con la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito (...) el dolo exigido, por tanto, puede ser directo o eventual, en tanto en este último como el agente considere seriamente y acepte como probable que el dinero procedía de un delito.

Asimismo, por su parte el Tribunal Constitucional reconoce la compleja potencialidad ofensiva del delito de lavado de activos, al señalar en la sentencia que... “(...) cabe recordar que los delitos de tráfico ilícito de drogas y lavado de activos constituyen ilícitos de carácter Pluriofensivo, en la medida que ponen en estado de alarma y peligro a las bases sociales y amenazan la propia existencia del estado”¹⁰¹, por lo que como se ha señalado de efectivizar el control criminal de este delito.

2.1.1.2. Fases o etapas de la comisión del delito de Lavado de Activos

La doctrina mayoritaria señala que la comisión del delito de lavado de activos, en cualquier circunstancia que tenga como delito precedente o afecte uno o varios bienes jurídicos protegidos, siempre tendrá el mismo procedimiento comisivo, en la cual hay fases o etapas fijadas que se concatenan la una con la otra a fin de tener el fin delictivo. Estas etapas o fases son tres: ***fase de colocación, fase de conversión u ocultamiento y fase de integración o reintegración de los capitales.***

¹⁰¹ STC N° 2748-2012-PHC/TC, Fundamento 15.

a) Fase de colocación.

Es obligatoriamente la primera etapa del procedimiento delictivo de lavado de dinero, esta consiste en... “la desvinculación de los agentes del delito de los activos de procedencia delictiva poniéndolos en el mercado para su circulación”¹⁰². Es sin duda alguna... “la etapa más importante para descubrir el lavado de dinero, ya que una vez que el dinero y los bienes provenientes del delito previo han sido introducidos en el mercado, a los cauces económicos y a las operaciones comerciales y financieras, resulta poco probable la identificación de su origen”¹⁰³; y la necesidad de la identificación de esta primera etapa es que... “la detección de los actos de lavado de activos en esta primera etapa es trascendental para el éxito de las medidas de prevención y control, ya que si el dinero ilegal logra penetrar en el torrente financiero, las posibilidades de rastrear su origen y conexión ilícita se reduce considerablemente”¹⁰⁴, siendo conforme a lo señalado anteriormente el inicio de un procedimiento delictivo estructuralmente organizado.

Las modalidades por las cuales se emplea esta primera fase o etapa son por ejemplo... “la conversión de monedas y billetes de baja cuantía por otros de mayor valor, utilizando depósitos bancarios ya sea en una sola armada desdoblando los depósitos en un determinado periodo de tiempo a través de diversas ventanillas, cajeros automáticos, cajas de seguridad etc.; instrumentalizando títulos valores que facilitan la constitución de derechos de crédito y su sencilla transmisibilidad (títulos valores al portados, “cheques de caja”, títulos en los que se compra la deuda pública, etc.), o la colocación del dinero en las casas de cambio, prestamos con intereses”¹⁰⁵.; así como con la concreción de las demás formas o tipologías a través de las cuales se materializa las conductas típicas.

¹⁰² GARCIA CAVERO, Percy: “Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento”. En: Imputación y sistema penal. Coord. Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe, Ara Editores, 2012, Lima. p. 436

¹⁰³ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y Procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*. Pacífico Editores S.A.C., Setiembre-2014, Lima. p. 44.

¹⁰⁴ PRADO SALDARRIAGA, Victor. *Lavado de Activos y Financiamiento de Terrorismo*, Grijley, 2007, Lima. p. 27

¹⁰⁵ FABIAN CAPARROS, Eduardo. *El Delito de Blanqueo de Capitales*, Colex, 1998, Madrid. p. 27.

b) Fase de conversión u ocultamiento.

Denominada también como fase de ensombrecimiento y a su vez conocida como... “estratificación, diversificación, encubramiento, enmascaramiento o decantación, persigue desvincular el dinero de su origen criminal, realizando un conjunto de transacciones civiles, comerciales o financieras o de cualquier otra naturaleza, a fin de agenciarse de un soporte documental que justifique la procedencia del dinero o activos y explique por sí mismo frente a cualquier averiguación oficial o privada”¹⁰⁶. En esta se procura borrar o dificultar la vinculación de los activos con su origen delictivo a través de la realización de diversas operaciones.

Lo que se busca en este caso es lavar o blanquear el dinero *strictu sensu*. Lo que se pretende es desaparecer el origen o las huellas de los bienes ilegales. No es necesario que en el blanqueo de dinero exista un cambio de titularidad de los capitales o el dinero, basta que exista un título jurídico, sin que tenga que modificarse el nombre de la persona que lo detenta.

c) Fase de integración o reintegración de los capitales.

En la etapa de integración, también denominada... “reinversión o consolidación, se incorporan definitivamente los activos lavados en la economía formal”¹⁰⁷; en esta etapa... “los activos ya se han incorporado **a la economía formal y al mercado oficial**, guardando una apariencia de legitimidad y legalidad, de tal manera que sugiere que se trata de capitales y de dinero lícito”¹⁰⁸. Esta última fase no se caracteriza por el despilfarro de las ganancias producto del delito, sino por la incorporación de los beneficios obtenidos como si se tratara de bienes de origen legal.

¹⁰⁶ ARBULÚ RAMÍREZ, José Antonio. *Derecho Administrativo Sancionador en la Prevención del Lavado de Activos*. Ediciones Legales E.I.R.L., 2015, Lima. p. 21.

¹⁰⁷ ARBULÚ RAMÍREZ, José Antonio. *Derecho Administrativo Sancionador en la Prevención del Lavado de Activos*. Ob. Cit. pp. 21-22.

¹⁰⁸ GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Delito de Lavado de Activos*. Ob. Cit. p.45.

2.1.2. La autonomía en la configuración del delito de Lavado de Activos

El lavado de activos deriva de una conducta que no se agota en un solo acto, sino que requiere de múltiples etapas dirigidas hacia un mismo propósito: dar apariencia de legalidad a unos bienes que originalmente provienen de actividades ilícitas, siendo importante hacer notar que el delito predicado no necesariamente debe estar vinculado a actividades de narcotráfico o crimen organizado, sino cualquier actividad tipificada en el ordenamiento jurídico penal como “delito”, dejándose sentada la posición de la innecesaria comprobación de un delito fuente específico.

A esta innecesaria comprobación o correlación del lavado de activos con un delito precedente, es la denominada autonomía del delito de lavado de activos, la cual, en aras de no generar impunidad, ha sido... “reconocida en la mayoría de las convenciones internacionales, así como en las legislaciones internas y/o la jurisprudencia”¹⁰⁹. En el caso del Perú fue esbozada primero por el art. 6 párrafo 3 de la Ley N° 27765, según el cual “En los delitos materia de la presente ley, no es necesario que las actividades ilícitas que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido objeto de sentencia condenatoria”. Esta fórmula fue objeto de múltiples críticas, en particular porque... “la no exigencia de investigación del delito previo podía conducir a condenas sin que se haya acreditado el origen ilícito de los bienes”¹¹⁰, ante lo cual... “se llegó a proponer, en contra del derecho positivo pero en base a garantías constitucionales esenciales como la presunción de inocencia, el derecho de defensa y el debido proceso, que la investigación del delito previo debía al menos haberse iniciado junto con la de Lavado de Activos y que de no hallarse indicios suficientes sobre el delito fuente entonces la investigación por lavado debía cerrarse”¹¹¹, generando mediante esta fórmula procesal seguridad

¹⁰⁹ AMBOS, kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado*, Jurista Editores, Abril-2015, Lima-Perú. p. 171.

¹¹⁰ BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *La Autonomía del delito de Lavado de Activos*, Revista Actualidad Jurídica, N° 105, 2002, Lima. p. 64.

¹¹¹ GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico*, Parte Especial, Volumen I, Segunda Edición, Pacífico Editores S.A.C, Mayo-2015, Lima. p. 505.

jurídica y no afectación a los derechos de presunción de inocencia y debido proceso.

La Corte Suprema peruana adoptó en el año 2010, con carácter vinculante, sólo una parte de estos lineamientos y ha desarrollado algunos postulados sobre la prueba del delito fuente, donde se ha establecido que... “la vinculación de la actividad de lavado de activos con el delito fuente no puede supeditarse a la estricta aplicación de las reglas de la accesoriedad que pueda condicionar su naturaleza de figura autónoma y del bien jurídico también autónomo, afectado por el lavado; sin embargo, el delito fuente (...) es un elemento objetivo del tipo legal (...) y su prueba condición asimismo de tipicidad. No es menester como se ha indicado anteriormente, que conste acreditada la comisión mediante sentencia firme, ni siquiera que exista investigación en trámite ni proceso penal abierto. Es decir, expresamente se ha descartado una prejudicialidad homogénea de carácter devolutiva”¹¹². A pesar de que la Corte Suprema, verifica y acepta la el delito fuente como un elemento objetivo, no lo coloca como requisito indispensable para la configuración del lavado de activos.

A la fecha la autonomía del delito de lavado de activos se encuentra regulado dentro del marco del D.L. N° 1106, artículo N° 10 al establecer que “El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación y procesamiento no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o de sentencia condenatoria”; pues en este sentido... “para investigar y procesar a una persona por el delito de lavado de activos no es necesario que el delito previo-fuente- que dio origen a los bienes, efectos o ganancias ilícitas este en proceso de investigación, ni tampoco que exista una sentencia al respecto, es más, con la promulgación de este decreto, ya ni siquiera es necesario determinar el delito previo, pues esto es irrelevante porque según esta nueva normativa, el delito de lavado de activos sanciona los actos de conversión, transferencia, ocultamiento y

¹¹² Fundamento Jurídico N° 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de fecha 16 de Noviembre de 2011

tenencia, que están previstos en los artículos 1 y 2 del decreto¹¹³. Siendo la regulación vigente, que, ante la necesaria implementación de una política de prevención criminal, específicamente por el considerable incremento de este delito, es que se legisló en base a evitar la impunidad en la comisión de este delito.

Sobre la autonomía del delito de lavado¹¹⁴, con lo recabado en el marco normativo actual, se manifiesta claramente en materia procesal cuando el objeto del delito, esto es el origen delictivo de los bienes lavados puede ser comprobado por cualquier medio legal, y que además a ello:

- No es indispensable una sentencia de condena por el delito básico de tráfico de drogas u otro delito grave, (delitos precedentes) se debería permitir la prueba del origen delictivo de los activos por cualquier medio.
- Siendo un delito autónomo, debe admitirse que la prueba indiciaria correctamente aplicada conforme el criterio de la sana crítica, permite corroborar el origen criminal de los fondos de esta forma.
- Cuando el lucro esté presente en la conducta previa, el desvalor del lavado de activos va más allá, que tanto implica conductas reiteradas en el tiempo con el objetivo de fortalecer a la organización de una empresa criminal con apariencia de licitud, que va a disputar al Estado la razón misma de su existencia.

2.1.3. Los nuevos modos comisivos del Lavado de Activos en el D.L. N° 1106

Sin duda alguna, el principal fundamento de la exposición de motivos del D.L. N° 1106 (Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado), publicado el 19 de abril de 2012, es el incremento tanto de la comisión de este ilícito- que ha existido en su comisión décadas anteriores a la puesta en vigencia de la actual normativa citada- y en su identificación por parte de los órganos de control y prevención del

¹¹³ PAUCAR CHAPPA, Marcial. *La Nueva Ley de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Gaceta Penal, N° 35, Mayo-2012, Lima. pp. 67 y ss.

¹¹⁴ Cfr. MANDUJANO RUBÍN, José Luis. *Autonomía del delito de Lavado de Activos previsto en el Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Actualidad Penal, N° 12, Junio-2015, Lima. p. 132 y ss.

Estado Peruano, por lo que ante dicha necesidad la regulación en cuanto a su consumación ha variado respecto a su antecedente legal más cercano, como lo es la Ley N° 27765 (Ley Penal contra el Lavado de Activos), modificada por el Decreto Legislativo N° 986, tal como lo dispone su Única Disposición Complementaria Derogatoria.

De esta manera se reforma por completo... “la estructura de la parte sustantiva y procesal en cuanto atañe a este delito de carácter no convencional, en tanto dicha norma inserta valiosos aportes para agilizar, viabilizar y modernizar un fragmento gravitante de la prevención, control y represión penal del lavado de activos”¹¹⁵, siendo la principal novedad de este nuevo dispositivo legal, los nuevos medios comisivos del delito de lavado de activos.

El Decreto Legislativo N° 1106 hace retornar al delito de lavado a... “la morfología de los delitos de peligro, tal como lo fue en su forma original, y se aparta completamente del modelo de los delitos de resultado, contemplado en el artículo 1 de la Ley N° 27765 (modificado mediante Decreto Legislativo N° 986)”¹¹⁶, denotándose que en el cuerpo normativo derogado se requería una conducta lesiva de resultado, para que se consuma este delito, lo que tornaba difícil la identificación de su origen, su incautación o decomiso; sin embargo, ahora con este nuevo cuerpo normativo, basta con la realización de cualquiera de las conductas descritas en los artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 1106, para que se configure el tipo penal (conversión, transferencia, ocultamiento y tenencia, y traslado de dinero), porque...”pasamos a tener nuevamente un delito de tendencia interna trascendente, el cual no exige un resultado posterior, sino que el agente otorgue a su acción típica un determinado sentido subjetivo”¹¹⁷. Así, el nuevo texto legal emplea la frase: “con la finalidad de evitar la identificación de su origen, su incautación o decomiso”, elemento que se encuentra hoy en el terreno de la tipicidad subjetiva acompañando al dolo.

¹¹⁵ PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Jurídica del Perú, N° 135, Mayo-2012, Lima. p. 33

¹¹⁶ PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Jurídica del Perú, Ob. Cit. pp. 34-35.

¹¹⁷ PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Jurídica del Perú, Ob. Cit. p. 35.

Al haber desarrollado en el anterior apartado los tipos comisivos, la novedad de este nuevo dispositivo legal de lucha eficaz contra el lavado de activos, también contemplan como tipos comisivos los configurados mediante una omisión, según lo prescrito en el artículo 5 del Decreto Legislativo antes citado, “el que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias” el cual constituye delito de omisión de reportes de operaciones sospechosas dolosas e imprudentes, mas no constituye delito de lavado de activos por omisión.

Esta conducta típica mantiene... “la naturaleza jurídica de un delito de omisión propia, (...). Asimismo, conserva la forma de un delito de infracción de deber o especial propio, toda vez que el agente es un sujeto cualificado, es decir un funcionario público o profesional obligado legalmente a reportar operaciones o transacciones sospechosas”¹¹⁸. Por otro lado, PRADO SALDARRIAGA, señala que... “La ley describe un delito de mera desobediencia. El objeto de tutela se relaciona aquí exclusivamente con el ordenamiento regulador de las medidas preventivas contra el lavado de activos. Es este sistema normativo el que dispone la obligación de reporte y el que va a ser defraudado por el agente”¹¹⁹, siendo una de las medidas adoptadas para la lucha contra este tópico criminal, que ha generado conforme versa la Tesis Pluriofensiva, afectación a más de un bien jurídico socialmente protegido.

2.2. El Criminal Compliance como instrumento de prevención del delito de lavado de activos en el Perú

Al prever que el Estado busca reprimir mediante sus distintos Organismos de Prevención, Control y Sanción el delito de lavado de activos, es que adoptando medidas de prevención Antilavado de Activos, obliga a entes empresariales propensos a cometer este tipo de delito se implemente un Criminal Compliance o

¹¹⁸ PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy. *La Nueva Ley Penal de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Jurídica del Perú, Ob. Cit. p. 39.

¹¹⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal*, IDEMSA, 2009, Lima. p. 425.

llamado también Programa de Cumplimiento Normativo Penal, mediante el cual se determinará una reglamentación específica Antilavado de Activos, prevista en nuestro país dentro del D.L. N° 1106.

Pero este no es el único supuesto normativo en el que se debe implementar el Compliance, debido a que la comisión de delitos e infracciones empresariales han avanzado considerablemente, y debido a esto...”El Perú, no ha sido ajeno a esta situación y ha mostrado un avance sectorial en cuanto a imponer y/o incentivar que las empresas adopten programas de Compliance en ciertos sectores. Ejemplos de esto son las leyes N° 29783 — Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo—, la ley 28611 —Ley General del Medio Ambiente—, entre otras normas relacionadas con la lucha contra el lavado de activos”¹²⁰. Las cuales tendrán el estricto cumplimiento de normativa interna dentro de la entidad empresarial obligada a tener este tipo de programas de prevención.

Uno de los rasgos principales del Compliance es que este mecanismo empresarial no se limita a un ámbito jurídico específico, sino que cuenta con cierta transversalidad. Se trata de asegurar que la empresa y sus miembros actúen en el marco de la legalidad, lo que comprende los diversos ámbitos jurídicos en los que la actividad corporativa pueda tener incidencia. El presente trabajo no tiene la pretensión de ocuparse de la repercusión del Compliance en los distintos sectores del sistema jurídico, sino solamente lo que corresponde al Derecho penal.

La labor empresarial se encuentra sujeta a mandato de Ley, en cuanto a la implementación de un Criminal Compliance, que será adecuado, suficiente y eficiente para identificar tal como lo prevé el art. 5° el D.L. 1106¹²¹, operaciones sospechosas en las actividades comerciales en las que la empresa interactúe con otros sujetos comerciales. Esta labor de implementación requiere además de constante fiscalización, que estará a cargo de un Oficial de Cumplimiento o también llamado Compliance Officer, quien ejercerá funciones con real

¹²⁰ CLAVIJO JAVE, Camilo. *Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano*, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, Ed. N° 73, 2014, p. 629 [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33417.pdf>

¹²¹ Decreto Legislativo N° 1106, art. 5°

independencia y autonomía respecto a los órganos de dirección de la empresa, teniendo como obligaciones las previstas en la Ley N° 27693 (Ley de Creación de la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú), Ley N° 29038 (Ley que incorpora a la Unidad de Inteligencia Financiera a la SBS)¹²² y RES SBS N° 486-2008 (Norma para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, de aplicación general a los sujetos obligados a informar que carecen de organismos supervisores). Siendo que la actuación en el ejercicio de sus funciones del Oficial de Cumplimiento de no ser realizadas con eficiencia, control, veracidad y licitud, desencadenará responsabilidad penal independiente por los hechos de omisión que genera responsabilidad penal.

2.2.1. Origen y definición de Compliance

El término Compliance... “proviene del verbo en inglés “to comply with” que significa “cumplir con”. Desde hace buen tiempo este término se ha venido utilizando en el ámbito médico para significar el cumplimiento riguroso, por parte del paciente, de la indicación terapéutica”¹²³. Sin embargo, en los últimos años su utilización se ha difundido de manera ostensible en el lenguaje empresarial para caracterizar la adopción de medidas internas en la empresa, destinadas a asegurar la observancia de las leyes, estándares y directivas empresariales.

En el uso empresarial del término Compliance se puede distinguir... “una acepción amplia de una estricta. El sentido amplio está referido a la observancia de parámetros no solo legales, sino también de carácter ético e incluso de política empresarial, mientras que el sentido estricto se circunscribe a la actuación en

¹²² Dentro de las funciones del Oficial de Cumplimiento encontramos a:

- Vigilar el cumplimiento Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo-SPLAFT, verificando la aplicación de las políticas y procedimiento implementados para el conocimiento del cliente y el trabajador.
- Analizar las operaciones inusuales detectadas, con la finalidad de determinar las operaciones que podrían ser calificadas como sospechosas, llevando control de ellas.
- Proponer señales de alerta a ser incorporadas en el Manual de Prevención.
- Adoptar las acciones necesarias que aseguren su capacitación, la de la persona y del Sujeto Obligado.
- Ser el interlocutor ante la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú.
- Emitir informes anuales y custodiar los registros y demás documentos.
- Contar con un registro de operaciones y custodiarlo por el plazo establecido

¹²³ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*, Palestra Editores, 2014, Lima. p. 09.

consonancia con la normativa legal vigente”¹²⁴. Siendo que para el análisis a desarrollarse en el ámbito criminal se utilizará la normativa legal.

El Compliance Program o Programa de Cumplimiento Normativo es... un dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan”¹²⁵. Históricamente a... “mediados de la década de 1970, diversas empresas estadounidenses y trasnacionales comenzaron a adoptar Compliance Programs con la finalidad de evitar y detectar infracciones legales, sobre todo las relacionadas con la libre competencia y antimonopolio (antitrust) y actos de corrupción (bribery laws)¹²⁶. Así, el Compliance tiene su origen en la necesidad de las empresas de evitar la comisión de infracciones legales como consecuencia de las actividades que llevan a cabo en el mercado. Sin embargo, no la adopción de programas de Compliance no depende exclusivamente de una decisión privada por parte de las empresas.

En esa misma línea, resulta necesario señalar... “que, desde la década de 1990, con la aparición de las «Sentencing Guidelines», se habla de la creación de incentivos para que sean las empresas mismas quienes se autorregulen, de allí el concepto de autorregulación regulada”¹²⁷. Como hemos señalado en el apartado anterior, el derecho penal tiene la función de proteger bienes jurídicos que pueden verse afectados o puestos en peligro como consecuencia de las actividades que realizan las empresas. En tal sentido, el Estado busca prevenir los nuevos y ya existentes riesgos de la actividad empresarial a través del derecho penal de diversas maneras, entre ellas, la regulación de programas de prevención de riesgos de cumplimiento obligatorio por parte de las empresas.

¹²⁴ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*, Palestra Editores, 2014, Lima. p.09

¹²⁵ WELLNER, Philip A. *Effective Compliance Programs and Corporate Criminal Prosecutions*, citado por CLAVIJO JAVE, Camilo. *Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano*, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, Ed. N° 73, 2014, pp. 630-631 [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33417.pdf>

¹²⁶ BASRI, Carole. *International Corporate Practice: A Practitioner's Guide to Global Success*, Practising Law Institute, 2014, Nueva York. pp. 2-6.

¹²⁷ CLAVIJO JAVE, Camilo. *Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano*, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, Ed. N° 73, 2014, p. 631 [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33417.pdf>

El Compliance se define como... “el conjunto sistemático de esfuerzos realizados por los integrantes de la empresa tendientes a asegurar que las actividades llevadas a cabo por ésta no vulneren la legislación aplicable”¹²⁸. Desde la óptica de la administración empresarial estos serían un ejemplo de uno de los “sistemas de calidad” que operan en toda actividad empresarial, por lo que contiene aspectos relacionados con la estructura organizacional, distribución de responsabilidades, procedimientos y los recursos utilizados por la empresa para asegurar la calidad de la dirección de ésta.

La finalidad es clara: evitar incurrir en infracciones normativas y detectar aquellas que se hayan cometido. Se parte del supuesto de que resulta más costoso cometer la infracción y asumir las consecuencias que implementar un programa de Compliance con la finalidad de evitar dichas infracciones.

En este punto, resulta importante señalar la doble función que se le asigna a los programas de Compliance. Por un lado, tenemos la función preventiva. Esta consiste en un conjunto de medidas organizativas y de vigilancia interna de la empresa, cuya finalidad es que la empresa no incurra en infracciones normativas.

Lo que se busca es... “impedir las infracciones legales que pueda cometer individualmente un trabajador de la empresa y, además, aquellas infracciones que se derivan de la organización defectuosa de la actividad a la que se dedica la empresa”¹²⁹. Por otro lado, se tiene la función de confirmación del derecho. Esta función consiste en... “establecer mecanismos para detectar las irregularidades que se cometan dentro de la empresa, así como para reparar las infracciones que se generen e, incluso, ponerlas en conocimiento de la autoridad correspondiente”¹³⁰, teniéndose un control sobre los actos comerciales y empresariales que acarreen ciertos riesgos con trascendencia penal.

¹²⁸ MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de Prevención, detección y reacción penal*, Bdef, 2014, Madrid. p. 237.

¹²⁹ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Ob. Cit. pp. 22-23

¹³⁰ *Ibidem*. 22-23

2.2.2. La adopción del criminal compliance por las Empresas

No hay duda de que... “el Criminal Compliance constituye en la actualidad una de las mejores formas de evitar que la actividad empresarial conlleve la realización de hechos penalmente relevantes y, si estos igualmente se producen, poder detectarlos y conseguir que no vuelvan a ocurrir. Ello se debe a que la empresa se encuentra en mejor posición que el Estado para controlar y supervisar que el comportamiento de sus miembros individuales se ajuste a la normativa penal”¹³¹. Se denota entonces se les atribuye a las empresas una carga de autorregulación la cual van a tener que acatar para salvaguardar sus propios intereses, así como para cumplir con el ordenamiento jurídico vigente, en materia penal.

Desde la perspectiva que resulta más relevante para la responsabilidad penal de la empresa, el programa de cumplimiento debería... “tender a disminuir el margen de ocasiones en que la empresa es sancionada penalmente mediante la reducción correlativa de la frecuencia con que se llevan a cabo conductas delictivas en el marco de desarrollo de la actividad empresarial”¹³². Lo anterior se llevaría a cabo por medio de la conducción de las funciones de los integrantes de la empresa a través de un estricto apego a la legalidad a través de la generación de incentivos para la adopción de tal forma de comportamiento, así como mediante el establecimiento de un adecuado monitoreo de cumplimiento de éste.

De lo señalado, podemos inferir los objetivos y funciones del criminal compliance... “En primer lugar, el objetivo central es el cumplimiento de la normatividad penal del ordenamiento jurídico en el cual la empresa desarrolle sus actividades o se encuentre su estructura compleja, ya que son estos elementos los más propensos a generar infracciones a la ley penal. En segundo lugar y como consecuencia del primer objetivo, el Criminal Compliance debe ser capaz de controlar y/o disminuir los riesgos que la actividad de una determinada empresa pueda generar. Se busca reducir la infracción a la normatividad penal,

¹³¹ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Ob. Cit. p. 55.

¹³² GRUNER, *Corporate Criminal Liability and Prevention*, citado por MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Víctor. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de Prevención, detección y reacción penal*, Bdef, 2014, Madrid. p. 23

esto es, prevenir la comisión de delitos. En tercer lugar, el criminal compliance cumple una función de confirmación del derecho. Esto es así en razón de que la implementación de un criminal compliance en una empresa permite detectar e identificar las infracciones a la normatividad penal que cometan los individuos o funcionarios, proceder a sancionarlos y poner tales hechos en conocimiento de las autoridades”¹³³. Buscando siempre mediante el Criminal Compliance, la vigencia de la normativa penal.

Teniendo en consideración lo expuesto, debe quedar claro que... “los Programas de Cumplimiento Normativo, por lo general, no están solamente destinados a cumplir con la normativa penal, sino con toda la normativa que le es aplicable y que deben respetar, sea de carácter administrativo, laboral, societario o penal. El objetivo del Compliance no es evitar que las empresas sean sancionadas, o que sus funcionarios sean sancionados penalmente por cometer un delito específico, sino cumplir con toda la normatividad penal”¹³⁴. Es así que con el criminal compliance se busca asesorar a la empresa para que establezca una normativa interna que le permita cumplir con las normas jurídico penales. En tal sentido, más allá de los complejos debates doctrinarios del derecho penal económico o del derecho penal en general, en cuanto a atribución de responsabilidad, autoría y participación, configuración del tipo penal, debe establecerse un programa efectivo.

El cumplimiento normativo debe comenzar normalmente mucho antes de que pueda configurarse el tipo penal, esto es desde antes que los elementos objetivos del tipo concurren. Por ello se habla de un cumplimiento de la normatividad penal, prevenir incurrir en delitos. Esta forma de entender el cumplimiento normativo es... “especialmente útil para empresas multinacionales que actúan en varios ordenamientos. En estos casos, lo más funcional es apostar por el máximo denominador común y establecer como conductas a prevenir aquellas que estén

¹³³ CLAVIJO JAVE, Camilo. *Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano*, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, Ed. N° 73, 2014, p. 635 [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33417.pdf>

¹³⁴ NIETO, Adán. “*Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*”. En KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 27.

tipificadas en el ordenamiento más exigente”¹³⁵. Bajo dicha premisa, no solo con estas medidas de prevención cumplen con la implementación prevista por algún dispositivo legal, sino también evitan relacionarse comercialmente con empresas fachadas dedicadas al lavado de dinero.

2.2.3. Criminal Compliance de Lavado de Activos en el Perú

Existe normatividad específica que establece la adopción de Programas de Cumplimiento Normativo por parte de sujetos obligados por la norma con la finalidad de evitar incurrir en actividades que podrían ser catalogadas como de lavado de activos. Es importante tener en claro que el lavado de activos constituye un proceso que tiene por finalidad darle apariencia de legitimidad a los activos obtenidos como producto de actividades criminales. Se trata de una actividad ilícita ligada a la criminalidad organizada, lo que genera un gran impacto en la sociedad, pues abarca diferentes sectores.

Para hacerle frente a esta actividad ilícita, se promulgó el decreto legislativo 1106 -Lucha Eficaz contra el Lavado de Activos-. Esta norma tipifica diferentes delitos como los actos de conversión y transferencia (artículo 1); actos de ocultamiento y tenencia (artículo 2); actos de transporte o traslado de dinero o títulos valores (artículo 3). Asimismo, tipifica el delito de omisión de la comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (artículo 5); delito de rehusamiento, retardo o falsedad en el suministro de información (artículo 6). Finalmente, regula consecuencias accesorias para personas jurídicas (artículo 8) y el decomiso de los activos involucrados (artículo 9).

Con la finalidad de colaborar en una lucha eficaz contra el lavado de activos, el 12 de abril de 2002, se publicó la ley 27693 -Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF)¹³⁶. Esta norma establece que, para impedir o

¹³⁵ NIETO, Adán. “*Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal*”. En KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013, pp. 27-28.

¹³⁶ La Unidad de Inteligencia Financiera (UIF), entidad adscrita a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (SBS), tiene por objeto recibir, analizar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo, así como de coadyuvar a la

descubrir la realización de actos de lavado de activos, los sujetos obligados deben implementar un sistema de prevención y detección de actividades de lavado de activos en su ámbito específico de actuación.

Tal como lo establece el artículo 8 de la ley 27693, los sujetos obligados son... “entidades financieras y bancarias, entre otros sujetos del sector privado y público. La obligación de implementar el sistema de prevención y detección que la referida ley exige recae sobre el directorio de la empresa. Incluso si es que se trata de una empresa con una organización compleja, se debe nombrar a una persona, con estatus directivo, para que se encargue de la implementación, funcionamiento y mejoramiento del sistema de prevención y detección”¹³⁷. La ley califica a este directivo como... “un oficial de cumplimiento, de ahí que se pueda decir que este sistema de prevención y detección de lavado de activos constituye un programa de cumplimiento normativo sectorial”¹³⁸. Es así que, para los sectores vulnerables al lavado de activos, se da una excepción a la regla general, a saber, que las empresas adopten voluntariamente Programas de Cumplimiento Normativo.

El Estado considera que dejar a la libre decisión de los sujetos no constituye una garantía para la lucha contra el lavado de activos, es por ello que asume un rol intervencionista dejando atrás el concepto de autorregulación. En efecto, la ley 27693 establece los parámetros que deben ser incorporados en los sistemas de prevención y detección, bajo sanción en caso de incumplimiento, regulación que ante la urgencia de una eficiente prevención ha tenido como última modificación respecto a los sujetos obligados, y las condiciones de fiscalización de estos, en la

implementación por parte de los sujetos obligados del sistema para detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo.

Entre otras funciones, la UIF es la entidad encargada de comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego del análisis e investigación respectivos, se presume que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo, para que proceda de acuerdo a ley (el reporte de la UIF tiene validez probatoria al ser asumido por el fiscal como elemento sustentatorio/ probatorio para la investigación y posterior proceso penal). SERRANO ESPELTA, Pedro. *Practica de Compliance en Latinoamérica. Estado Actual de la Legislación Anticorrupción y Otras*, Autores Editores, 2015, Bogotá. p.290

¹³⁷ CLAVIJO JAVE, Camilo. *Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano*, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, Ed. N° 73, 2014, p. 635 [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33417.pdf>

¹³⁸ GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*. Ob. Cit. pp. 76-77.

RES SBS N° 486-2008 (Norma para la Prevención del Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, de aplicación general a los sujetos obligados a informar que carecen de organismos supervisores).

2.3. La Unidad de Inteligencia Financiera adscrita a la SBS como ente Fiscalizador del Criminal Compliance y su interrelación con el Oficial de Cumplimiento

Ante la capacidad de autorregulación proporcionada a los sujetos obligados, no se puede obviar la presencia de un órgano fiscalizador que verifique la vigencia, exija el cumplimiento y sancione o procure la sanción de los sujetos obligados, que desnaturalicen la autorregulación de la que son titulares.

La creación es establecimiento de la Unidad de Inteligencia Financiera en el Perú, así como la atribución de sus principales funciones, responden a la Recomendación 29 del GAFI (2012)¹³⁹, por lo que se denotaría que existe antecedente internacionales sobre la prevención del delito de lavado de activos y la necesidad de un ente fiscalizador de los actos de prevención.

La Unidad de Inteligencia Financiera del Perú es un ente de tipo administrativo, al formar parte de un organismo constitucionalmente autónomo¹⁴⁰ diferente de las autoridades policiales o judiciales. Se trata de... “la unidad especializada de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP, encargada de recibir, analizar, solicitar, tratar, evaluar y transmitir información para la detección del lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo, así como de coadyuvar a la implementación por parte de los sujetos obligados a informar del sistema para

¹³⁹ Recomendación No. 29 del GAFI (2012). Los países deben establecer una Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) que sirva como un centro nacional para la recepción y análisis de: (a) reportes de transacciones sospechosas; y (b) otra información relevante al lavado de activos, delitos determinantes asociados y el financiamiento del terrorismo, y para la comunicación de los resultados de ese análisis. La UIF debe ser capaz de obtener información adicional de los sujetos obligados, y debe tener acceso oportuno a la información financiera, administrativa y del orden público que requiera para desempeñar sus funciones apropiadamente.

¹⁴⁰ La Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) fue creada en nuestro medio como persona jurídica de derecho público con autonomía funcional, técnica y administrativa a través de la Ley N° 27693 del 12 de abril de 2002. Sus funciones principales son recibir, analizar, cruzar, tratar, evaluar y transmitir información de distinto género para la detección de actividades que tengan alguna relación directa o indirecta con el lavado de activos.

detectar operaciones sospechosas de lavado de activos y supervisarlos”¹⁴¹. Denotándose que la interrelación entre los sujetos obligados y este ente administrativo, será constante mediante la utilización de su instrumento de prevención, como el Reporte de Operaciones Sospechosas.

Entre otras funciones, la Unidad de Inteligencia Financiera es... “la entidad encargada de comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego del análisis e investigación respectivos, se presume que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo, para que proceda de acuerdo a ley (el reporte de la UIF tiene validez probatoria al ser asumido por el fiscal como elemento sustentatorio o probatorio para la investigación y posterior proceso penal)”¹⁴². Combatiéndose mediante estos reportes la impunidad que generaba no tener una adecuada regulación de prevención del delito de lavado de activos.

La información financiera que recibe la UIF proviene de "sujetos obligados a informar", que son entidades públicas, privadas e incluso personas naturales que bajo responsabilidad penal dentro del contexto de sus obligaciones funcionales o profesionales (oficial de cumplimiento), están obligados a comunicar a las autoridades competentes cualquier transacción u operación financiera de distinto género que hubieren detectado y las consideren sospechosas, de acuerdo a cada uno de los parámetros que competen a los sujetos obligados.

No hacerlo como lo exige la ley administrativa de la materia implica la comisión de un grave delito que tiene una pena máxima de hasta ocho años de prisión, sin perjuicio de otras graves responsabilidades.

El tema más importante es que la información financiera que proporciona la UIF y que es alimentada en forma permanente por los sujetos obligados, no solo resulta una información clave para conocer las actividades financieras y el perfil

¹⁴¹ ARBULÚ RAMÍREZ, José Antonio. *Derecho Administrativo Sancionador en la Prevención del Lavado de Activos*. Ob. Cit. pp. 47-48.

¹⁴² SERRANO ESPELTA, Pedro. *Practica de Compliance en Latinoamérica. Estado Actual de la Legislación Anticorrupción y Otras*, Autores Editores, 2015, Bogotá. p.290

económico de cualquier persona, sino que es un documento que tiene un valor estratégico para detectar operaciones sospechosas o inusuales, con mayor razón cuando no existe una justificación razonable y aparente que pueda demostrar los procedimientos ejecutados y lícitos que ha usado una persona para incrementar su patrimonio.

Lo problemático de la información que desarrolla la UIF es que... “en una gran mayoría de veces se interpreta como prueba demostrable de los delitos de lavado de activos, enriquecimiento ilícito y corrupción funcional, en particular cuando median sectores políticos interesados en mediatizar los datos e incluso por algunos sectores del Estado como parte de una campaña política y periodística muy bien montada”¹⁴³. La información financiera debería ser reservada y solo utilizada como un componente más para orientar una investigación determinada, pero no puede ser usada como prueba plena para denunciar, cuestionar o acusar a una persona, en tanto que los datos financieros y contables que contiene requieren ser necesariamente confrontados con otro tipo de información de la misma índole.

Al determinarse el rol de prevención del delito de lavado de activos, como se recae esa carga legal en la Unidad de Inteligencia Financiera, al ser el ente fiscalizador, sino también recae en los sujetos obligados, los cuales deben mantener interrelación constante con la Unidad de Inteligencia de Financiera. Los sujetos obligados; y su participación en... “la prevención del lavado de activos se debe al contacto que estos tienen con las actividades de lavado de activos ocultas bajo las transacciones que realizan sus clientes y al mantenimiento de información sustancial sobre las mismas, su labor es medular en la prevención del referido ilícito”¹⁴⁴. La calidad del sujeto obligado la establece la ley y puede recaer tanto en personas naturales como jurídicas que desarrollan una actividad económica determinada, y están llamadas a cumplir ciertas obligaciones para prevenir y controlar su uso ilegítimo relacionado con el lavado de activos.

¹⁴³ LAMAS PUCCIO, Luis. *El Rol de la Unidad de Inteligencia Financiera*. [ubicado el 08.XI 2015] obtenido en <http://laley.pe/not/2376/el-rol-de-la-unidad-de-inteligencia-financiera>

¹⁴⁴ PEREZ LAMELA, Héctor. *Lavado de Dinero: Doctrina y Práctica sobre la Prevención e investigación de operaciones sospechosas*, Lexis Nexis, 2006, Buenos Aires. p. 22

CAPÍTULO 3:
LA APLICACIÓN DE LA ATENUACIÓN FACULTATIVA DE PENA DEL ART.
13.2 DEL CÓDIGO PENAL A LA RESPONSABILIDAD PENAL POR LAVADO
DE ACTIVOS DEL COMPLIANCE OFFICER

En este último capítulo de la presente investigación se ahondará en la resolución del problema que dio motivo a la misma, donde precedentemente se ha trabajado en el capítulo primero-que aborda un tema de derecho penal parte general-, todo lo concerniente a la identificación de los delitos de omisión impropia, específicamente a los casos especiales de comisión por omisión, donde se ha asumido postura en cuanto a que estos delitos de comisión por omisión, por su propia naturaleza, para una mayor individualización de la responsabilidad penal, es necesario analizarlos desde la perspectiva desde la Teoría del Dominio Funcional del Hecho.

En el segundo capítulo-que aborda un tema de derecho penal parte especial-, anterior al presente, es que se ha desarrollado la naturaleza del delito de lavado de activos en el Perú en cuanto a su naturaleza, autonomía y modos de comisión, así como, la prevención de este delito mediante Programas de Cumplimiento o *Criminal Compliance*, el rol del Oficial de Cumplimiento, como el obligado a dar cumplimiento a estos programas de prevención del delito de lavado de activos, así como su deber de fidelidad y diligencia a la Unidad de Inteligencia Financiera-adscriba a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP- a fin de emitir reportes de operaciones sospechosas de las empresas para las cuales diligencian estos

programas de cumplimiento, en cuanto realicen actividades comerciales con terceros presumiblemente con fondos económicos no revestidos de licitud.

Habiendo realizado una síntesis, de lo ya desarrollado en los dos apartados anteriores, es que se da a conocer al lector que en el presente capítulo se abordará lo concerniente a la responsabilidad penal del oficial de cumplimiento en caso de imputársele y encontrársele responsable de la comisión por omisión del delito de lavado de activos, como se podría individualizar y determinar la pena a imponérsele, determinándose primigeniamente si es que cuenta con una posición de garante que sustente la comisión por omisión de dicho delito y de ostentarla saber si esta le es inherente originariamente o es delegada por un tercero a quien la posición de garante obliga.

A fin de determinar si el Compliance Officer u Oficial de Cumplimiento, puede responder penalmente por el delito de Lavado, es necesario responder a las interrogantes ¿Es del Oficial de Cumplimiento la obligación de detectar y prevenir la comisión del lavado de activos? ¿Este es titular originario de la posición de garante que infringida por omisión consuma el delito de lavado de activos de un tercero? Se precisa que originariamente, que los deberes de implementación de programa de prevención del delito de lavado de activos, por mandato legal, recaen en los titulares y directores de las empresas que se encuentran en el marco legal de sujetos obligados, no obstante con ello no se justifica una falta de responsabilidad por parte del oficial del cumplimiento, puesto que mediante la Delegación es que estos titulares de la Posición de Garante, se la transmiten a los Oficiales de Cumplimiento, respondiendo los mismos por dicha delegación bajo el título de autores por omisión, tan igual hubiese sido omitido por el Garante Originario.

3.1. La atenuación de la pena: circunstancias determinantes para la aplicación proporcional de la pena

Como primer tópico de este último capítulo, se desarrollará lo concerniente a la adecuada y razonable determinación de la pena, atendiendo a circunstancias

agravantes y atenuantes, que gradúen la misma. Asimismo, específicamente se desarrollará la medida necesaria para la adopción de la atenuación facultativa prevista en el art. 13.2° del Código Penal.

Las consecuencias de la comisión de un delito, es la consecuente persecución penal del hecho delictivo por parte del Estado, mediante sus distintos órganos autónomos como la Policía Nacional del Perú, el Ministerio Público, el Poder Judicial, entre otros, hasta reprimir la conducta delictiva, con una sanción justa y acorde al hecho delictivo consumado. Es precisamente el Poder Judicial, el órgano estatal exclusivo, para impartir justicia mediante la imposición de sanciones penales ante un hecho delictivo probado, esta sanción penal, es identificable dentro del sistema penal contemporáneo como pena, la cual puede manifestarse de distintos modos.

Se puede definir a la pena, como aquella sanción impuesta por el estado a una persona, que ha infringido las normas de conducta socialmente permitidas, afectando bienes jurídicos de naturaleza individual o colectiva, esta sanción impuesta por el estado, mediante un órgano especializado en impartir justicia, implica una represión y limitación de derechos sobre quien recae, y es considerada esta represión solo en cuanto se haya comprobado su responsabilidad en la afectación de bienes jurídicos protegidos.

El fin de la pena es, de acuerdo con esto... "la prevención, dirigida al autor individual (especial). Por ello, según esta opinión se habla de "prevención especial" como el fin de la pena. A diferencia de la concepción de la pena retributiva "absoluta", la teoría de la prevención especial es una teoría "relativa", porque está referida a la finalidad de la evitación del delito"¹⁴⁵. Y para redundar en la complejidad de la determinación judicial de la pena, el órgano jurisdiccional deberá atender, como señala PRADO SALDARRIAGA, a la... "función preventiva de la pena y a las exigencias de los principios de legalidad, lesividad, culpabilidad

¹⁴⁵ ROXIN, Claus; BELOFF, Mary; MAGARIÑOS, Mario; ZIFFER, Patricia; BERTONI, Eduardo, RIOS, Ramón. *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, 1993, Buenos Aires. p. 20.

y proporcionalidad”¹⁴⁶. Puede denotarse una prevención especial de control social para la erradicación de actividades delictivas y conductas contrarias al ordenamiento jurídico, que a criterio del autor es abarcable a las realidades de los distintos sistemas jurídicos, dentro de su ámbito penal y de prevención de delitos, y todo ello en la medida que la teoría de la prevención especial sigue el principio de la resocialización, que entre sus sostenedores, hoy se encuentra en el primer plano, sus ventajas teóricas y prácticas son evidentes. En tanto se obliga exclusivamente a la protección del individuo y de la sociedad, se adapta excelentemente a la misión del derecho penal, ayuda igualmente al autor, es decir, no lo rechaza ni lo marca al exilio absoluto, sino que quiere integrarlo, y de este modo, se adapta mejor que cualquier otra teoría a las exigencias del principio del estado social al fomentar un entrenamiento social y un programa de ejecución que se apoya en un tratamiento de ayuda y posibilita reformas constructivas.

En razón, de haber ya esgrimido fundamentos generales respecto a la pena, es imperioso, también abordar, como es que, se aplica esta medida de represión social en el ordenamiento jurídico peruano y para ello es necesario afirmar que la individualización judicial de la pena... “constituye un ámbito especialmente complejo y problemático del quehacer judicial, principalmente porque el legislador no provee de reglas específicas susceptibles de ser utilizadas por el juez de forma unívoca en la elección de la respuesta punitiva adecuada al delito y a su autor, sino que, más bien este se encuentra enfrentado a un sinnúmero de problemas, que requieren de la resolución previa de otro sinnúmero de problemas (así la interpretación de los criterios legales de medición), que dependen, unos y otros, en buena medida de su particular visión del sistema penal (de, por ejemplo, la finalidad que se considere cabe atribuir al Derecho penal y a la pena)”¹⁴⁷. En consecuencia, nunca es claro cuál es la cuantía de pena que debe corresponder al delito cometido ni tampoco cual es la cantidad de pena adecuada a su autor.

¹⁴⁶ PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, 2000, Lima. p. 100.

¹⁴⁷ BESIO HERNANDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant to Blanch, 2011, Valencia. p.23

Como se puede ver, la fase de concreción o individualización de la pena no se abandona al libre arbitrio judicial, pues dicha tarea debe respetar los límites legales previamente establecidos (mínimos y máximos de la pena básica, y las circunstancias modificativas), así como valorar en el caso concreto los factores propuestos por el legislador para la dosificación de la pena (naturaleza de la acción, medios empleados, importancia de los deberes infringidos, extensión de los daños, etc.).

Es de notarse, que la individualización judicial de la pena, al no tener un procedimiento determinado para individualizar en su fase de concreción, generaba incertidumbre jurídica en base a la aplicación de distintas penas casos de similar naturaleza, hecho que se zanjó con lo previsto en el Artículo 2 de la Ley N° 30076 “LEY QUE MODIFICA EL CÓDIGO PENAL, CON LA FINALIDAD DE COMBATIR LA INSEGURIDAD CIUDADANA”, publicada el 19 agosto 2013, por la cual se incluye al Código Penal Peruano el Art. 45-A, por el cual se establece el sistema de tercios como el correspondiente para identificar la pena concreta. El flamante artículo 45-A del Código Penal introduce, como ya se había adelantado, un nuevo sistema de individualización de la pena.

Etapas operativas de la determinación judicial de la pena

Al ser la determinación judicial de la pena un procedimiento, ella se desarrolla a través de una secuencia de etapas y acto que debe cumplir el órgano jurisdiccional hasta llegar a un resultado punitivo. Como señala BESIO HERNÁNDEZ, dicho procedimiento... “se lleva a cabo a través de varios niveles o pasos sucesivos y concatenados los unos a los otros”¹⁴⁸. Tradicionalmente se han señalado en... “la determinación judicial de la pena dos etapas operativas; la identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta. Cada una de ellas tiene una finalidad y dinámica distinta a la vez que responden a la orientación político-criminal de dos principios rectores: el principio de legalidad que controla el ejercicio de la primera etapa (El juez solo puede aplicar la pena en

¹⁴⁸ BESIO HERNANDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant to Blanch, 2011, Valencia. p.23

la forma y magnitud que le autoriza la ley) y el principio de pena justa que limita el resultado de la segunda (el juez solo puede imponer la pena que corresponde a las circunstancias concurrentes en el caso)”¹⁴⁹. Respecto a lo señalado el autor difiere en cuanto, encuentra una contradicción en lo señalado por el profesor PRADO SALDARRIAGA, en cuanto este señala que la primera etapa implica el apego ineludible al principio de legalidad, sin embargo, él se aparta de lo previsto por el artículo 45°-A del código penal peruano, sobre la determinación de sistemas de tercios, incluso incluyendo a las circunstancias dentro del segundo sistema de concreción de la pena.

Identificamos que acorde a lo previsto en el art. 45°-A del código penal peruano, hay tres momentos esenciales dentro de este proceso de determinación judicial de la pena, estos tres momentos esenciales están desarrollados de modo esquemático como:

- a) La identificación de la pena básica
- b) La búsqueda o individualización de la pena concreta y,
- c) El punto intermedio de ambos y se correlaciona con ellos, que es la verificación de la presencia de circunstancias que concurren en el caso.

Respecto al primer punto, es la sujeción taxativa del análisis a un tipo penal existente y vigente al momento de la comisión del delito, respecto a la segunda etapa, es la que hace referencia al juicio de subsunción del hecho delictivo al tipo penal y la correspondiente división de la pena conminada en tres partes, para el análisis de circunstancia que permitan individualizar la pena concreta.

Es respecto a la tercera etapa que a fin de la presente investigación merece mayor detenimiento y estudio, las circunstancias, y en cuanto a ella una de las definiciones más claras e ideográficas es la aportada por ANTOLISEI, quien señalaba que... “circunstancia del delito (de circum staf) es, en general, aquello que está en torno al delito, implicando por su misma índole la idea de accesoriedad, presupone necesariamente lo principal, que está constituido por un

¹⁴⁹ PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, VAN WEEZEL, Alex y COUSO, Jaime. *Determinación Judicial de la Pena*, Instituto Palestra, 2015, Lima. p. 49.

delito perfecto en su estructura”¹⁵⁰. Ellas adoptan la forma de factores o indicadores de carácter objetivo o subjetivo que ayudan a la medición de la intensidad de un delito. Es decir, posibilitan cuantificar la mayor o menor desvaloración de la conducta ilícita (antijuricidad del hecho); o el mayor o menor grado de reproche que cabe formular al autor de dicha conducta (culpabilidad del agente)

Se podría concluir señalando que las circunstancias pueden ser atenuantes o agravantes, en cuanto a la conducta desplegada o no desplegada como en los casos de omisión, y estas siendo determinantes a fin de obtener la pena concreta a imponérsele a quien se le ha encontrado responsable por la comisión de un delito. Asimismo, cabe precisar, que conforme a dichas circunstancias si solo se identifican circunstancias atenuantes, el agente será pasible de una pena dentro del primer tercio o tercio inferior de la pena, si concurren solo circunstancias agravantes, la pena pasible a imponerse será dentro de los parámetros del tercer tercio o tercio superior; sin embargo, para identificar el tercio segundo o tercio medio, es necesaria la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes al mismo tiempo, y a esta figura se le ha denominado dentro del ámbito de la determinación judicial de la pena, como concurrencia de circunstancias.

3.2. La naturaleza de Especialización del Oficial de Cumplimiento en la Prevención del Delito de Lavado de Activos: La Posición de Garante infringida

Conociendo que la labor empresarial se encuentra sujeta a mandato de Ley, en cuanto a la implementación de un Criminal Compliance, que será adecuado, suficiente y eficiente para identificar tal como lo prevé el art. 5° el D.L. 1106¹⁵¹, operaciones sospechosas en las actividades comerciales en las que la empresa interactúe con otros sujetos comerciales. Esta labor de implementación requiere además de una constante fiscalización, que estará a cargo de un Oficial de Cumplimiento o también llamado *Compliance Officer*, quien ejercerá funciones

¹⁵⁰ ANTOLISEI, Francisco. *Manual de Derecho Penal. Parte General, Uteha*, 1960, Buenos Aires. p. 319

¹⁵¹ Decreto Legislativo N° 1106, art. 5°

con real independencia y autonomía respecto a los órganos de dirección de la empresa, teniendo como obligaciones las previstas en la Ley N° 27693 (Ley de Creación de la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú) y Ley N° 29038 (Ley que incorpora a la Unidad de Inteligencia Financiera a la SBS)¹⁵². Es el funcionario de nivel gerencial encargado de vigilar el cumplimiento de los programas y procedimientos internos, incluidos el mantenimiento de registros adecuados y la comunicación de transacciones sospechosas (Reglamento Modelo sobre el Delito de Lavado de Activos relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y otros Delitos Graves). El Oficial de Cumplimiento... “es la persona que verifica la existencia, suficiencia y eficacia de los mecanismos diseñados para prevenir el lavado de dinero”¹⁵³. Denotándose de lo señalado el rol necesario del oficial de cumplimiento.

Pero cabe preguntarse si ¿dicho rol le es propio y obligatorio por su propia función constituyendo una posición de garante originaria? Y además si ¿dicho rol le es inherente por ley, por contrato, injerencia o asunción del hecho? Pues corresponde responder a dichas interrogantes a fin de poder desarrollar de modo eficiente si es que le es aplicable al Oficial de Cumplimiento la atenuación facultativa del art. 13.2 del código penal y determinar en caso de responsabilizarse penalmente por lavado de activos al mismo respondería a título de autor o partícipe.

Respecto a la primera interrogante sobre si el rol de oficial de cumplimiento le es propio y obligatorio por su propia función constituyendo una posición de garante

¹⁵² Dentro de las funciones del Oficial de Cumplimiento encontramos a:

- Vigilar el cumplimiento Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo-SPLAFT, verificando la aplicación de las políticas y procedimiento implementados para el conocimiento del cliente y el trabajador.
- Analizar las operaciones inusuales detectadas, con la finalidad de determinar las operaciones que podrían ser calificadas como sospechosas, llevando control de ellas.
- Proponer señales de alerta a ser incorporadas en el Manual de Prevención.
- Adoptar las acciones necesarias que aseguren su capacitación, la de la persona y del Sujeto Obligado.
- Ser el interlocutor ante la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú.
- Emitir informes anuales y custodiar los registros y demás documentos.
- Contar con un registro de operaciones y custodiarlo por el plazo establecido

¹⁵³ CALDERON, Edwin. Métodos de Control del Delito en el Sistema Financiero, En: Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El Sistema Legal y su Impacto Socio Económico, primera edición, 2000, Lima.

originaria, la respuesta ante la misma es que el deber de garante del rol del oficial de cumplimiento, sobre la vigilancia y detección de los riesgos penales, especialmente de lavado de activos, recae originariamente en el Titular o Directores de la Empresa, que tiene la condición de Sujetos Obligados, y es precisamente esta sujeción legal, la que obliga a los altos funcionarios de dirección, en aras de un Buen Gobierno Corporativo Empresarial, a implementar un Compliance Program o Programa de Cumplimiento, el cual trae consigo la inserción en el ámbito empresarial de un oficial de cumplimiento. Por ello es que... “La posición jurídica del Compliance Officer se deriva de la posición originaria del empresario como garante de evitar hechos ilícitos en su ámbito de organización. Así, la posición de garante del Compliance Officer no es originaria, sino derivada de la delegación de funciones que realiza el empresario”¹⁵⁴, ante ello “resulta controvertido en la doctrina cual es la fuente de la posición de garante del empresario: las tesis recorren un abanico de alternativas que incluyen desde la exigencia de un régimen extrapenal que fija dicha posición hasta la apelación a principios generales de imputación. De lo que no cabe duda alguna es de que sin esa posición de garante originaria del empresario el Compliance Officer no puede adquirir tal status”¹⁵⁵. Denotándose con ello que la posición de garante originaria puede derivar de una autorregulación o una exigencia extrapenal o penal-siendo estas dos últimas las que dotan de mayor observancia en el cumplimiento estricto de las obligaciones del empresario.-

Es con la inclusión del Oficial de Cumplimiento dentro de la estructura empresarial, que el titular o director empresarial delega dichas obligaciones [posición de garante] al Oficial de Cumplimiento. Es el caso de que... “se ha discutido en Alemania la cuestión de si el Compliance Officer puede ser considerado garante de los daños derivados de la actividad empresarial que caen en su ámbito de control: en general su responsabilidad se derivará de la omisión negligente en el control de la actividad de los empleados y de los procesos de la empresa”¹⁵⁶, pero más allá de un actuar negligente en el control de los

¹⁵⁴ KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, MARCIAL PONS, Octubre-2013, Madrid. p. 178.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p.180.

empleados y los procesos se determina, al ser un agente especializado su responsabilidad se subsume a una omisión sujeta a la no evitación del resultado, siendo “el punto de partida para considerar la existencia de dicha posición de garante, tal como se indicó supra, el hecho de que titulares indiscutidos de dicha posición son los miembros de la dirección de la entidad, ya que son ellos quienes deciden acerca del dominio de una fuente de peligro: la delegación de las funciones de control y vigilancia de un área de competencia de la dirección una vez que tiene lugar la asunción de dichas funciones, supone también la delegación de la posición de garante a la persona encargada”¹⁵⁷. Ante ello se colige que... “la delegación no extingue totalmente la posición de garante, sino que, en verdad, la transforma. En efecto, el garante primario seguirá siendo en todo caso el garante mediato, en cuyo deber de vigilancia consiste en la observación del cumplimiento del sustituto. Este, por su parte tendrá la plena responsabilidad del garante desde la aceptación de su posición hasta el momento de devolverla al garante primario”¹⁵⁸. En relación con esta cuestión... “los programas de cumplimiento (en el marco de la legislación vigente) deben establecer las competencias y funciones de la dirección y del Compliance Officer, de forma tal que se determinen cuáles son las expectativas normativas de cada uno respecto del otro, los deberes y facultades de cada uno de los roles instituidos en la empresa, así como las instancia de control interno y externo, de forma tal que la delegación de competencias y funciones se realice conforme a la legislación marco. De ello se deriva que también en este sentido la infracción del deber quedará codefinida por las normas auto regulatorias de la empresa, al establecer un sistema formal de división de funciones que deberá ser tenido en cuenta en el momento de imputar responsabilidad penal”¹⁵⁹ Quedando sentada para los fines de la presente investigación que se reconoce a la delegación de responsabilidad a la que dota de posición de garante al oficial de cumplimiento en los ilícitos cometidos por los empleados en los procesos de la empresa, tal como puede ser el delito de lavado de activos.

¹⁵⁷ KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; y ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, MARCIAL PONS, Octubre-2013, Madrid. p. 180.

¹⁵⁸ *Ibidem*, pp. 187-188

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 188

3.3. Criterios a tomar en cuenta para la aplicación de la atenuación Facultativa del art. 13.2 del Código Penal al Oficial de Cumplimiento por la comisión del delito de lavado de activos

En la presente investigación se formuló el problema de los criterios necesarios para la aplicación de la atenuación facultativa de la pena, y por dicha razón se intentará absolver las siguientes preguntas: ¿Por qué no se ha previsto los límites a atenuación por parte del legislador y el juzgador de modo uniforme respecto a la comisión por omisión? ¿Qué circunstancias deben acaecer para que el omiso-Oficial de Cumplimiento- sea beneficiado con esta atenuación?

Ante hechos de omisión del propio Oficial de Cumplimiento nos planteamos la interrogante ¿Bajo qué título del dominio del hecho se encuentra la responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento cuando ejerce sus funciones en la detección de operaciones inusuales o sospechosas y prevenga la comisión actos de conversión, transferencia, adquisición y recepción de activos ilícitos?

Pues la Teoría del Injusto Penal, nos pone como primer elemento a la acción, dentro del cual se puede identificar un hacer o dejar de hacer-omisión-; siendo claro que la omisión es el supuesto en el que se ajustaría la conducta con relevancia penal del Oficial de Cumplimiento, y específicamente nos ubicaríamos en la figura de la omisión impropia, la cual describe que...”*La responsabilidad penal se extiende así a aquellas hipótesis en que la lesión del bien jurídico se materializa mediante una omisión, siempre y cuando el agente haya tenido una posición de garante, fundada en la Ley, en un Contrato o en la conducta anterior a la producción de resultado (“hacer precedente”, “injerencia”)*”¹⁶⁰. Denotándose que el supuesto al que se ajustaría el actuar del Oficial de Cumplimiento se deriva de la obligación legal proveniente de un Contrato y de la propia Ley-D.L. 1106 (que obliga a los sujetos obligados a implementar programas de cumplimiento a modo de prevención), denotándose que dicha obligación es originariamente del empresario titular o de los directores de la empresa, siendo imputable al oficial de

¹⁶⁰ JAEN VALLEJO, Manuel y REYNA ALFARO, Luis. *Sistemas Penal Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profeso Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, ARA Editores, Perú, 2003. p. 381

cumplimiento por la delegación desplegada al asumir las obligaciones de detección y prevención del delito de lavado de activos.

Al notarse que el art. 13.2 del Código Penal, asume una atenuación facultativa a favor del Oficial, es que en el presente estudio se considera que para que esta pueda ser aplicada es de estricto cumplimiento la concurrencia de tres criterios, a parecer del autor, esencial para dicho fin y estos son:

3.3.1. La Responsabilidad Penal a título de autor en el Lavado de Activos

A efectos de contextualizar a la realidad los criterios dogmáticos penales generales y especiales ya desarrollados, es necesario precisar que al no existir una regulación omisiva expresa del delito de lavado de activos, esta tendría que ser vista desde la óptica de la omisión impropia, y respecto al Compliance Officer u Oficial de Cumplimiento, la conducta imputable es de comisión por omisión, lo cual hace notar que este obligatoriamente tiene una posición de garante, que lo obliga a controlar las fuentes de riesgo o peligro, respecto a la comisión específica del delito de lavado de activos, pues... “la comisión por omisión es una figura penal que permite imputar responsabilidad penal a la persona que, teniendo una posición de garante, realiza un comportamiento que implica la ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos y produce su lesión. La posición de garante se determina a partir de los deberes que asume la persona al momento de incorporarse a una posición de dominio sobre la vulnerabilidad de determinado bien jurídico”¹⁶¹. Pero la interrogante que nos planteamos y en las líneas siguientes se responderá, es ¿a título de autor o partícipe, es que se le debe responsabilizar al oficial de cumplimiento por el delito de lavado de activos? Aclarando que esta imputación es distinta a la que se le pueda realizar por la omisión dolosa o imprudente de operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera.

¹⁶¹ RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio. Comisión por Omisión: Otro supuesto de responsabilidad de altos mandos militares. [ubicado el 08.VI 2017] obtenido en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/comision-por-omision-otro-supuesto-de-responsabilidad-de-altos-mandos-militares/>

El D.L. 1106, vigente en nuestro ordenamiento jurídico desde el año 2012, regula dentro de los tipos comisivos del delito de lavado de activos, algunos que por el que hacer funcional errado del oficial de cumplimiento, que acarrea una omisión propia de reportar la operación sospechosa por culpa¹⁶², puede alcanzarle extensión punitiva a este también por el delito de lavado de activos por omisión impropia, y dichos tipos penales son los de conversión, transferencia, adquisición y recepción (tipificados en los art. 1 y 2), siendo los dos primeros tipos penales imputados en autoría a quien ostenta la calidad de propietario de las ganancias derivada de hechos ilícitos, pero los dos últimos, en autoría recaen sobre los funcionarios de la empresa, que el oficial de cumplimiento, vigila, fiscaliza y debiera detectar operaciones sospechosas, y que atendiendo a la reciente implementación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, también recae en autoría sobre el propio ente jurídico colectivo.

Por lo que al verificar si esta extensión punitiva, alcanza al oficial de cumplimiento, ¿Esta también es a título de autor? La respuesta, a parecer del autor es afirmativa, pues dicha imputación, recae en el dominio funcional conjunto del hecho por parte del oficial de cumplimiento quien tiene un dominio funcional potencial del hecho junto al que comete el delito de forma activa quien tiene el dominio funcional real del hecho, al ostentar la posición de garante, lo cual a pesar de que el oficial de cumplimiento no quiera ni tenga un interés directo en la comisión del ilícito, su deber de prevención puede ser deficiente, y su deber de detección y prevención de riesgos penales de lavado de activos, puede soslayarse por los artificios legales y empresariales que usa el autor directo de dicho delito, que dificultan en demasía la identificación de siquiera operaciones inusuales que generen operaciones sospechosas.

Es así que a modo de no generar impunidad, le alcanza la imputación al oficial de cumplimiento bajo el título de autor, pues como se ha señalado, las funciones delegadas del oficial de cumplimiento consistentes en la supervisión o en la detección de riesgos penales de lavado de activos constituyen funciones de garantía; por lo tanto su incumplimiento tiene un significado contributivo de

¹⁶² Circunstancia prevista en el art. 5 del D.L. 1106

dominio del hecho al delito de otro, que para que sea penado requiere su carácter previo a la consumación de tal delito¹⁶³ y la conciencia de tal contribución. Por lo que bajo el criterio planteado, ante la omisión previa de informar, por no ser una operación inusual o sospechosa fácil de advertir en certeza su origen, configuraría una omisión igualmente dolosa, por haber sido motivada la omisión de informar la detección de un riesgo penal en una decisión personal del oficial de cumplimiento, a la postre hubiese evitado la celebración de transacciones comerciales que consumen actos de conversión, transferencia, adquisición y recepción, propios del lavado de activos.

3.3.2. La no evitación del resultado del delito de lavado de activos por parte del Oficial de Cumplimiento como garante

Al determinar que existe la omisión impropia en el actuar del Oficial de Cumplimiento es importante en un criterio de especificidad señalar que esta actuación por omisión impropia puede ajustarse al supuesto de la comisión por omisión, y esto debido a que como señala MEINI MENDEZ... “esta idea se desprende ya del mismo texto legal, y trae aparejado el reconocimiento de una tercera modalidad de comportamientos omisivos que en nuestro ordenamiento jurídico sería típica gracias al art. 13 CP. Se trataría de aquellos comportamientos omisivos que merecen una (des)valoración menor que la comisión por omisión (o lo que es lo mismo, que la realización activa del delito) pero una mayor que las omisiones puras (o de mera actividad)”¹⁶⁴. Meini señala un tercer tipo de omisión, que se identifica como la no evitación del riesgo por parte del garante, que a su criterio, tiene una mayor desvaloración que la mera comisión por omisión, y que legalmente se encuentra tipificado en el art. 13.2 del Código Penal, no obstante ello a criterio de la presente investigación atendiendo a la doctrina mayoritaria, este tipo de desvaloración que tiene un criterio de correspondencia y no igualdad entre el hecho omisivo y comisivo, debe ser estudiado desde la óptica de la

¹⁶³ DOPICO GÓMEZ – ALLER, la mera omisión de denuncia de delitos consumados es atípica (DOPICO GÓMEZ – ALLER, J., Posición de garante del compliance officer por infracción del ‘deber de control’”, en AA. VV., Dir. ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, El Derecho Penal Económico en la era compliance, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 180).

¹⁶⁴ JAEN VALLEJO, Manuel y REYNA ALFARO, Luis. *Sistemas Penal Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profeso Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, ARA Editores, Perú, 2003. p. 333.

omisión impropia, por lo que debe considerarse como un subtipo o modalidad de comisión por omisión, por coincidir con la posición de garante propia de la comisión por omisión, y porque en el sistema jurídico penal, son ampliamente reconocidas dos tipos de omisión que son la propia y la impropia, no reconociendo un tercer tipo al amparo de la legalidad.

Al realizar un juicio de subsunción del actuar del Oficial de Cumplimiento con los modos comisivos del lavado de activos, respecto a la conducta que se le puede atribuir es claro que nos ubicamos en el art 13.2° del CP¹⁶⁵, pero al encontrarse su actuar sujeto aparentemente a una comisión por omisión es necesario señalar que este supuesto considera una atenuación facultativa para el omiso, es decir deja abierta la posibilidad de que la responsabilidad de quien comete el delito en comisión por omisión pueda ser sujeto a una atenuación en la pena, hecho que quedará a consideración del juzgador, atendiendo que en el Perú no se ha desarrollado criterio alguno que delimite cuales son los alcances que debe tener en consideración el juzgador esto se presenta como un inconveniente en cuanto afectaría la aplicación correcta de la norma a favor del Oficial de Cumplimiento, no obstante ello no a todo tipo de comisión por omisión es aplicable este tipo de atenuación.

Atendiendo a ello se ha manifestado inicialmente que la conducta del oficial de cumplimiento es subsumible al de una comisión por omisión, pero ello en cuanto se relacione con la no evitación del resultado del delito de lavado de activos por parte del oficial de cumplimiento, que es una imputación distinta a las omisiones propias previstas en el art. 5 del D.L. 1106, ante dicha subsunción del hecho al tipo, es que de encontrársele responsable, la imputación de comisión por omisión, implica la identificación de una posición de garante, y dicha posición de garante, se deriva de la vinculación legal y contractual, que tiene el oficial de cumplimiento, tanto con la Unidad de Inteligencia Financiera, como con la empresa para la cual implementa su programa de cumplimiento y vigila la detección de riesgos.

¹⁶⁵ Código Penal. Art. 13.2°. - *Si la omisión corresponde a la realización del tipo penal mediante un hacer. La pena del omiso podrá ser atenuada.*

Es de suma importancia, a efectos de la presente investigación, señalar que no a todos los supuestos de comisión por omisión, debe aplicarse la atenuación facultativa del omiso del artículo 13 del Código Penal, sino que... “El fundamento de este postulado es la facultad que tiene el Juez de reducir la pena cuando aplica el art. 13 CP. En la medida en que es ésta una posibilidad y no una obligación, debe de existir una razón que justifique cuándo y por qué el Juez puede hacer uso de tal prerrogativa. Entiendo que si reduce la pena es (o mejor dicho, debería ser) porque el comportamiento omisivo que sanciona, según la valoración que lleva a cabo el Derecho penal, no es idéntico al comportamiento activo que se describe en el tipo de la parte especial que se imputa, sino que merece una reprobación menor. Por el contrario, si el Juez no reduce la pena, sino que la impone tal cual se encuentra prevista en el tipo de la parte especial, es (o mejor dicho, debería ser) porque entre el comportamiento omisivo que sanciona y el comportamiento activo que se describe en el tipo de la parte especial hay una plena y absoluta identidad desde el punto de vista de la valoración que hace el Derecho penal”¹⁶⁶, denotándose de dicha afirmación que ante la igualdad o equivalencia entre el hecho comisivo y omisivo, no corresponde la aplicación de la atenuación facultativa de la pena, por considerarse un reproche igual en ambos supuestos.

Quedando sentado que ante la igualdad y equivalencia en los supuestos comisivos y omisivos no es posible aplicar la atenuación del art. 13 del CP, solo la aplicación de la atenuación en el supuesto de correspondencia, propio de la no evitación del resultado del delito de lavado de activos por parte del oficial de cumplimiento, y para dicho fin... “suele argumentarse en derecho comparado, con arreglo a diferentes razones. Se dice, por ejemplo, que la no evitación de la lesión del bien jurídico sería menos grave que su producción a través de un comportamiento activo; que la energía delictiva o criminal (*verbrecherische Energie*, *Kriminelle Energie*) en las omisiones puede ser inferior que en los comportamientos activos (mientras que en la comisión la voluntad se dirige a la consecución del resultado, en la omisión se deja que éste devenga); que la

¹⁶⁶ MEINI MENDEZ, Iván. *La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP*, obtenido el [15.XI.2017] en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_17.pdf

culpabilidad del sujeto en la omisión puede ser menor a la que presenta cuando delinque activamente, pues, por ejemplo, la lesión de un deber de actuar no es por lo general tan grave como la lesión de una prohibición de actuar. Para algunos casos excepcionales, se dice, sería la antijuridicidad en la omisión la que podría tener una intensidad menor a la de los delitos realizados a través de comportamientos activos. Como muestra, la doctrina alemana ofrece el ejemplo del esposo que mata a su cónyuge sumergiéndola en agua, comportamiento (acción) cuyo injusto, sostiene, es mayor que si simplemente no la rescata. Se argumenta también que la reducción de la pena en los casos de comisión por omisión encuentra un ámbito de aplicación en los delitos de omisión en virtud de responsabilidad institucional, aunque esto conllevaría a aceptar que tal reducción sería no sólo aplicable a los delitos de omisión con deberes en virtud de responsabilidad institucional, sino también a los delitos de infracción de un deber en caso de comisión”¹⁶⁷. Notándose el reproche al hecho omisivo inferior al del hecho activo, aunándose a dichos criterios, la circunstancia que la actuación del oficial de cumplimiento en la detección y prevención de riesgos implica la interrelación con potenciales agentes delictivos del delito de lavado de activos que no estén en registros de personas que se dediquen a dichas actividades ilícitas y que tengan fortunas revestidas de legalidad, que impiden siquiera detectar una operación inusual o sospechosa.

3.3.3. Proporcionalidad en la fijación de la atenuación facultativa de la Pena

En razón de haberse determinado el tópico de la presente investigación, en cuanto a la imputación de responsabilidad penal por lavado de activos en comisión por omisión, es necesario, precisar que el art. 13.2 del Código Penal, contempla una atenuación facultativa de la pena, distinta a las atenuantes que cuestionan la antijuridicidad o la culpabilidad en el hecho delictivo, en casos de comisión por omisión. Con todo... “la aceptación de una de estas ideas que intentan explicar por qué la pena del omiso puede ser atenuada, no implicaría que ello sea siempre así. Incluso los partidarios de estas corrientes de opinión

¹⁶⁷ MEINI MENDEZ, Iván. *La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP*, obtenido el [15.XI.2017] en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_17.pdf

reconocen que en muchos casos el injusto y la culpabilidad en la comisión no serán mayores que en la realización del mismo delito de resultado mediante un comportamiento omisivo. En algunos casos serán idénticos. Y cuando ello sea así, la relación entre la comisión activa de un delito y su realización omisiva no sería más de correspondencia (Entsprechung) o equivalencia, sino de igualdad (Gleichheit) y, lógicamente, no será viable la atenuación facultativa de la pena¹⁶⁸. Por lo que conforme señala el autor, debe exigirse una circunstancia de correspondencia, mas no de igualdad entre el actuar activo y omisivo, teniendo dicho aspecto de correspondencia, una desvaloración menor que la mera comisión por omisión, teniendo menos reproche.

Por lo que el mismo autor MEINI, señala que en la mera comisión por omisión, al no existir una correspondencia expresa, entre la omisión y el actuar, a esta no le corresponde la aplicación de la atenuación facultativa; sin embargo, nos muestra una categoría en la que sí es posible aplicar la atenuación facultativa, que además, no acarrea criterio de antijuricidad o culpabilidad que justifique la dación de la atenuación, y la fundamentación a ello... “parte de que para sancionar por la perpetración de un delito de resultado en comisión por omisión se precisa que con el comportamiento omisivo se haya creado el riesgo típico, y consiste en que es necesario determinar quién y porqué tenía la obligación de actuar de manera tal que intentara evitar el resultado. Las posiciones de garante, cualquiera que sea la teoría que sobre ellas se asuma, cumplen con responder esta pregunta. Así, y siempre según el razonamiento aquí expuesto, determinar quién y porqué tenía el deber de actuar para evitar el resultado es una cuestión que puede solventarse con arreglo al criterio de “la incorporación voluntaria del control de la fuente de peligro al ámbito de dominio personal”¹⁶⁹ Por lo que, ante lo mencionado, se determina que para la aplicación de la atenuación facultativa debe determinarse la no evitación del riesgo.

¹⁶⁸ MEINI, Iván. *Comportamientos Omisivos y Participación Omisiva*, obtenido el [28.VII.2017] en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/19_Comportamientos_omisivo_y_responsabilidad_penal.pdf

¹⁶⁹ MEINI, Iván. *Comportamientos Omisivos y Participación Omisiva*, obtenido el [28.VII.2017] en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas_teor%C3%ADa_del_delito/materiales/dr_Raul%20Pariona/19_Comportamientos_omisivo_y_responsabilidad_penal.pdf

De lo señalado se infiere que para la aplicación de esta atenuación facultativa de la pena, debe analizarse si esta tiene un marco constitucional de aplicación, y para ello... “el juzgador debe verificar si la norma a aplicar es o no constitucionalmente legítima. En el ámbito penal aunque también es aplicable esta lógica a otros ámbitos, el principio que ayuda a la verificación de la constitucionalidad de la norma es el principio de proporcionalidad. La aplicación del mencionado principio, conforme autorizada doctrina y jurisprudencia han señalado, es el principal método para determinar la validez de una norma en relación con la Constitución Política del Estado. La norma penal no solamente se compone de elementos normativos y descriptivos, en la misma cohabitan derechos fundamentales, de allí que resulte necesario esclarecer si la norma penal (independientemente si es procesal, sustantiva o de ejecución), es conforme a la Constitución. El análisis de proporcionalidad recae sobre dos ámbitos concretos: la proporcionalidad del tipo penal y la proporcionalidad de la pena a imponer”¹⁷⁰. Siendo fundamental, que al caso en concreto la atenuación facultativa a imponerse no afecte la constitucionalidad de otras normas penales y que además su aplicación sea proporcional con los fundamentos facticos que la motivan, siendo evidente que es necesario aplicar un test de proporcionalidad a cada caso en concreto.

El test de proporcionalidad... “se compone de tres pasos para determinar la constitucionalidad de la norma, sea sobre la conducta incriminada o la sanción prevista. El primer test es el de adecuación o idoneidad. En esta parte se busca determinar si la norma penal (la conducta incriminada o la sanción prevista) pueden o no ayudar a concretar la realización de un fin constitucionalmente legítimo. El segundo test es el de necesidad. En él se determina si existe o no un mecanismo alternativo que permita lograr la realización del fin constitucional. Si dicho mecanismo no existiere, sería superada esta parte del test. El tercer test es el de proporcionalidad en sentido estricto. En este paso se realiza un ejercicio de ponderación. En él se hace un balance de los efectos negativos y los efectos positivos de la norma penal. Si la valoración de los efectos positivos resultare positiva, entonces se considerará a la norma constitucional. Por el contrario si

¹⁷⁰ Fundamento 12 del Acuerdo Plenario Penal Extraordinario N° 01-2016-CIJ-116.

balance fuese negativo, se optará por declarar su inconstitucionalidad. Finalmente es necesario señalar que la aplicación del principio de proporcionalidad no sólo es posible ante excesos en la conducta incriminada o pena, sino que es posible aplicarla a casos donde el legislador realizó una protección defectuosa¹⁷¹. En ese sentido, al aplicar el test de proporcionalidad a la atenuación facultativa de la pena del omiso del art. 13.2 del Código Penal, respecto al primer requisito, se denota que dicha atenuación es de aplicación estricta sobre la pena, no incidiendo en criterios de autoría o responsabilidad restringida, sino exclusivamente sobre la pena, y el fin constitucional que persigue es cumplir con el principio rector de pena justa en concordancia con el in dubio pro reo, en la graduación y determinación de la pena. Respecto al segundo requisito, respecto a la necesidad, es de notarse que el supuesto de atenuación previsto es el único como facultativo al juzgador y el único que incide exclusivamente sobre la pena, por lo que al no existir otro mecanismo igualmente satisfactorio se cumpliría con este segundo requisito; por último, respecto al tercer requisito, se denota la necesidad de realizar una ponderación, y es precisamente, en este test, donde se debe verificar el alto grado de responsabilidad que tiene el oficial de cumplimiento, pero a la vez el constante riesgo de ser inducido a error, por quienes pretenden revestir de legalidad, dinero de procedencia ilícita, mediante actos de conversión, transferencia, adquisición y recepción, que de ser de imposible identificación no hacen más que contribuir la omisión del oficial de cumplimiento a la consumación de dichos medios comisivos del delito de lavado de activo, por lo que se denota una evidente no evitación del resultado del delito de lavado de activos, por parte del oficial de cumplimiento. Siendo importante a fin de ponderar, el grave reproche que recae en el oficial de cumplimiento y la aplicación de la atenuación facultativa de la pena del mismo, analizar el aspecto subjetivo con el que se cometería dicho delito de omisión, y es precisamente donde se justifica la aplicación de la atenuación facultativa de la pena, pues, al oficial de cumplimiento por la imputación de una comisión por omisión en su modalidad de no evitación del resultado del delito por parte del garante, se idéntica que la omisión no obedece en su aspecto subjetivo, a un dolo directo o indirecto, o un dolo eventual, sino que a este se le identificaría una culpa consciente o de representación.

¹⁷¹ Fundamento 13 del Acuerdo Plenario Penal Extraordinario N° 01-2016-CIJ-116

En la culpa con representación o también llamada culpa consciente... “el sujeto al realizar la acción, es consciente del peligro de la misma y del posible desenlace dañoso que puede ocasionar, pero no acepta su resultado sino que por el contrario confía en que mediante sus habilidades personales podrá evitar el mismo. Por supuesto que será reprochable su actitud negligente, pero su reproche será más atenuado ya que no se ha propuesto ir en contra de bien jurídico alguno”¹⁷². Por lo que tal cual se identifica el supuesto del oficial de cumplimiento, pues a pesar de cumplir con sus labores de detección y vigilancia de riesgos, puede darse el caso omite evitar la consumación del delito de lavado de activos, donde el resultado de los actos de conversión, transferencia, recepción y adquisición, es no deseado por este y por ende existe razón suficiente para que en mérito al criterio de ponderación del test de proporcionalidad de la pena, pueda aplicársele al oficial de cumplimiento la atenuación facultativa prevista en el art. 13.2 del Código Penal.

Concluyéndose, que la no evitación del riesgo, implica que a pesar de que el omiso, hubiese cumplido con su obligación de hacer, el resultado delictivo hubiese sido el mismo, en tal sentido, es que subsumiendo el caso del oficial de cumplimiento o compliance officer a una imputación de lavado de activos, por no reportar las operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera, se desprende que a pesar de que el compliance officer hubiese detectado la operación sospechosa, la actuación comercial con la empresa que vigila, ya se habría realizado, y por tanto consumado los tipos penales de conversión, transferencia, adquisición y recepción. Bajo dicha lógica, es que se infiere que la incriminación penal a título de autor por la posición de garante que ostenta en el delito de lavado de activos, para el oficial de cumplimiento es inminente, por lo que la aplicación de la atenuación facultativa del art. 13.2 del Código Penal, al denotarse que su conducta omisiva es de correspondencia a una conducta comisiva, aplicando el test de proporcionalidad de dicha atenuación, cabe la

¹⁷² LETNER, Gustavo Adolfo. *Dolo eventual y culpa con representación (Problemas y consecuencias que traen aparejadas su distinción y su posterior aplicación en casos vinculados con el tránsito automotor)*, ubicado el [15.IX.2017] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22233a.pdf>

posibilidad al oficial de cumplimiento de aplicarle dicha atenuación en la graduación de la pena a imponerse, máxime si en el aspecto subjetivo del ilícito penal, se identifica que la omisión es bajo los criterios de la culpa consciente o por representación.

CONCLUSIONES

En el desarrollo de nuestra investigación generamos las siguientes conclusiones que a continuación desarrollaremos:

➤ El juzgador para aplicar la atenuación facultativa de la pena prevista por el art. 13.2 del código penal, debe tener en cuenta tres criterios: El primer criterio que se debe tener en cuenta es que al ser el oficial de Cumplimiento un agente especializado en la lucha contra el delito de Lavado de Activos, es de suma importancia señalar que por la calidad del cargo y funciones que desempeña, debe considerarse un tratamiento especial para él en cuanto a la responsabilidad penal aplicársele por la comisión de este delito. Por lo que en merito a una posible sanción penal, debe considerarse que tanto en la omisión dolosa, solo podrá responder en calidad de autor, por el deber jurídico que ostenta, derivado de la posición de garante.

El segundo criterio El segundo criterio, que el autor considera necesario para la aplicación de esta atenuación facultativa, es que de los actos de investigación se pueda colegir que el oficial de cumplimiento ha cumplido con sus funciones y sus deberes funcionales, y ello incide en la circunstancia de la no evitación del riesgo por parte del oficial de cumplimiento, toda vez que a pesar de que el compliance officer detectara la operación sospechosa y la reportara, el tipo penal de lavado de activos, ya se habría consumado, y ello corrobora el cumplimiento de su posición de garante delegada, en cuanto a la competencia de la prevención, no obstante ello, el resultado es no deseado por el Oficial de Cumplimiento.

Y el último requisito, es que en los casos en concreto de incriminación del oficial de cumplimiento, se considere el principio de proporcionalidad respecto a la atenuación facultativa, prevista en el art. 13.2 del Código Penal, a fin de cumplir con el principio de pena justa y una adecuada graduación de la misma, y precisamente en la proporcionalidad de la pena en sentido estricto, se ponderará que el oficial de cumplimiento responderá por el delito de lavado de activos a título de autor, pero en el aspecto subjetivo del delito, se verá su responsabilidad bajo la culpa consciente o también llamada culpa por representación.

➤ La estructura de la omisión impropia se determina por: la relación causal entre omisión y resultado producido. A efectos de desarrollo de la omisión impropia es necesario precisar que... “no basta con la simple comprobación de que el agente omitió la conducta que pudo haber realizado: la omisión penalmente relevante es aquella omisión de un comportamiento esperado por parte del agente cuando está mandado actuar para impedir un resultado determinado” a eso se le denominaría posición de garante. Asimismo, podemos decir que respecto a la comisión por omisión que es una figura penal que permite imputar responsabilidad penal a la persona que, teniendo una posición de garante, realiza un comportamiento que implica la ausencia de una intervención de salvaguarda de bienes jurídicos y produce su lesión. La posición de garante se determina a partir de los deberes que asume la persona al momento de incorporarse a una posición de dominio sobre la vulnerabilidad de determinado bien jurídico. Asimismo, la no evitación del resultado del delito de lavado de activos por parte del oficial de cumplimiento, debe ser considerado como una sub-modalidad de comisión por omisión, más no como un tercer tipo de omisión como lo considera el autor MEINI MENDEZ, ello en razón que doctrinariamente aceptado, es que solo existe dos tipos de omisiones las propias o impropias.

➤ Desde la perspectiva del finalismo al intentar conceptualizar a la omisión se debe recurrir al padre del finalismo, WELZEL, el que ha señalado que... “la omisión no es un mero concepto negativo, sino uno “limitado”: es la omisión de una acción posible del autor, que está subordinada entonces al poder final del hecho (a la finalidad potencial de la persona). Omisión es la no producción de la

finalidad potencial (posible) de un hombre en relación a una determinada acción. Solo aquella acción que está subordinada al poder final del hecho (dominio del hecho) de una persona, puede ser omitida”. Es decir, según lo prescrito por WELZEL, implicaría una adecuación del hecho al resultado, y que en merito a ello exista una obligación de evitar la lesión al bien jurídico.

Por lo que se refiere a la dogmática de la omisión, Jakobs llega a la misma conclusión que Roxin, sobre que... “en los delitos de infracción de deber existe una equiparación entre la lesión del deber por acción y aquella otra por omisión”. En el delito de infracción de deber, la relación entre autor y bien jurídico no se establece mediante el comportamiento delictivo-como en el delito de organización- sino que ya existía con anterioridad a este, y por ello, es indiferente que autor actúe u omite, sino solo si cumple o no con su deber. Siendo que para el funcionalismo resulta irrelevante si la existencia de una acción jurídicamente relevante en el ámbito penal se ha configurado por un hacer o un no hacer, se analizará solo la conducta en cuanto haya infringido un deber de naturaleza general o especial.

➤ El Compliance Program o Programa de Cumplimiento Normativo es... un dispositivo interno que las empresas implementan para cumplir con la normatividad vigente, así como para prevenir y detectar las infracciones legales que se produzcan dentro de las mismas o como parte de las actividades que estas realizan”. Históricamente a... “mediados de la década de 1970, diversas empresas estadounidenses y trasnacionales comenzaron a adoptar Compliance Programs con la finalidad de evitar y detectar infracciones legales, sobre todo las relacionadas con la libre competencia y antimonopolio (antitrust) y actos de corrupción (bribery laws) . Así, el Compliance tiene su origen en la necesidad de las empresas de evitar la comisión de infracciones legales como consecuencia de las actividades que llevan a cabo en el mercado. Sin embargo, no la adopción de programas de Compliance no depende exclusivamente de una decisión privada por parte de las empresas. En el Perú, con la finalidad de colaborar en una lucha eficaz contra el lavado de activos, el 12 de abril de 2002, se publicó la ley 27693 - Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (en adelante UIF). Esta norma establece que, para impedir o descubrir la realización de actos de lavado de

activos, los sujetos obligados deben implementar un sistema de prevención y detección de actividades de lavado de activos en su ámbito específico de actuación.

➤ Dentro de las funciones que están dentro del Rol funcional del Oficial de Cumplimiento encontramos a:

Vigilar el cumplimiento Sistema de Prevención de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo-SPLAFT, verificando la aplicación de las políticas y procedimiento implementados para el conocimiento del cliente y el trabajador. Analizar las operaciones inusuales detectadas, con la finalidad de determinar las operaciones que podrían ser calificadas como sospechosas, llevando control de ellas. Proponer señales de alerta a ser incorporadas en el Manual de Prevención y Adoptar las acciones necesarias que aseguren su capacitación, la de la persona y del Sujeto Obligado. Ser el interlocutor ante la Unidad de Inteligencia Financiera- Perú y Emitir informes anuales y custodiar los registros y demás documentos., además, de Contar con un registro de operaciones y custodiarlo por el plazo establecido.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ANTOLISEI, Francisco. *Manual de Derecho Penal. Parte General, Uteha*, 1960, Buenos Aires.
2. AMBOS, kai; CARO CORIA, Dino Carlos; MALARINO, Ezequiel. *Lavado de Activos y Compliance. Perspectiva Internacional y Derecho Comparado*, Jurista Editores, Abril-2015, Lima-Perú.
3. ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de Prevención del Blanqueo de Capitales*, Marcial Pons, 2007, Madrid.
4. ARBULÚ RAMÍREZ, José Antonio. *Derecho Administrativo Sancionador en la Prevención del Lavado de Activos*. Ediciones Legales E.I.R.L., 2015, Lima.
5. BESIO HERNANDEZ, Martín. *Los criterios legales y judiciales de individualización de la pena*, Tirant to Blanch, 2011, Valencia.
6. BACIGALUPO, Enrique. "Conducta precedente y posición de garante en el derecho penal" En "Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho", Editorial Temis, Madrid, 1970.
7. BACIGALUPO, Enrique. "Delitos impropios de omisión.", 2ª edición, Editorial Temis, Madrid, 1983.
8. BLOSSIERS HÜME, Juan José, *Lavado de Activos*, Editorial Edimarff, 2004, Lima.
9. BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis Alberto. *La Autonomía del delito de Lavado de Activos*, Revista Actualidad Jurídica, N° 105, 2002, Lima.

10. CASTILLO ALVA, José Luis. *La Falsedad Documental*, Gaceta Jurídica; 2001, Lima.
11. CASTRO MILANES, Heiromy. *Conociendo la banca off-shore*. Seminario, Superintendencia de Bancos, Noviembre-2003, Santo Domingo.
12. DEL CARPIO DELGADO. Juana. *El delito de Blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. Tirant lo Blanch, 1997, Valencia.
13. DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Blanqueo Internacional de Capitales*, Deusto, 2007, Barcelona.
14. DOPICO GÓMEZ – ALLER, J., Posición de garante del compliance officer por infracción del “deber de control”, en AA. VV., Dir. ARROYO ZAPATERO y NIETO MARTÍN, *El Derecho Penal Económico en la era compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013
15. FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo. *El delito de Blanqueo de Capitales*, Colex, 1998, Madrid.
16. GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. *El Delito de Lavado de Activos. Criterios sustantivos y Procesales. Análisis del Decreto Legislativo N° 1106*. Pacifico Editores S.A.C., Setiembre-2014, Lima.
17. GARCIA CAVERO, Percy. *Derecho Penal Económico. Parte Especial*, Volumen I, Segunda Edición, Instituto Pacífico SAC, Mayo-2015, Perú.
18. GARCIA CAVERO, Percy y PEREZ BEJARANO, Alfredo. *Estudios sobre el Delito de Lavado de Activos*. Triskel Editores, Trujillo, 2014.
19. GARCIA CAVERO, Percy. *El Delito de Lavado de Activos*, JURISTA EDITORES, Mayo-2013. Lima. p. 67.
20. GARCIA CAVERO, Percy. *Criminal Compliance*, Palestra Editores, 2014, Lima.
21. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. “*La omisión impropia en la dogmática penal alemana*”, Volumen L, ADPCP, Madrid, 1997.
22. GIMBERNAT ORDEIG, Enrique. *Sobre los Conceptos de Omisión y Comportamientos*, Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid, 1987.
23. GOMEZ TOLEDO, Pablo. *El Delito de Omisión Impropia*, Memoria para optar el Grado Académico de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Santiago de Chile, Universidad de Chile, 2009.

24. GÓMEZ PAVÓN, Pilar; *El Bien Jurídico protegido en el delito de receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*; en *El Encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero. Normativa comunitaria* [Director Andrés Martínez Arrieta]; p. 215; Sánchez Tomás, José Miguel; Derecho Penal [PE]; Madrid; Servicio de Publicaciones Facultad de derecho. Universidad Complutense de Madrid; Vol. III
25. HERNANDEZ QUINTERO, Hernando. *El Lavado de Activos*, Segunda Edición, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 1997, Santa Fe de Bogotá. p. 25.
26. HURTADO POZO, José. *Manual de Derecho Penal*, 2ª Edición, *Edili*, Lima, 1987.
27. JAEN VALLEJO, Manuel y REYNA ALFARO, Luis. *Sistemas Penal Iberoamericanos. Libro Homenaje al Profeso Enrique Bacigalupo en su 65 Aniversario*, ARA Editores, Perú, 2003.
28. JAKOBS, Günter. "*La Omisión: estado de la cuestión*", traducido por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en *Sobre el estado de la teoría del delito*, Civitas Ediciones, Madrid, 2000.
29. KUHLEN, Lothar; MONTIEL, Juan Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Iñigo. *Compliance y teoría del derecho penal*. Madrid: Marcial Pons, 2013,
30. LEON GAMARRA, Juan B. *El contador público en la investigación del lavado de activos en el Perú*, L y F Ediciones Jurídicas, 2003, Lima.
31. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico [P.G.]*, Tirant lo Blanch, 1998, Valencia.
32. MEINI MENDEZ, Iván. *Imputación y Responsabilidad Penal. Ensayos de Derecho Penal*. ARA EDITORES EIRL, Perú, 2009.
33. MIR PUIG, Santiago. *Derecho Penal. Parte General*, 7ª Edición- 5ª Reimpresión, Editorial Bdef, Buenos Aires, Julio-2008.
34. MIR PUIG, Santiago; CORCOY BIDASOLO, Mirentxu; GÓMEZ MARTÍN, Victor. *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de Prevención, detección y reacción penal*, Bdef, 2014, Madrid.
35. MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes. *Derecho Parte General*, 8va Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
36. MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, Temis. Bogotá, 1990.

37. NOVOA MONREAL, Eduardo. *Fundamentos de los delitos de omisión*, Editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.
38. PEREZ LAMELA, Héctor. *Lavado de Dinero: Doctrina y Práctica sobre la Prevención e investigación de operaciones sospechosas*, Lexis Nexis, 2006, Buenos Aires.
39. POLAINO NAVARRETE, Miguel. *Acción, Omisión y sujetos en la Teoría del Delito (De la Posición de Garante a la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica)*, Editora Jurídica Grijley, Perú, 2009.
40. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *Lavado de Activos y Financiación del Terrorismo*, Editora Jurídica Grijley, 2007 Lima.
41. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *El delito de lavado de dinero. Su tratamiento penal y bancario en el Perú*, IDEMSA, 1995, Lima.
42. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Nuevo Proceso Penal, Reforma y Política Criminal*, IDEMSA, 2009, Lima.
43. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. *Las consecuencias jurídicas del delito en el Perú*, Gaceta Jurídica, 2000, Lima.
44. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto; DEMETRIO CRESPO, Eduardo; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando, VAN WEEZEL, Alex y COUSO, Jaime. *Determinación Judicial de la Pena*, Instituto Palestra, 2015, Lima.
45. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *El Delito de Omisión Impropia*, Jurista Editores, Lima-Perú, 2002.
46. REATEGUI SÁNCHEZ, James. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Volumen II, Pacífico Editores, Perú, 2014.
47. ROXIN, Claus. *Autoría y Dominio del Hecho*. Marcial Pons, Madrid, 2000.
48. ROXIN, Claus; BELOFF, Mary; MAGARIÑOS, Mario; ZIFFER, Patricia; BERTONI, Eduardo, RIOS, Ramón. *Determinación Judicial de la Pena*, Editores del Puerto, 1993, Buenos Aires
49. SÁNCHEZ-VERA GOMEZ-TRELLES, Javier. *Delito de Infracción de Deber y Participación Delictiva*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
50. SCHÜNEMANN, Bernd. El Dominio Sobre el Fundamento del Resultado: Base Lógico-Objetiva Común para Todas las Formas de Autoría. En: Derecho Penal y Criminología. Número 75. Universidad Externado de Colombia. p. 20.

51. SERRANO ESPELTA, Pedro. *Practica de Compliance en Latinoamérica. Estado Actual de la Legislación Anticorrupción y Otras*, Autores Editores, 2015, Bogotá.
52. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *El Delito de Omisión. Concepto y Sistema*, 2ª Edición-2ª Reimpresión, Bdef, Argentina, 2010.
53. SILVA SANCHEZ, Jesús-María. *Estudio sobre los Delitos de Omisión*, Editora Jurídica Grijley, Perú, 2004.
54. STRATENWERTH, Gunter, *Derecho Penal, Parte General*, Tomo I, traducido por Manuel Cancio Meliá y Gustavo Sancinetti, Hammurabi, Buenos Aires, 2005.
55. VILLA STEIN, Javier. *Derecho Penal Parte General*, 3ª Edición, Grijley, Lima, 2008.
56. VILLAVICENCIO TERREROS, Felipe. *Derecho Penal Parte General*, 5ª Reimpresión, Grijley, Perú, Agosto-2014.
57. VILLEGAS PAIVA, Elky Alexander. *El Bien Jurídico Protegido en el delito de Lavado de Activos. Consideraciones sobre el interés tutelado por el Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Jurídica del Perú, N° 135, Mayo 2012, Lima-Perú.
58. WELZEL, Hans. *Derecho Penal Alemán. Parte General*, traducido por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yañez Pérez, Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1970.
59. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Derecho Penal. Parte General*, 2ª Edición, Ediar Sociedad Anónima Editora, Buenos Aires, 2002.
60. ZARAGOZA AGUADO, Javier; *El Blanqueo de Dinero. Aspectos sustantivos*. Su Investigación; en: *El Encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero*. Normativa Comunitaria (Director, Andrés Martínez Arrieta); Consejo General del Poder Judicial; 1994

REVISTAS

61. ARBULÚ RAMÍREZ, José Antonio. *La Penalización del Cumplimiento Normativo Antilavado de Activos*, Revista Actualidad Penal, N° 01, Julio 2014, Lima.
62. BASRI, Carole. *International Corporate Practice: A Practitioner's Guide to Global Success*, Practising Law Institute, 2014, Nueva York.

63. CALDERON, Edwin. Métodos de Control del Delito en el Sistema Financiero, En: Comisión Andina de Juristas, Lavado de Dinero: El Sistema Legal y su Impacto Socio Económico, primera edición, 2000
64. Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999. {Exp. 2528-99 Lima}. Revista Peruana de Jurisprudencia. Año II, N° 3, 2000,
65. Exp. N° 2528-99, Lima, en: CARO JOHN, José Antonio. *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Grijley, Lima, 2007.
66. GARCIA CAVERO, Percy: “Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos. El delito previo y la cláusula de aislamiento”. En: Imputación y sistema penal. Coord. Abanto Vásquez, Caro John y Mayhua Quispe, Ara Editores, 2012, Lima. p. 436
67. LAMAS PUCCIO, Luis. *Las Modalidades del delito de lavado de activos*, Revista Gaceta Penal y Procesal Penal, N° 01, Julio-2009, Lima.
68. MANDUJANO RUBÍN, José Luis. *Autonomía del delito de Lavado de Activos previsto en el Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Actualidad Penal, N° 12, Junio-2015, Lima.
69. PAUCAR CHAPPA, Marcial. *La Nueva Ley de Lavado de Activos: El Decreto Legislativo N° 1106*, Revista Gaceta Penal, N° 35, mayo-2012, Lima.
70. SCHÜNEMANN, Bernd. El Dominio Sobre el Fundamento del Resultado: Base Lógico-Objetiva Común para Todas las Formas de Autoría. En: Derecho Penal y Criminología. Número 75. Universidad Externado de Colombia.
71. SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos. *Blanqueo de Capitales y Merecimiento de pena: Consideraciones críticas a la luz de la legislación española*, en Cuadernos de Política Criminal, N° 58.
72. URIBE, Rodolfo, *Cambio de Paradigma sobre Lavado de Activos*. En: El Observador, Unidad anti lavado de Activos-CICAD/OEA, Segundo Trimestre 2003, Costa Rica, p. 02

JURISPRUDENCIA

73. Ejecutoria Suprema del 25 de agosto de 1999. {Exp. 2528-99. Lima}. Revista Peruana de Jurisprudencia. Año II, N° 3, 2000, p. 358.

74. Exp. N° 2528-99, Lima, en: CARO JOHN, José Antonio. *Diccionario de Jurisprudencia Penal*. Grijley, Lima, 2007. p. 433.
75. Fundamento Jurídico N° 32 del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116 de fecha 16 de noviembre de 2011.
76. Fundamentos Jurídicos 12 y 13 del Acuerdo Plenario Penal Extraordinario N° 01-2016/CIJ-116, de fecha 01 de junio de 2016
77. STC N° 2748-2012-PHC/TC, Fundamento 15.

RECURSOS ELECTRÓNICOS

78. ARBULÚ RAMÍREZ, JOSÉ. *El Oficial de Cumplimiento: concepto, clases y requisitos* [ubicado el 08.II 2016] obtenido en <http://jarbulur.blogspot.pe/2011/02/el-oficial-de-cumplimiento-concepto.html>
79. ARAUZ ULLOA, Manuel. *La Omisión, Comisión por Omisión y Posición de Garante*, [ubicado el 17. VI. 2015] obtenido en <http://www.uca.edu.ni/encuentro/images/stories/2012/pdf/54e/54e4a.pdf>
80. BAUTISTA, Norma; CASTRO MILANES, Heiromy y Otros. *Aspectos Dogmáticos, Criminológicos y Procesales del Lavado de Activos*, [ubicado el 17. IX. 2015], obtenido en http://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_reptom_libro.pdf
81. CARO JOHN, José Antonio. *Algunas Consideraciones sobre los Delitos de Infracción de Deber*, [ubicado el 17. VI. 2015] obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2003_06.pdf
82. CLAVIJO JAVE, Camilo. *Criminal Compliance en el Derecho Penal Peruano*, Revista de la Facultad de Derecho PUCP, Ed. N° 73, 2014, p. 629 [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33417.pdf>
83. GARCIA LOPEZ, Soledad. *Blanqueo de Capitales. Evolución del delito Subyacente*, [ubicado el 17. IX. 2015], obtenido en http://www.ief.es/documentos/recursos/publicaciones/revistas/cuadernos_formacion/05_2008/Colab_05_08.pdf
84. GOMEZ BENITEZ, José Manuel. *El Dominio del Hecho en la Autoría (validez y límites)*, [ubicado el 17. VI, 2015] obtenido en <file:///C:/Users/Usuario/Downloads/DialnetEIDominioDelHechoEnLaAutoriaValidezYLimits-46251.pdf>
85. GONZALES, Carlos; A. *Que son los delitos de cuello blanco: tipos, ejemplos y países más y menos permisivos*, [ubicado el 10. X. 2015], obtenido en

<http://www.negocios1000.com/2014/09/definicion-delitos-de-cuello-blanco-tipos-paises-mas-menos-permisivos.html>

86. LAMAS PUCCIO, Luis. *El Rol de la Unidad de Inteligencia Financiera*. [ubicado el 08.XI 2015] obtenido en <http://laley.pe/not/2376/el-rol-de-la-unidad-de-inteligencia-financiera>

87. LETNER, Gustavo Adolfo. *Dolo eventual y culpa con representación (Problemas y consecuencias que traen aparejadas su distinción y su posterior aplicación en casos vinculados con el tránsito automotor)*, [ubicado el 15.IX.2017] obtenido en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/22233a.pdf>

88. LÓPEZ VALERA, Inés. *Delitos de Lavados de Activos*. [ubicado el 10. X. 2015], obtenido en http://www.voltairenet.org/article184439.html?var_mode=recalcul

89. KINDHÄUSER, Urs. *Infracción de Deber y Autoría- una crítica a la Teoría del Dominio del Hecho*, traducido por Juan Pablo Mañalich R. [ubicado el 08.IV 2015] obtenido en https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20090918_01.pdf

90. MEINI, Iván. *Comportamientos Omisivos y Participación Omisiva*, obtenido el [28.VII.2017] en http://www.derecho.usmp.edu.pe/postgrado/maestrias/maestria_ciencias_penales/cursos/1ciclo/temas teoria del delito/materiales/dr Raul%20Pariona/19 Comportamientos omisivo y responsabilidad penal.pdf

91. MEINI MENDEZ, Iván. *La comisión por omisión: una interpretación alternativa del art. 13 CP*, obtenido el [15.XI.2017] en http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/anuario/an_2003_17.pdf

92. RODRIGUEZ VÁSQUEZ, Julio. *Comisión por Omisión: Otro supuesto de responsabilidad de altos mandos militares*. [ubicado el 08.VI 2017] obtenido en <http://idehpucp.pucp.edu.pe/opinion/comision-por-omision-otro-supuesto-de-responsabilidad-de-altos-mandos-militares/>

93. SCHELLER D'ANGELO, André. *La Teoría del Dominio del Hecho en la Legislación Penal Colombiana* [ubicado el 17. VI. 2015] obtenido en <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n35/n35a10>

94. TORRES ALZAMORA, Juan. *La Participación en los Delitos de Infracción de Deber* [ubicado el 17. VI. 2015] obtenido en

http://www.derecho.usmp.edu.pe/itaest2011/Articulos_estudiantiles/10_2011_DELITOS_INFRACCION.pdf.

95. Bandas delictivas desarticuladas registradas por la Policía Nacional, según departamento [ubicado el 14.V 2015] obtenido en <https://www.inei.gob.pe/estadisticas/indice-tematico/seguridad-ciudadana/>

96. ¿Dónde se lavan más activos en el mundo? [ubicado el 23. IX. 2015], obtenido en <http://www.dinero.com/internacional/articulo/lavado-dinero-estados-unidos/196633>