CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

IPSO JURE

AÑO 10 Nº 41 MAYO 2018

POR UNA MEJORA EN LA CALIDAD DEL SERVICIO DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA

PRESENTACIÓN

Aldo Zapata López
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

CONSEJO DIRECTIVO DE LA REVISTA
IPSO JURE

- Dr. Aldo Zapata López, Presidente de Corte y Presidente del Consejo Directivo de la revista.
- Dr. Edwin Figueroa Gutarra, director de la revista y representante de los señores Jueces Superiores.
- Dra. Blanca Cervera Dávila, en representación de los señores Jueces Especializados
- Dres. Willy López Fernández, Hellen Guevara Jiménez, Carla Paredes Ciccia y Evelyn Alejo Quiroz, en representación de los señores Jueces de Paz Letrados
- Auxiliares jurisdiccionales de apoyo: Kelly Mego Alarcón

NUMERO DE DEPÓSITO LEGAL
2014-07044

INDICE

PALABRAS DEL DIRECTOR 5

EL PROCESO DE TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. ACUERDOS Y DESACUERDOS
EDWIN FIGUEROA GUTARRA 7

A PROPÓSITO DEL CASO DE "LA MANADA"
MANUEL ATIENZA RODRÍGUEZ 31

¿AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS O EL DELITO PREVIO COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO? A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 01-2017/CIJ-433
WILLIAM DANTE RIOJAS SANTISTEBAN 37

PALABRAS DEL DIRECTOR

Estimados amigos:

Las vicisitudes diarias en nuestro ordenamiento jurídico y en especial aquellas que implican un cuestionamiento de la labor judicial, constituyen temas sensibles para la sociedad en toda la dimensión del problema que expresan. En esa línea, ejerciendo el derecho de crítica opinan los columnistas de diversos medios de comunicación así como profesionales del Derecho y los ciudadanos en general.

La capacidad de réplica del Poder Judicial frente a estos asuntos neurálgicos solo puede expresarse a través de los medios institucionales correspondientes, en la medida que existen restricciones institucionales respecto a asumir posición mediática, por parte de los jueces, respecto a procesos que manejan los mismos jueces. Es de esa forma que si un juez optara por querer declarar respecto a un asunto que le compete, es pertinente contar con la autorización del órgano de control para expresarse al respecto.

Nuestra mención al tema que antecede viene a propósito del rol que les corresponde a los demás jueces que apreciamos el contexto del problema que se analiza, dado que ciertamente no es una facultad irrestricta divulgar una tesis determinada respecto al tema materia de análisis, más aún si se trata de procesos en trámite y con el matiz de relevancia social especial, lo cual permite denominarlos casos emblemáticos. Y sin embargo, construimos una tesis de suma excepción cuando alegamos que creemos razonable que el resto de jueces podamos asumir una perspectiva pedagógica respecto al tema que concierne nuestro interés. Desde esta visión, es de suyo razonable que se ejerza esa potestad constitucional de un sana crítica de las decisiones judiciales, en nuestro caso como jueces, con las restricciones que la normativa impone.

En ese sentido, constituyen temas de suma actualidad los procesos sobre corrupción iniciados contra diversos ex mandatarios del país, y al respecto creemos que es importante velar por una marcha del debido proceso según estándares constitucionales. En especial, los jueces deben asumir una posición severa si el caso lo amerita, con restricciones incluso de la libertad individual si fuere el caso, mas estas decisiones deben inscribirse dentro de una mecánica de respeto irrestricto por los derechos fundamentales concernidos, no tanto porque le asista el derecho de defensa a un ex mandatario bajo criterios simplemente semánticos, sino porque el principio de socialización implica un tratamiento uniforme de todos los casos sin que existan distingos de ningún orden ni diferencia de personas.

De esa forma, si se ejecutan medidas cautelares como la prisión preventiva y las incautaciones de bienes inmuebles, medidas de por sí onerosas, el ejercicio de justificación requiere ser aún más elevado, no tanto porque se trata de un ex Presidente, sino porque el debido proceso en sus expresiones formal y material precisamente demanda un tratamiento de mayor rango de justificación si en rigor la gravosidad ha de ser mayor.

Desde ese enfoque, creemos que corresponde una especial preocupación de los juzgadores por fundamentar mejor sus decisiones, y de ese modo legitimar la función jurisdiccional, a efectos de validar la perspectiva de los derechos fundamentales en su variante de tutela jurisdiccional negativa, esto es, si la parte solicitante va a ver denegada su pretensión o

se van a afectar bienes jurídicos de trascendencia como la libertad o el patrimonio, pues corresponde una justificación mayor de las razones que invoque la justicia al respecto. A eso llamamos nosotros justificación constitucional de la función jurisdiccional.

Hasta la próxima edición.

Edwin Figueroa Gutarra
Director

EL PROCESO DE TRANSVERSALIZACIÓN DEL DERECHO CONSTITUCIONAL. ACUERDOS Y DESACUERDOS[1]

Edwin Figueroa Gutarra[2]

Sumario

Introducción. 1. El problema de la transversalización. 2. La transversalización y sus perspectivas históricas. 2.1. Iusnaturalismo 2.2. Positivismo jurídico. 2.3. Constitucionalismo. 3. Transversalización del Derecho Constitucional y contenidos. 3.1. Efectos de las decisiones de los tribunales en materia constitucional. 3.2. Impregnación sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico. 3.3. Principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica. 3.4. Pluralidad de valores en el Derecho. 3.5. Activismo judicial restringido. 4. Transversalización y disciplinas jurídicas. 4.1. Transversalización y Derecho Civil. 4.2. Transversalización y Derecho Penal. 5. La transversalización y sus horizontes: ¿aún un camino por andar? 6. Neoconstitucionalismo, post positivismo y tendencias comparadas. Conclusiones.

Resumen: Desarrollamos en este estudio el estudio del fenómeno de transversalización, también denominado de constitucionalización del Derecho o de irradiación de los derechos fundamentales, partiendo de la premisa de que todo el ordenamiento jurídico se impregna de los contenidos materiales del Derecho Constitucional.

Abstract: In this study we develop the study of the phenomenon of transversalization, also called constitutionalization of the Law or the irradiation of fundamental rights, based on the premise that the entire legal system is impregnated with the material contents of Constitutional Law.

Palabras: Transversalización, constitucionalización, Derecho Constitucional, activismo judicial, neoconstitucionalismo.

Words: Transversalization, constitutionalization, Constitutional Law, judicial activism, neoconstitutionalism.

Introducción

La propuesta de *transversalización* del Derecho Constitucional, también denominada de constitucionalización del Derecho y de impregnación o de irradiación de los derechos fundamentales, constituye un fenómeno de reciente data, reposicionamiento y configuración, produciendo un reordenamiento en el modo de entender el Derecho. De igual forma, representa cambios sustantivos en la transformación de sus instituciones jurídicas y de nuevas aristas en la forma de interpretar, incluso, el mismo principio de legalidad.

El Derecho durante mucho tiempo, antes de esta denominada *transversalización*, asumió un carácter sustantivamente civil, en vinculación con el Derecho Positivo, elevándose en el firmamento de estas ideas desde el Código de Napoleón en 1804, pieza jurídica que marcó un modo de pensar en todo el Derecho del siglo XX y gran parte del siglo XX.

---

[1] Ponencia presentada al VI Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Universidad Católica de Santa María de Arequipa. Arequipa, 26 a 28 de abril de 2018.

[2] Doctor en Derecho. Juez Superior Distrito Judicial Lambayeque, Perú. Profesor de la Academia de la Magistratura del Perú. Docente Área Constitucional Universidad San Martín de Porres, Filial Chiclayo. Ex becario de la Agencia Española de Cooperación Internacional AECID. Miembro de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y de la International Association of Constitutional Law. (IACL)

Unas centurias antes el Derecho fue prevalentemente iusnaturalista, en sujeción a que la voluntad divina determinaba el curso de las decisiones jurídicas, así como también las del Estado. Entre las dos corrientes aludidas- iusnaturalismo y positivismo jurídico- transcurre gran parte de la historia de la humanidad, implicando ello recién un posicionamiento del constitucionalismo desde la conclusión de la Segunda Guerra Mundial. Esta infausta guerra, es preciso anotarlo, cala en las raíces más extremas del pensamiento contemporáneo; en un primer orden y principalmente, influye por su significado en cuanto a pérdidas de vidas humanas, y porque, en un segundo lugar, una vez transcurrida, genera una fiebre de Constituciones en todo el mundo a efectos de prever que un escenario como el vivido, no se repita en el orbe otra vez.

El constitucionalismo, entonces, se convierte en una corriente garante de las Cartas Fundamentales, y sobre todo, de una nueva forma de entender los derechos fundamentales como *ratio* pero al mismo tiempo, como *emotio*, es decir, como razón de un derecho que se invoca, pero en forma simultánea, como significado profundamente axiológico de la justicia que trasciende a ese derecho.

Este estudio asume esa nota de actualidad respecto al Derecho Constitucional para asumir que el fenómeno de la *transversalización*, representa una consecuencia necesaria de las tendencias que identificaron el nuevo rol del Derecho Constitucional en la escena contemporánea, dejando de lado la interpretación estática de los derechos subjetivos públicos, para posicionarse en un entendimiento dinámico de los derechos fundamentales.

De otro lado, nos preguntamos cuál debería ser el alcance de esa *transversalización* y cuáles son sus componentes más representativos, así como corresponde un examen de si este fenómeno representa afectaciones de las reservas asignadas a otras áreas del Derecho. Así, a modo de adelanto de una idea trascendente en este estudio, es un debate inacabado si el principio de legalidad en materia penal debe verse mellado o no por la interpretación omnicomprensiva de los crímenes de lesa humanidad, los cuales crean nuevas formas de razonamiento de la sucesión en el tiempo de los hechos materia de persecución penal.

Este breve ejemplo plantea relaciones de conflicto entre el Derecho Constitucional y otras disciplinas, y en adición a ello supone un debate de suyo trascendente: ¿implica la alegada *transversalización* una disminución de las competencias de la justicia ordinaria en favor de la justicia constitucional?

Sustentamos la tesis de que no ocurre esta lesión y por el contrario, tiene lugar un fenómeno de legitimación de la Constitución, cuestión que nos lleva al Federalista 78 de Hamilton, Jay y Madison, para asumir que la justicia constitucional necesita una nueva forma de comprensión de sus efectos contemporáneos.

Desde esa perspectiva, la *transversalización* causa un efecto positivo en el Derecho: ayuda a una mejor comprensión del significado de los derechos fundamentales y por cierto, representa una transformación sustantiva en todas las disciplinas jurídicas. Esta tesis central, sin embargo, no está exenta de acuerdos y desacuerdos, en cuanto la doctrina generada al respecto no es pacífica. Desde esa perspectiva, aportamos elementos de valor para entender la dimensión positiva del fenómeno cuya vigencia alegamos.

1. El problema de la transversalización

La *transversalización* del Derecho Constitucional presenta una disyuntiva de rigor que constituye la razón de su existencia: ¿abarca o no abarca todo el Derecho? Ciertamente no podemos negar hoy que todo el Derecho se ha impregnado, en mayor o menor medida, de los fundamentos del Derecho Constitucional y en el mismo sentido, se trata de un fenómeno cuyo arraigo ha transformado los estándares de comprensión del Derecho.

Desde esa pauta, es un camino necesario a seguir en estas líneas explicar las causas de esta denominada *transversalización*, de un lado, y de la misma forma, apreciar sus efectos en las demás disciplinas del Derecho. De la misma forma, es importante nos cuestionemos si esta misma tendencia ya logró su punto máximo de consolidación o si la misma ha de revestir nuevas formas, dada su naturaleza omnicomprensiva. En suma, es una inquietud expresada como problema atenernos a cuál es el alcance de este alegado suceso de *transversalización* del Derecho.

En el sentido propuesto, asumiremos la teoría negacionista del mismo proceso de *transversalización*, posición que podemos comprender como una nueva expresión del criterio positivista del Derecho, con grafías de un siglo XXI que se resiste a ceder sus últimos espacios de dominio. De la misma forma, pasaremos rápida revista a las tendencias más recientes que se reconfiguran en diversos fenómenos, entre ellos, el mismo neoconstitucionalismo, e incluso un principialismo post positivista, entre otras corrientes de análisis que podemos reseñar.

En perspectiva para fines de este estudio, hemos de querer examinar el significado, alcances y previsibles efectos de la *transversalización* desde su perspectiva omnicomprensiva del Derecho. Esta cuestión es real, es un tema diario en los estrados de la interpretación constitucional. En esa misma línea, este propósito no puede eximirse de una visión histórica de la evolución del pensamiento jurídico, pues el trípode iusnaturalismo- positivismo- constitucionalismo representa una consideración necesaria de alegar.

En ese propósito abordaremos las relaciones que propone el Derecho Constitucional respecto a otras materias, y hemos de abordar algunas expresiones sustantivas de esta alegada *transversalización* en el propósito de incidir en su consolidación. Aquí corresponde indaguemos cuánto ha avanzado esa *transversalización* y cómo se manifiesta la misma en su contexto actual, no solo local sino advirtiendo una necesaria mirada al Derecho Comparado.

Por otro lado y como cuestión final, nos preguntamos si esta *transversalización* es un suceso acabado, o si aún queda un trecho largo o mediano por recorrer. Esta última noción representa aspectos aún por trabajar en diversas facetas en el ordenamiento. A esta otra idea se opone la tesis de que ese camino ya concluyó y de guardar las alertas necesarias por si nos encontramos ante otro forma de positivismo jurídico pero de nuestros días.

2. La *transversalización* y sus perspectivas históricas

El fenómeno de la *transversalización* se identifica, en forma estrecha, con la formación del pensamiento jurídico, en la medida que en la base de éste, encontramos las raíces de la

expresión de constitucionalización del Derecho.

Creemos necesario aludir, a grandes rasgos, al panorama de los derechos subjetivos desde una perspectiva inicialmente iusnaturalista, diseñada a partir del pensamiento cristiano (VARELA, 1997,p. 341) con el cual se afianza la Edad Media, así como constituye base de su escenario inmediato anterior. De allí, concurre la corriente misma de entender una necesidad del positivismo jurídico, tendencia ésta que en buena cuenta es una respuesta a las falencias del iusnaturalismo para responder a la mayor complejidad de las controversias jurídicas.

De la misma forma, avanzado un panorama más complejo de los derechos, aquellas carencias del positivismo jurídico- al no poder dar respuesta a fenómenos de mayor profundidad- igualmente van a generar la aparición de un pensamiento constitucional.

He aquí entonces una necesaria correlación entre las corrientes de iusnaturalismo, positivismo y constitucionalismo pues una dio lugar a la otra. De ahí que la *transversalización* del Derecho Constitucional debe ser asociada necesariamente a una visión histórica de la evolución del Derecho, concepción necesaria para entender cómo se afianza esta imagen omnicomprensiva del Derecho.

2.1. Iusnaturalismo

El iusnaturalismo asume hasta dos facetas diferenciadas en el Derecho: una primera responde al desarrollo de la Edad Media, cuando San Agustín consolida la primera perspectiva de la Iglesia y trasunta con su concepción de la vida y el sentido del orbe, una *ratio* divina para la comprensión del mundo. “Confesiones”, su obra principal, es una afirmación de este principio para entender una justificación del iusnaturalismo no solo como corriente filosófica sino como explicación y fundamentación de todas las cosas.

La Edad Media, influenciada por el pensamiento agustiniano, representa este eje del iusnaturalismo como sostenimiento de la sociedad, y el Derecho no podía ser una disciplina exenta de esta noción. Si todo recibía una justificación divina, en ese todo real el Derecho ocupaba un lugar importante en cuanto razón de la sociedad en su ámbito de razones jurídicas.

El Doctor de la Iglesia- Santo Tomás de Aquino- representa en la fase final de la Edad Media, una concreción de la propuesta de la Ciudad de Dios- la *civitas Dei*- y es en las ideas de su “Summa Theologica” donde reafirma la explicación de todo orden existente en el mundo desde el pensamiento tomista.

Si desarrollamos una visión crítica de la corriente iusnaturalista en su primera etapa, resulta meridianamente cierto que es fuerte el sentido de creación del Derecho y de aplicación del Derecho, desde una explicación de Dios como razón de todas las cosas. Esta es una concepción fuerte del Derecho (GARCIA FIGUEROA, 2003, p. 54) para comprender esta influencia divina en el pensamiento jurídico.

Si esta idea es asociada a la monarquía como forma de gobierno existente, la justificación es aún mayor: el Rey ha sido puesto por Dios en su lugar y no hay forma de cuestionar esa voluntad divina, en tanto concepción del orden existente.

Sin embargo, el desarrollo de las ideas políticas no puede desvincularse de la evolución del Derecho, y en ese devenir del pensamiento contemporáneo, surge un iusnaturalismo racionalista cuya concepción sigue ligada al *ethos* divino y sin embargo, aporta un nuevo elemento: la razón como baremo de acompañamiento central del pensamiento humano.

Esta influencia tiene lugar hacia el siglo XVIII y René Descartes es uno de sus pensadores más representativos. Su *cogito ergo sun* - pienso luego existo- (HERNÁNDEZ y SALGADO, 2010. p. 8) es una reafirmación de la percepción del mundo pero solo luego de un ejercicio racional. De esa forma, el sentido del iusnaturalismo racionalista combina ambos factores- fe y razón- para una justificación, también, del ordenamiento jurídico.

Los pasos que propone Descartes para demostrar la existencia de Dios nos llevan incluso a esta reafirmación tan compleja de la pretensión de la demostración de Dios desde una perspectiva racional, alegato que puede entenderse discutible en varios sentidos pero cuya afirmación sigue la pauta de una razón divina guiada por el Hacedor.

Esta consolidación del iusnaturalismo, sin embargo, no es suficiente. Los tiempos van cambiando progresivamente: las revoluciones por los derechos se producen en el mundo y caen las monarquías, la codificación de las leyes comienza un camino inexorable, y la actividad del ser humano se transforma con el advenimiento de la revolución industrial, entre otros fenómenos relevantes.

En cuanto se refiere al Derecho, la transformación del mundo se vuelve incompatible con el alegato de una fundamentación divina de los sucesos jurídicos. En efecto, la explicación, incluso la pretendida justificación racional del orden natural de todas las cosas en el mundo, acusa una insuficiencia notoria y va denotando espacios difíciles de llenar, los mismos que gestan una corriente de pensamiento jurídico que pretende reafirmarse en un nuevo patrón de ideas: el rigor aplicativo de la ley.

La Iglesia sigue ocupando un lugar preponderante en la escena contemporánea pero su trascendencia jurídica cada vez es menor. La razón divina como justificación es reemplazada por los Códigos y los franceses enarbolan, junto a la bandera de su revolución- matizada por los emblemas de libertad, igualdad y fraternidad- un cuarto símbolo: la ley.

La ley se convierte en el referente jurídico por excelencia y ello transforma el sentido en que hasta entonces se conocía el Derecho. El poder del tirano, muchas veces expresado en las facultades omnímodas del Rey, se debilita notoriamente para dar paso a los Códigos como mecanismos de reemplazo de las justificaciones iusnaturalistas, ideas que resultan desfasadas en relación a lo que es la ebullición de los derechos subjetivos pero siempre matizada, esta concepción, con una nueva tendencia: la del positivismo jurídico, noción que parte de la idea de que los derechos solo nacen en la ley, se expresan en la ley y concluyen en la ley, sin lugar a ideas en contrario.

2.2. Positivismo jurídico

El positivismo jurídico encuentra en las falencias del iusnaturalismo una oportunidad de afianzamiento inusitado pues el siglo XIX, de corte francés y de consagración del rigor aplicativo de la ley, le otorga las herramientas base para hacer prevalecer una suerte de concepción matemática del Derecho (RECASENS SICHES, 1980. p. 190) Y de otro lado, constituye con fuerza un elemento trascendente para la consolidación del pensamiento kelseniano a inicios del siglo XX.

Kelsen representa uno de los pilares del pensamiento positivista y la fundamentación de sus ideas reside en la tesis de observancia de la norma, en la consolidación de la regla como fundamentación del Derecho y en una visión pura del Derecho, excluyendo del mismo todo atisbo de valor, principio o visión axiológica. (KELSEN, 1996. p. 439)

Creemos pertinente no restarle méritos al positivismo. Así, fue meritorio de su parte asumir una tesis de cuestionamiento respecto al iusnaturalismo, tanto en sus vertientes primigenias así como en sus justificaciones luego iusracionalistas. De esa forma, el positivismo jurídico puso en entredicho un argumento iusnaturalista que no se sostenía más desde una perspectiva jurídica: que todo podía tener una explicación divina omnicomprensiva. El positivismo jurídico, de igual modo, fue una respuesta congruente a las cuestiones de su tiempo, pues la enorme transformación del mundo reclamaba nuevos escenarios, otros esquemas de sociedad y una visión de sistematización distinta de las ideas jurídicas.

Desde las perspectivas anotadas *supra* encontramos ángulos de valor en los aportes del positivismo jurídico como ciencia del pensamiento jurídico y no podemos negar que su valor llegó a trascender latitudes.

Es así posible afirmar que las raíces de esta corriente se advierten en ese sentido, afirmado *supra*, de consolidación de la ley, y al respecto, es un punto de partida a considerar el raciocinio de pensadores anteriores a la Revolución Francesa como Montesquieu, quien al afirmar que el juez era la boca de la ley, (CORREA, 2005. p. 117) cuanto afirmaba era una necesidad de sujeción a una forma de determinación del derecho desde una visión vertical.

En adición a ello, su afirmación del Poder Judicial como poder nulo grafica esta noción en cuanto el rol de los jueces, según él, se circunscribía a la aplicación de la ley y a dejar de lado todo otro factor que distorsionara este enunciado.

Los revolucionarios franceses consolidan esta atingencia y se dispone que cualquier juez que violara la ley, lo cual sucedía al no aplicarla, podía ser condenado a prisión. A tal efecto, si el juez no estaba en la capacidad de aplicar la ley, debía recurrir al legislador- vía *referé* legislativo- para que éste pudiera dar solución al conflicto anotado.

Al respecto, el Código de Napoleón de 1804 representa otra perspectiva de consolidación del pensamiento jurídico de entonces, y ciertamente tiene un efecto coadyuvante para entender una regulación omnicomprensiva del Derecho Civil desde todas las áreas del ordenamiento.

Esta noción, antes que una *transversalización*, debe ser antes entendida como una importante sistematización de las ideas jurídicas de entonces, en cuanto todo el Derecho podía ser entendido solo desde el Derecho Civil y no había área del quehacer jurídico que no tuviera una respuesta de rigor desde la perspectiva civilista. Es clásica entonces la afirmación de los educadores en Derecho del siglo XIX, quienes afirmaban que no enseñaban Derecho sino enseñaban el Código de Napoleón. (LOPEZ, 1996, p. 81).

El pensamiento positivista, afianzado con Kelsen en el siglo XX, nos lega entonces una importante enseñanza: la certeza y la seguridad en la aplicación del Derecho y éste constituye su principal valor. En efecto, ya no nos desviamos en el camino de la aplicación de la ley, lo que representa una *pesadilla* para el pensamiento hartiano, sino los jueces se circunscriben a la aplicación de la ley y por ende, tiene lugar el *noble sueño* de Hart, (HART, 2007, P. 9) para quien en este caso los jueces sí ejercen una función correcta al ceñirse a la norma. Y si acaso se generare alguna controversia en la aplicación de la ley, la famosa regla de reconocimiento de Hart debía permitirla aplicación de la ley, en cuanto el juez se elevaba sobre el problema en ciernes, para encontrar un ángulo de concordancia con el Derecho Positivo.

No es de extrañar que el pensamiento positivista alegara como bandera de su posición la aplicación de la ley. Si hacemos un contraste de la corriente iusnaturalista y el positivismo jurídico, aquella subordina su razón a una voluntad divina, matizando razón y fundamento natural en su último estadío de evolución con el iusnaturalismo racionalista. Sin embargo, adolece el iusnaturalismo de las herramientas de análisis que consagra el positivismo kelseniano, el cual desde un razonamiento de subsunción, consolida en dos premisas- una mayor y una menor- además de una conclusión, una forma analítica de resolver los problemas jurídicos.

Debemos anotar aquí, en referencia al mecanismo de subsunción, que esta regla data de la antigua Grecia. Ya Aristóteles aludía a una forma primigenia de raciocinio natural al señalar esta forma de razonamiento y cuanto el positivismo hace al respecto, es darle la consistencia de una metodología de pensamiento.

¿Hay relaciones entre el positivismo y la *transversalización* que alegamos? Ciertamente que sí y así al igual que con el iusnaturalismo, asume una visión y perspectiva omnicomprensiva de abarcar todas las disciplinas jurídicas para dar una respuesta, esta vez sistemática, a todos los problemas en las áreas del ordenamiento jurídico.

Tanto iusnaturalismo como positivismo se distinguen, entonces, por cuanto pretenden entender el Derecho como un todo, además, brindan una respuesta totalizante a las cuestiones jurídicas, desde una sola visión de las bases conceptuales que enuncian.

2.3. Constitucionalismo

El constitucionalismo se configura al ocurrir manifiestas carencias del positivismo jurídico como método de solución de conflictos. En efecto, la respuesta del positivismo a los problemas jurídicos siempre fue vertical, sin asumir esa naturaleza horizontal en la solución de problemas que distingue al constitucionalismo.

La corriente constitucionalista presenta diversos ángulos de origen. Sus raíces pueden ser advertidas en distintos eventos humanos que abarcan las *polis* griegas, también se remontan a la Carta Magna de 1215 que el Rey Juan sin tierra se ve obligado a firmar, y llega en esbozos históricos al caso del Dr. Bonham (REY, 2006, p. 847) en el famoso fallo del Juez Edward Coke, quien le señala al Rey Jacobo I, en 1610, la necesidad de separar las funciones del Rey y las de los jueces.

Igualmente, podemos anotar esbozos de un constitucionalismo en ciernes a inicios del siglo XIX, en el fallo del Juez John Marshall, quien en el año 1803 en el *leading case* Marbury vs Madison, da forma a las reglas del control difuso.

No podemos negar, tampoco, el tránsito histórico que representan las Constituciones de Querétaro, México, de 1917, y la de Weimar, Alemania, de 1919, las cuales consolidan los derechos sociales y la forma del Estado social de Derecho, respectivamente.

Las cuestiones anotadas antes suman para una visión histórica en clave progresiva del constitucionalismo y al mismo tiempo, fijan puntos de partida para entender este nuevo fenómeno en las áreas del pensamiento humano.

En adición a lo señalado, es recién con el advenimiento de las Constituciones posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que el pensamiento constitucional comienza a fijar una corriente de ideas cuyas bases aluden a entender los derechos desde las Constituciones y desde la jurisprudencia de los derechos fundamentales.

Tanto la Primera como la Segunda Guerra Mundial representaron así infaustos sucesos para la historia de la humanidad. Las pérdidas de vidas humanas fueron cuantiosas y nunca podrá haber una estadística fidedigna de cuántas personas perdieron la vida tanto en combate, así como a nivel de civiles ajenos al conflicto.

Sin perjuicio de ello, la Segunda Guerra Mundial destaca por su desplazamiento del conflicto a todas las latitudes del planeta, así como porque representó, a diferencia de la Primera Guerra Mundial, un mayor número de vidas perdidas, cuyo cálculo aproximado se estima entre cincuenta y sesenta millones de muertos.

Concluida la Segunda Gran Guerra, la humanidad entera se cuestiona, al hacer una autocrítica de lo sucedido, qué pudo haber sucedido para que acaeciera una guerra tan infausta que arrasó con todos los vestigios legales de un Estado social para dar paso a años de muerte, destrucción y perjuicio.

La respuesta inicial, natural y lógica, fue juzgar a los responsables de esta barbarie. De esa forma, el juicio de Nuremberg se convierte en un primer punto de partida para establecer responsabilidades y determinar penas. De esa forma, se sancionaba desde la ley a quienes condujeron la pesadilla militarista que generó enfrentamientos en todos los continentes con el doloroso saldo ya arriba reseñado.

Sin embargo, es la posición de establecer nuevos marcos de derechos- Cartas, Constituciones, Declaraciones, etc.- lo que constituye una reacción legislativa en muchos países del orbe. El

objetivo se puede visualizar desde la perspectiva de establecer un *nuevo mínimo de derechos*, de común acuerdo, para evitar una nueva conflagración mundial.

Alemania, Italia, Japón y sus demás aliados sufren ocupación militar pero ello es solo una arista del problema. Se forma Naciones Unidas, se emite la Declaración Universal de los Derechos Humanos y empieza lo que podemos denominar una *fiebre de Constituciones*, fenómeno que podemos entender desde la idea de fijar un conjunto de acuerdos base para que no ocurra nuevamente aquello que jamás debió ocurrir, en relación a la magnitud de la Guerra Mundial que había concluido.

Sobre esta previsión, Italia adopta una nueva Constitución en 1948 y Alemania una Ley Fundamental en 1949. A su turno, Francia adopta una nueva Constitución en 1958, la que denominaría de la Quinta República francesa, y España adopta su Constitución de 1978, la misma que da partida a su Tribunal Constitucional.

Nuestro país se suma a esta corriente con su Constitución de 1979, por cierto nuestra más amplia Carta en materia de derechos sociales y punto de partida de un rol activo del Estado en la vida de la nación.

No solo ello ocurría en los ordenamientos nacionales: en el plano supranacional nacían el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tribunales regionales cuya función era la determinación de derechos respecto a controversias con sus ciudadanos en los Estados parte.

Al respecto, es de anotarse la influencia que implicaron las decisiones de estas altas Cortes para el fenómeno de la *transversalización*, en cuanto significaron puntos de partida de contenido relevante para entender una visión más unificada de los derechos humanos sometidos a su conocimiento.

He aquí pues una nota relevante para asumir una perspectiva de los derechos humanos como un fenómeno vigente y válido en todos los ordenamientos sometidos a sus decisiones, vía el Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

La influencia en conjunto de estas Constituciones y estas Cartas de Derechos regionales, consolidan los postulados del constitucionalismo y en rigor, significan la superación del pensamiento positivista por las carencias propias del mismo para entender las controversias relacionadas con los derechos fundamentales.

Entonces, al igual que sucedió con las insuficiencias del iusnaturalismo frente al positivismo, ocurre el fenómeno del constitucionalismo, cuya consolidación se da tras la Segunda Guerra Mundial, frente a las carencias del positivismo como mecanismo de explicación de la realidad jurídica.

3. *Transversalización* del Derecho Constitucional y contenidos

Anotadas *supra* las corrientes del pensamiento jurídico más trascendentes en la historia de la humanidad, importa observar, a grandes rasgos, cómo ocurre el fenómeno de *transversalización*

y es pertinente fijar su punto de partida en la noción de comprensión del Derecho Constitucional como una disciplina necesaria cuyos elementos base- la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución- constituyen una pauta para entender todo el Derecho, y no solo el Derecho Constitucional, desde una perspectiva de impregnación e irradiación de contenidos.

Ya la impronta del Código de Napoleón de 1804 marcó la influencia del Derecho Civil para el siglo XIX y gran parte del siglo XX. El Derecho, entonces, solo podía ser explicado desde los fundamentos del Derecho Civil, en tanto esta disciplina resumía el Derecho desde todas sus perspectivas. Así, los procesos civiles podían incluir todas las materias del Derecho y su naturaleza ser discutida bajo la innegable influencia del Derecho Civil.

El Derecho Constitucional marca nuevos patrones de entendimiento. El Derecho en conjunto se ve influenciado por la prevalencia de las Constituciones y su proyección hacia los demás derechos, aspecto que implica una de las bases conceptuales de la *transversalización* en la medida que el Derecho comienza a ser conceptuado desde la Constitución, y no desde una disciplina en particular.

De la misma forma, las decisiones de los Tribunales supranacionales fijan una perspectiva de amplitud hasta entonces no conocida. La noción de convencionalidad nos induce a determinar que los estándares de un fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a Chile, por ejemplo, en materia de discriminación sexual, se deben entender válidos y de aplicación respecto a los demás países parte del sistema regional de derechos humanos.

Desde este ámbito, ya no pueden entonces los Estados invocar autonomía de sus ordenamientos nacionales y los *márgenes de apreciación* resultan mecanismos de interpretación restringidos pues la naturaleza de los derechos humanos se entiende omnicomprensiva y no parcializada.

3.1. Efectos de las decisiones de los tribunales en materia constitucional

Visto lo anotado, un elemento base a notar en la transversalización es el *efecto de las decisiones de los tribunales en materia constitucional*, nacionales y regionales, aspecto que denota una nueva forma de comprender el Derecho, ya no desde una perspectiva civilista, sino desde una visión de irradiación de los derechos fundamentales hacia todo el ordenamiento jurídico.

Aquí es importante anotar que los Tribunales supranacionales importan mecanismos de sujeción de los Estados parte en mérito a una Convención o Convenio. Se trata de una faceta superlativa en la discusión de derechos pues agotada la vía interna de controversia en los Estados, sus ciudadanos tienen la oportunidad de acudir a una instancia que desde una perspectiva supranacional, va a implicar un efecto vinculante para el Estado emplazado, y va a significar la necesidad de acatamiento de esa decisión.

Ese efecto de vinculatoriedad de un Tribunal supranacional representa un carácter angular de la *transversalización*. Los Estados, al ser condenados internacionalmente en el ámbito regional, por grave afectación a un derecho humano reconocido normativamente, o entendido como incorporado, ya no podrán alegar autonomía en el marco de su legislación interna,

salvo que renuncien a la Convención o Convenio, vía los mecanismos que estos instrumentos prevén.

De esa manera, la *transversalización* adquiere carta de ciudadanía internacional y se difumina no solo por todas las áreas de un ordenamiento jurídico nacional, sino extiende, con creces, su ámbito de influencia, a los demás países conformantes del sistema regional de derechos humanos. El fundamento de ello reside en que los fallos de estos organismos representan un mecanismo de convencionalización del Derecho, es decir, no pueden eximirse los Estados de su estándar, aun así el hecho denunciado no hubiere ocurrido en el ámbito de su territorio.

3.2. Impregnación sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico

Un segundo elemento a anotar es el *efecto de impregnación sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico*, premisa con la cual anotamos los esbozos de una nueva controversia: ¿implica la *transversalización* invadir los espacios de la justicia ordinaria por parte de la justicia constitucional? Creemos pertinente contestar tanto *ex ante* como *ex post* que no.

Ex ante la respuesta es negativa porque uno de los fundamentos de partida del Derecho Constitucional es su perspectiva de vigencia de los derechos fundamentales. De este modo, si los derechos fundamentales se expresan en todas las áreas del ordenamiento jurídico, el campo de acción del Derecho Constitucional no puede reducirse a que alguna área se considere estar exenta de control constitucional.

En efecto, no puede haber zonas exentas del control constitucional, figura que debe diferenciarse, con énfasis, de la revisabilidad de los actos jurídicos por parte de la justicia constitucional. Lo primero equivaldría a autarquía, es decir, a exención de control constitucional, premisa que se contradice con el fenómeno de *transversalización*. Lo segundo- la revisabilidad- es más una noción de reglas de juego de la democracia. Nos explicamos. Un proceso civil puede concluir pero si el mismo ha sido respetuoso de las reglas del debido proceso y el juez se ha circunscrito a respetar el derecho a ser oído, a contradecir, a impugnar, entre otros derechos, entonces el fallo sometido a control es revisable pero no modificable.

Esta no modificabilidad reside en el respeto por las reglas del debido proceso, premisa que implica la no exención de control y por tanto, de revisabilidad. Aquí se configura una respuesta *ex post*, en tanto examinada la decisión de la justicia ordinaria por parte de la justicia constitucional, solo corresponderá declarar una afectación si se produce una constatación de un derecho ostensiblemente afectado.

3.3. Principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica

Adicionalmente, *los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica* explican conceptualmente la expresión procedimental del fenómeno de *transversalización*. Ponemos énfasis aquí en el término procedimental por cuanto los procesos constitucionales y los de la justicia ordinaria representan, finalmente, la medida de extensión del suceso de *transversalización*.

Lo arriba acotado se manifiesta precisamente en la forma de entender nuestra propuesta de *transversalización* y si nos referimos a una fórmula en negativo de lo afirmado, habría necesidad de admitir la tesis de zonas exentas de control constitucional, lo cual representaría un contrasentido de esa amplitud de constitucionalización del Derecho. En propiedad, entonces, el Derecho en su conjunto se impregna del Derecho Constitucional y ello se expresa en que los fallos de los jueces entienden, por el principio de *unidad de la Constitución*, que no puede existir una interpretación aislada del Derecho.

De esta forma, si aludimos al Derecho Electoral, no puede entenderse una tesis de irrevisabilidad de las decisiones del Jurado Nacional de Elecciones JNE, en tanto no puede efectuarse una interpretación aislada del artículo 142 de nuestra Carta Fundamental, el cual precisamente hace referencia a que las decisiones del JNE efectivamente son irrevisables.

Aquí es necesario, recurriendo al principio de *unidad de la Constitución*, asumir que la legislación electoral en conjunto, así como los principios constitucionales que la enuncian, deben entenderse en un todo de interpretación, que deje de lado la corriente de literalidad que fluye matemáticamente del concepto de disposición. De esa forma, es una exigencia abandonar la forma del enunciado lingüístico para asumir, con prevalencia, que debe recurrirse a un sentido interpretativo que nos asegure una interpretación unitaria de la Constitución y de las leyes y normas que se subordinan a la misma.

¿Puede llevarnos esta noción de *unidad de la Constitución* a entender una manifestación positivista del Derecho en el sentido de que éste es uno solo y que existe una única respuesta correcta? Es conveniente precisar aquí que no nos referimos a la verticalidad de la interpretación que demanda el positivismo jurídico pues el mismo traduce solo una noción aplicativa.

En la idea que formulamos, la perspectiva ha de entenderse como un sentido interpretativo de naturaleza integradora y omnicomprensiva del Derecho, debiéndose advertir que en una orilla opuesta la interpretación es estática, como sucede en el positivismo jurídico, corriente que reclama una condición aplicativa. Por el contrario, el principio de *unidad de la Constitución*, nos reconduce a la idea de que la interpretación es dinámica- hablaríamos de una *living Constitution*- (STRAUSS, 2010, p. 4) y el resultado sería remover las bases de literalidad de la norma a analizar, para asumir que ésta juega un rol dinámico permitiendo una interpretación conforme con la Constitución.

En esa misma ruta se expresa el dinamismo interpretativo del *principio de concordancia práctica*, en tanto traduce una noción de sistematización del ordenamiento jurídico, el cual exige ser concordado desde las diversas fuentes que concurren para la solución de una controversia.

La *concordancia práctica* que a este respecto se manifiesta, constituye una expresión reformulada del principio de interpretación sistemática que a su turno expresaba la Escuela Histórica del Derecho a través de von Savigny (PÉREZ LUÑO, 1999. p. 15) y con creces recoge la idea de que el Derecho debe ser entendido desde una posición de vinculación de las diversas fuentes que el Derecho informa.

En ese sentido, la dilucidación de un problema con relevancia jurídica atiende a cuanto

enuncia la regla específica- una ley o varias leyes determinadas- en relación sistemática de concordancia con los principios varios que informa nuestra *Lex Legum*.

3.4. Pluralidad de valores en el Derecho

El fenómeno de *transversalización* recoge, de igual modo, la tesis de una *pluralidad de valores en el Derecho*, esto es, no puede asimilarse la idea de que el Derecho es expresión de un solo contenido - la regla específica que enuncia el positivismo jurídico- sino de distintas posibles soluciones frente a un problema, aspecto que nos lleva a consideraciones de una ponderación de intereses, lo cual se refleja en la expresión procedimental del principio de proporcionalidad.

De esta forma, el Derecho ya no es solo esa expresión monolítica del Derecho Positivo, sino que admite diversos rostros de expresión. Bajo esta pauta, la ponderación puede expresar manifestaciones diversas de un mismo derecho, el cual se ve enfrentado a un esquema en el cual la ponderación lleva a dos posibles contenidos, uno de los cuales- aquel que se acerque más a la mejor solución posible en términos jurídicos y fácticos - ha de prevalecer.

3.5. Activismo judicial restringido

Finalmente, es otra manifestación relevante de la *transversalización*, un matiz que hemos de denominar *activismo judicial restringido*, esto es, de un lado, una adecuación del activismo judicial clásico- entendido como un propósito de una defensa más que activa de los derechos fundamentales, y de otro lado, una expresión de *self restraint*, (CARPIZO, 2009, p. 57) es decir de autolimitación o autocontención.

No podemos negar el efecto de amplitud que representa el fenómeno de la *transversalización*. Diríamos que el Derecho Constitucional crece exponencialmente y se eleva sobre otras disciplinas del ordenamiento jurídico. Es un efecto a considerar necesario de la *transversalización* pues todo el ordenamiento jurídico se tiñe de fundamentos constitucionales y ya no resulta admisible una interpretación aislada de los derechos que tutela le ley en los Códigos sustantivos y adjetivos, esto es, los Códigos matrices y sus respectivos Códigos Procesales.

Y sin embargo, la *transversalización* también implica una necesaria llamada de atención y prudencia, pues los efectos de esta institución no ponen a los jueces constitucionales por encima del legislador, ni tampoco implican un *Ulises desatado* (ELSTER, 2002, p. 111) del Derecho Constitucional respecto a los jueces de la justicia ordinaria. Menos aún la *transversalización* trasunta un mecanismo *ex macchina* respecto de los reglamentos de la Administración.

Por el contrario, el crecimiento expresivo de la *transversalización* del Derecho Constitucional respecto a todo el ordenamiento jurídico, reclama un efecto de prudencia para no reclamar un fin de la historia desde la perspectiva jurídica, y esa mesura resulta un elemento importante para la consolidación de la *transversalización*.

En consecuencia, reclama la *transversalización* que los jueces expresen moderación y prudencia si se trata de fallos que representan la revisión de las decisiones de la justicia

ordinaria, y en ese margen que solo atiendan lesiones de suma gravedad respecto a un derecho fundamental. Así, desde la escala triádica de Alexy, solo serán atendibles con una razón estimatoria en materia constitucional, los casos que impliquen grave afectación de derechos fundamentales. Esto es puntual: lesiones de orden medio o leve a un derecho fundamental, no serán objeto de decisiones favorables en la justicia constitucional.

De igual modo, solo una ley manifiestamente irrazonable en sus contenidos formal y material, será objeto de una decisión estimatoria en un proceso de inconstitucionalidad, debiendo optar antes el juez constitucional por agotar un examen de compatibilidad de la norma con la Constitución, lo cual implica examinar todas las formas posibles de compatibilidad con la Ley de Leyes. Así, solo un análisis que no satisfaga estas posibilidades previas, podrá involucrar se declare la inconstitucionalidad de una norma y no antes.

¿Por qué este procedimiento? Por la presunción de legalidad y constitucionalidad en el ejercicio de la actividad legislativa y porque es necesario, de igual forma, reconocer las prerrogativas que le asisten al legislador. En ese sentido, presumimos que la ley ha sido adoptada en compatibilidad con la Ley de Leyes y solo después de un riguroso examen de constitucionalidad, y como opción de último rango, puede declararse su inconstitucionalidad.

4. *Transversalización* y disciplinas jurídicas

El efecto de *transversalización* tiene lugar respecto a todas las áreas del ordenamiento jurídico y comprende todas las actividades reguladoras del Estado, desde la dación de leyes, actividad propia del legislador, transitando por la actividad administrativa, a cargo del Estado prevalentemente, para anclar en la actividad jurisdiccional, comprendiendo todos los espacios de la justicia ordinaria.

De otro lado, la *transversalización* comprende la actividad privada cuando se trata de mecanismos de Derecho Administrativo sancionador, quedando exentas las actividades regulares de orden regular en las actividades privadas.

Sin embargo, este ámbito de exclusión no puede dejar de lado aquello que Lucas Verdú llama *sentimiento constitucional* (LUCAS, 1985, 243 pp.) en tanto todo el ordenamiento jurídico así como todas aquellas actividades ajenas al quehacer jurídico, admiten una también denominada *cultura de la Constitución*.

De esa forma, la *transversalización* no solo implica un efecto estrictamente jurídico, sino que facetas tan especiales como la costumbre, van adaptando su contenido a los fundamentos de la Constitución. Es así que una simple corrida de toros, ya no es solamente una expresión histórica legada por los españoles, sino adquiere un contenido cultural que corresponde regular a entes del Estado, como el Instituto Nacional de Cultura, a fin de calificarla como actividad no cultural y por tanto, sujeta al pago de impuestos.

De igual forma, el simple hecho de colocar una Biblia y un crucifijo en una audiencia, ya no es en estricto una manifestación de creencia en la Iglesia y sus símbolos, sino por interpretación constitucional, se convierte en una expresión cultural, que data de siglos atrás y que por tanto,

no traduce un mensaje estrictamente religioso.

De esa manera, múltiples expresiones del ordenamiento se van impregnando de este matiz constitucional, y se presenta un efecto de irradiación que se expresa en todo el ordenamiento jurídico.

Dada esta amplitud de expresiones, hemos seleccionado, bajo los patrones del análisis basado en problemas, dos disciplinas relevantes en el Derecho- Derecho Civil y Derecho Penal - para acusar el fenómeno de configuración de la *transversalización* del Derecho Constitucional.

4.1. Transversalización y Derecho Civil

Por antonomasia, el Derecho Civil ha mantenido el rango de disciplina matriz en el Derecho. Su predominio ha sido producto de la tradición francesa de asignar al Código de Napoleón de 1804 un punto de partida para la comprensión del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el propio desarrollo del Derecho Constitucional ha replanteado esta noción y la influencia de fallos de la justicia constitucional no se expresa sino en la necesaria idea de subordinación del Derecho Civil a los postulados del Derecho Constitucional, pretendiendo esta última disciplina asumir, ante todo, un efecto básicamente integrador antes que un reemplazo de los principios propios del Derecho Civil.

Sustentadas esas ideas, nos corresponde revisar un caso que representa, en una buena medida, una expresión de cuanto afirmamos respecto a la *transversalización*, y que nos pone de manifiesto repensar las fronteras entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional.

El caso que nos ocupa- decisión de una Sala Civil en Perú, voto parcial dada una situación de discordia - se refiere a una resolución que declaró improcedente una demanda, al considerar que respecto de un proceso de adopción, la persona interesada no obstante cumplir la mayoría de edad- 18 años- en el año 2012, no ejerció su derecho de cese de adopción hasta el año posterior- 2013- razón por la cual su derecho a impugnar la adopción caducó.

En rigor, no se cumplió el artículo 385 del Código Civil, el cual prevé que el pedido de cese de adopción fenece al año de cumplida la mayoría de edad por parte del adoptado. La demanda recién se interpone en el año 2015, es decir, a los 20 años de edad por parte de la solicitante, extemporáneamente y por consiguiente, fuera de plazo.

La apelación formulada por la parte afectada contra la decisión denegatoria del juez, al no admitir a trámite la demanda, señala que esta decisión no le permite recobrar su verdadera identidad filiatoria, pues al momento de ser adoptada, tenía la condición de menor de edad.

Es necesario anotar que ya el Tribunal Constitucional ha asumido la posición de que el derecho a la identidad, como derecho fundamental, involucra un proyecto de vida, y de la misma forma, constituye un sentido de reconocimiento a ser individualizado. Así señala la STC 5829-2009-PA/TC, caso Delia Ibáñez, lo siguiente:

"2. El derecho a la identidad (...) entendido como el derecho que tiene todo individuo a ser reconocido estrictamente por lo que es y por el modo como es. Vale decir, el derecho a ser individualizado conforme a determinados rasgos distintivos, esencialmente de carácter objetivo (nombres, seudónimos, registros, herencia genética, características corporales, etc.) y aquellos otros que se derivan del propio desarrollo y comportamiento personal, más bien de carácter subjetivo (ideología, identidad cultural, valores, reputación, etc.)."

De otro lado, es pertinente considerar que si aludimos a la *transversalización*, no es oponible asumir la calidad de *disposición* que asume, restrictivamente, el artículo 385 del Código Civil, el cual prevé, sobre el cese de adopción a pedido del adoptado, lo siguiente:

"El menor o el mayor incapaz que haya sido adoptado puede pedir que se deje sin efecto la adopción dentro del año siguiente a su mayoría o a la fecha en que desapareció su incapacidad. El juez lo declarará sin más trámite.

En tal caso, recuperan vigencia, sin efecto retroactivo, la filiación consanguínea y la partida correspondiente. El registro del estado civil respectivo hará la inscripción del caso por mandato judicial."

Para el caso a examinar es necesario asumir el criterio de *norma*, o de sentido interpretativo que reviste el derecho a la identidad. Desde esa atingencia, constituye *deber especial de protección* de los jueces de familia determinar si el derecho a la identidad constituye o no, elemento determinante para una decisión estimatoria, aspecto que se debe establecer satisfaciendo los estándares mínimos de un debido proceso en concordancia con los derechos fundamentales.

En el orden de ideas expuesto, la Sala partió de la necesidad de someter a test de proporcionalidad el artículo 385del Código Civil, en la medida que implicaba para la parte demandante una restricción ilegítima de su pretensión de declaración judicial sobre el derecho a la identidad, elemento intrínseco que forma parte del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Efectuado el sub examen de *idoneidad*, en cuanto a la exigencia de que haya un fin de relevancia constitucional o un fin constitucional en la intervención, la Sala consideró *prima facie* que sí se justifica la idoneidad de la norma sometida a control.

De ese modo, la exigencia de ordenar los alcances de la adopción representa un fin constitucional en sí mismo, pues es necesario que los actores del ordenamiento jurídico- las partes en un proceso- puedan guiarse por las reglas de determinación del Código Civil sobre la materia.

En relación al examen de *necesidad*, la norma bajo control- artículo 385 del Código Civil- consideraría que el no ejercicio del plazo previsto, dentro del año de cese de la adopción, implicará materializar un estado de cosas a favor de la seguridad jurídica. Al respecto, no encontramos una solución menos gravosa pues si se persigue seguridad jurídica, podrá haber otros medios de satisfacción pero no necesariamente menos gravosos que aquellos que la norma prevé.

Finalmente, en el sub examen de *proporcionalidad* en sentido estricto, entre dos derechos fundamentales concernidos, a propósito del examen de este test, la Sala advierte dos principios

en colisión: la accionante reclamaba el derecho a la identidad y de otro lado, el legislador invocaba una facultad regulatoria que aspira a una seguridad jurídica de suyo siempre necesaria pero no siempre legítima.

Advertimos aquí un escenario de contrastación entre dos derechos fundamentales y de conformidad con la escala triádica de Alexy y la ley de ponderación, la Sala asignó un valor medio de afectación a la potestad reguladora del Estado y su derecho sucedáneo a la seguridad jurídica, en tanto declaró un alto nivel de satisfacción del derecho a la identidad.
La decisión se fundó en que no constituía una justificación ni racional ni razonable por parte del Código que la recurrente no pudiera acceder a su identidad de origen y en especial, por qué habría de impedírsele, bajo el argumento de la restricción en el plazo, ejercitar un derecho que la Constitución y la jurisprudencia constitucional, *prima facie*, le reconocen, desde el momento en que se cumplen los supuestos materiales, y no formales, de acceso.

Desde otro ángulo del problema, hasta cierto rango la norma era discriminatoria en relación al derecho a la igualdad, pues en tanto distintos tipos de procesos pueden alcanzar un fin determinado, materializando el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, en el caso de autos, el no ejercicio oportuno de la acción, impedía la concreción de un derecho fundamental, en este caso el derecho a la identidad.

En rigor, en este caso solo existía la sola justificación del transcurso del tiempo, sin abundar en ningún otro detalle salvo el vencimiento del plazo. En adición a ello, la Sala declaró no haber lesividad en ese ejercicio no oportuno del derecho, ni que devenía en lesión al derecho de terceros la falta de acción en el plazo respectivo.

Precisadas estas atingencias, la Sala concluyó en la necesaria inaplicación, vía test de proporcionalidad, de la norma sometida a control, pues optar por la aplicación de la misma, en el modo restrictivo que ella prevé, implicaba una lesión manifiesta del ejercicio del derecho a la identidad, y por tanto, restringía severamente el derecho de la afectada a que el órgano jurisdiccional defina los alcances legales y constitucionales de la pretensión planteada.

El Derecho Civil, en el caso que nos ocupa, se ve impregnado de fundamentos constitucionales. La *transversalización* ocurre en cuanto la interpretación civil, de orden legalista, cede ante la interpretación constitucional. La Sala invoca derechos fundamentales y ése es el giro del problema.

4.2. Transversalización y Derecho Penal

En las relaciones entre *transversalización* y Derecho Penal es importante anotar el redimensionamiento del principio de legalidad desde el Derecho Constitucional. Ciertamente el principio de legalidad en materia penal traduce tres supuestos: *lex certa, lex scripta* y *lex previa*, los cuales nos conducen a la idea de una regulación debidamente establecida desde una arista material.

Así, la *lex certa* o regla cierta nos lleva a la noción de existencia objetiva de la norma y de ese modo, el intérprete tiene noción de su verificabilidad material. La *lex scripta* o norma escrita

nos refiere una constatación sustantiva o adjetiva de la regla, debiendo a este efecto cumplir el requisito de vigencia, es decir, debe haber seguido los procedimientos regulares para su discusión, aprobación y respectiva publicación.

Adicionalmente, la idea de *lex previa* constituye uno de los elementos más relevantes del principio de legalidad, en cuanto exige que la regla exista con anterioridad a la ocurrencia del supuesto fáctico que prefija la norma. Esta condición resulta indispensable, con más énfasis, en el Derecho Penal, pues solo son sancionables las conductas que previamente hayan sido establecidas respecto del tipo penal.

El razonamiento que anotamos *supra* es importante para la sanción penal respectiva y sin embargo, un tipo penal, vinculado a los derechos humanos, como los crímenes de lesa humanidad rompe los parámetros clásicos del principio de legalidad en materia penal, en cuanto admite, desde la jurisprudencia generada a partir del artículo 7 del Estatuto de Roma, que se persigan hechos ocurridos con anterioridad a la dación de la ley penal.

Lo afirmado requiere una explicación mejor fundamentada y nos podemos valer de un caso que en Perú aún genera honda controversia: el caso El Frontón. Los hechos se remontan al año 1986, cuando tuvo lugar la represión contra un motín de presos por terrorismo en el Penal El Frontón, frente a las costas de la Provincia Constitucional del Callao.

La Marina de Guerra logró sofocar el motín y 118 presos perdieron la vida en esta intervención militar. Sin embargo, producidas las necropsias de rigor, una gran mayoría de ellas revelaron disparos a corta distancia, lo cual no puede ser asimilado a un combate abierto, más aún si partimos de la disparidad manifiesta de los medios de combate entre la Marina de guerra y los amotinados.

La investigación penal tuvo lugar en su oportunidad y el Poder Judicial debió examinar procesos de habeas corpus contra los juicios penales de entonces, uno de ellos el caso Teodorico Bernabé Montoya, el cual fue interpuesto para que no prosiguieran las investigaciones en materia penal.

Si bien es cierto que finalmente un primer habeas corpus prosperó en su momento, en un segundo habeas corpus se ratificó que el caso no constituía crimen de lesa humanidad. Frente a ello, una declaración de nulidad del segundo fallo pone nuevamente en debate si esta intervención de la Marina de Guerra constituyó o no un crimen de lesa humanidad.

Esta situación aún debe dilucidarse y sin embargo, diversos elementos de este caso nos sirven para asumir un efecto de *transversalización* del Derecho Constitucional respecto al caso penal que examinamos.

En efecto, el Perú recién adopta la Convención de Imprescriptibilidad de Crímenes de Lesa Humanidad en el año 2003, entendiéndose una precisión en la resolución legislativa que la adopta, a efectos de que la tipificación de estos crímenes tenga lugar en el ordenamiento jurídico peruano solo desde 2003 en adelante.

Si bien un proceso de inconstitucionalidad posterior a la dación de la resolución legislativa que acotamos, tuvo lugar después de expedida esta norma y declaró inconstitucional la exención

de crímenes de lesa humanidad solo desde 2003, los elementos fácticos y jurídicos del caso, nos sirven con creces para reinterpretar el principio de legalidad en materia penal.

De esta manera, si los hechos referidos en el caso ocurrieron en el año 1986 y la tipificación de la conducta reseñada tiene lugar desde el año 2003, se pondría en evidencia la infracción del principio de legalidad penal en el ámbito de *lex previa*.

En efecto, desde el Derecho Penal es de suyo exigible que el tipo penal exista en el momento en que sucede la conducta cuya persecución se pone a prueba. Este es el sentido pleno de la noción de *lex previa*, y sin embargo, dada la gravedad de los crímenes de lesa humanidad, la tipificación penal de la conducta no constituye un requisito taxativo e imprescindible.

Lo anotado *supra* es de singular importancia. Si aludimos a delitos contra la vida, el homicidio simple representaría un primer peldaño en la persecución penal de delitos contra la vida. A su vez, en el asesinato, observamos caracteres aún más graves pues esa es la naturaleza de ese delito, reflexión que nos permite ponernos en un segundo peldaño de análisis de delitos contra la vida.

Tanto en el homicidio como en el asesinato, la variable de la prescripción de la acción penal es una condición *sine qua non* del análisis del tipo. Esto no ocurre en el tercer peldaño de examen de delitos contra la vida, pues los crímenes de lesa humanidad no admiten la prescripción de la acción penal, en tanto representan graves afectaciones al bien jurídico vida, característica que los exime de estas exigencias de temporalidad que prevén los tipos penales comunes.

La reflexión que presentamos acusa en apariencia graves contradicciones. Una de ellas es que no debe existir conducta punible cuya persecución sea indeterminada en el tiempo. De otro lado, resulta contrario al razonamiento de l criterio de *lex previa,* que se pueda admitir la persecución de una conducta que al momento de ocurrir, no se encontrare debidamente tipificada. Si aplicamos un razonamiento lineal del principio de legalidad, con certeza no nos queda alternativa que declarar esas conductas no punibles.

Sin embargo, como anotamos, el principio de legalidad en materia penal, se ve obligado a admitir restricciones si estamos frente a crímenes de lesa humanidad, en razón de que el planteamiento conceptual de estos delitos asume una naturaleza de suyo distinta.

Las particularidades de los crímenes de lesa humanidad de implicar ataques sistemáticos o generalizados contra la población civil han propiciado, en la jurisprudencia generada respecto a estos delitos, que sean dispensadas determinadas exigencias en la configuración de estas conductas penales, una de cuyas manifestaciones, desde el Derecho Penal común, es la exigencia de la tipificación previa.

¿Lesiona este razonamiento los fundamentos del Derecho Penal desde la exigencia de tipificación? Creemos pertinente inferir nuestra respuesta desde la *transversalización*. No se afecta o vulnera el Derecho Penal. Lo que sucede es que el Derecho Penal se impregna de Derecho Constitucional.

De otro lado, la jurisprudencia en materia de derechos humanos, desde la Corte Penal

Internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, irradia el Derecho Penal con sus contenidos iusfundamentales.

5. La transversalización y sus horizontes: ¿aún un camino por andar?

Es un acuerdo antes que un desacuerdo llegar a la conclusión de la importancia de la *transversalización* del Derecho Constitucional. El Derecho ya no puede ser entendido como islas que forman espacios de autarquía sino como un todo unificado en el cual los derechos fundamentales juegan un rol de primer orden, al igual que el principio de primacía de la Constitución. La *transversalización* es entonces punto de referencia necesario en este siglo XXI para entender las nuevas dinámicas interpretativas del Derecho.

La *transversalización* es una expresión de la realidad jurídica contemporánea y como tal, es resultado de una evolución del pensamiento jurídico. Su influencia sobre las demás áreas del ordenamiento jurídico pone de relieve una proyección del Derecho Constitucional hacia las demás disciplinas del Derecho, a las cuales impregna en conjunto, irradiándolas de sus contenidos.

Sin embargo, como hemos anotado *supra*, este fenómeno demanda igualmente un ejercicio de prudencia en su aplicación, pues asumir que la *transversalización* signifique el fin de la historia de las ideas jurídicas puede sonar a más que pretensión. Más aún, el riesgo de una postura *in extremis* al respecto, podría conducirnos a pensar que se trataría del positivismo jurídico de nuestros días, expresión acabada que trasunta más una posición de arrogancia, visible como tal y en verificable desmedro de las demás concepciones del ordenamiento.

Una cuestión debe resultar meridianamente clara: estamos ante un fenómeno de prevalencia del Derecho Constitucional, el cual a través de la *transversalización* determina la prevalencia de las decisiones de la justicia constitucional. Pero esto no representa afectar competencias de la justicia ordinaria ni tampoco invadir los espacios del legislador, cuyas atribuciones implican una reserva de competencia que contempla el mismo ordenamiento jurídico.

Por más amplitud que proyecte en fenómeno de *transversalización*, los jueces constitucionales no podrán ser, en modo alguno, legislador positivo, en tanto esta atribución es del Parlamento, único ente autorizado y facultado para crear, modificar o derogar la norma. Bajo ese razonamiento, el Tribunal Constitucional solo podrá constituirse en legislador negativo para expulsar una norma del ordenamiento jurídico.

De otro lado, el fenómeno de *transversalización* debe buscar la mayor concordancia posible con el principio de función integradora, en tanto es uno de los propósitos del conflicto, también, crear paz social. En efecto, el Derecho Constitucional no busca imponerse sobre las demás disciplinas con una posición omnicomprensiva del Derecho. Nada alejaría más al juez constitucional de su labor y de los imperativos categóricos que rodean su función, que irrogarse el pretendido propósito de que el Derecho no Constitucional se subordina, *sine die*, al Derecho Constitucional.

Por el contrario, la función de integración expresa más un deber de llenar vacíos en el Derecho, mas no para evidenciar, en forma alguna, una eventual y mal pretendida superioridad del ordenamiento constitucional sobre otras disciplinas del quehacer jurídico.

Desde esos conceptos, así como fue arrogante que Fukuyama (FUKUYAMA,1992, 463 pp.)pretendiera un denominado fin de la historia, por la caída de los regímenes comunistas y la consolidación de un aparente único futuro capitalismo, será igualmente arrogante que los jueces constitucionales pudieran pretender que la interpretación constitucional pudiera acaso ser la única y definitiva, en tanto y en cuanto efectivamente ejerce una función correctora.

Lo antes expresado pudiera acaso conducirnos a otro escenario: ¿y quién controla al controlador? En efecto, si acaso la justicia constitucional se irrogara la atribución simplemente *per se,* de que representa la última interpretación porque sí, estaríamos ante una cuestión realmente compleja: será necesario que el ordenamiento jurídico prevea medios de control formal y material.

En nuestro ordenamiento, un procedimiento formal de control está representado por el mecanismo de acusación constitucional contra los magistrados del Tribunal Constitucional por infracción de la Constitución. Ya ha habido en nuestra experiencia constitucional experiencias aciagas en relación a lo expresado(caso 3 magistrados del Tribunal Constitucional. vs Perú, sentencia de 31 de enero de 2001, fondo, reparaciones y costas), mas finalmente ha prevalecido la regla de que es improcedente la destitución de magistrados de un Tribunal Constitucional simplemente por su interpretación de la Constitución.

Un camino más complejo en esta faceta de control es el mecanismo de autocontrol, también denominado *self restraint*, en la medida que es de más compleja delimitación. El principio *self restraint,* en buena cuenta, insta al juez constitucional a adecuar sus funciones respecto a la Constitución desde una posición de equilibrio, mesura y prudencia, más en perspectiva de autocontrol antes que de activismo. Finalmente constituye una exhortación a cumplir su deber constitucional dentro de los parámetros de la Carta Fundamental y como tal, tiene una función de moderada autocontención.

6. Neoconstitucionalismo, post positivismo y tendencias comparadas

¿Es la *transversalización* un fenómeno local? Ciertamente que no. La tendencia a que aludimos en una expresión de todo el Derecho contemporáneo, tanto continental como anglosajón, con algunas restricciones desde las posiciones negacionistas del originalismo (STRAUSS, 2010, p. 9) y ciertas tendencias aún legalistas.

El neoconstitucionalismo es una expresión contemporánea que alude a una reexpresión del constitucionalismo. Es un constitucionalismo reforzado en cuanto alude a caracteres base como más principios que reglas, más ponderación que subsunción, prevalencia de la interpretación constitucional sobre la ordinaria, zonas no exentas del control constitucional y existencia de una constelación plural de valores en lugar de la homogeneidad ideológica de las reglas.

Se trata de las reglas clásicas del constitucionalismo pero expresadas nuevamente con rasgos

que identifican un constitucionalismo reforzado. El prefijo "neo" no es un acompañamiento fuera de sentido, en la medida que alude a entender el constitucionalismo clásico con caracteres adicionales que expresan un activismo judicial moderado.

Desde esta posición, neoconstitucionalismo no es un concepto incompatible con post positivismo. Esta última corriente grafica una fase superior a la del positivismo jurídico, y así el prefijo "post", al igual que en el neoconstitucionalismo, indica un estadío superior a su expresión base.

No aludimos con estos conceptos, valga así reiterarlo, a fórmulas meramente teóricas, a construcciones conceptuales que recalan en abstracciones lejanas de la realidad. Definir una controversia en función de las ideas inspiradoras del neoconstitucionalismo y el post positivismo, significa también materializar los fundamentos prácticos de la *transversalización*, así como entender la faceta en clave de progresividad del fenómeno que este estudio desarrolla.

En oposición a lo reseñado, la propuesta originalista es una tendencia de solo una parte de la Corte Suprema de EE.UU., defendida por los jueces Scalia y Thomas, (SEGALL, 2014. p.1663) para asumir un sentido de interpretación fidedigna de la regla, tal cual, rescatando un sentido histórico de su significado. Así, la noción originalista recoge la voluntad primigenia de los padres de la patria norteamericana, aquellos que dieron la primera Constitución, y cuya naturaleza de *framers*, reconduce a la noción de respetar la voluntad de esos primeros sujetos que diseñaron el marco de la voluntad de la Constitución primigenia. En esa misma lógica, ¿por qué cambiar aquello que fue el origen de la patria?

La anotación señalada, sin embargo, y ello no es recogido por el originalismo, no considera la evolución histórica de los derechos ni tampoco que la realidad es una dinámica constante. Hace 200 años y un poco más, el contexto histórico alrededor de la primera Constitución norteamericana justificaba la esclavitud, así como restringía ostensiblemente los derechos de las mujeres. El originalismo parte de la necesidad de un *statu quo* que no cambie las condiciones históricamente primigenias de una realidad. Sin embargo, ello es una propuesta difícilmente atendible. Los derechos evolucionan incesantemente y fijan después de lustros, nuevas dimensiones que si el legislador no recoge, sí lo hacen los jueces constitucionales a través de sus fallos.

De la misma forma, la propuesta de un *Ius constitutionale commune* (VON BOGDANDY, FIX FIERRO, MORALES ANTONIAZZI, 2014, p. 3) no deja de ser un planteamiento de suyo interesante, en cuanto al referir un Derecho Constitucional común, finalmente para América Latina, cuanto afirma es una expresión final del fenómeno de *transversalización.* Este fenómeno ancla, en una etapa de término, en una identificación del ordenamiento jurídico con normas comunes, esto es, partimos de un instrumento que sintetiza criterios comunes en las ordenamientos jurídicos.

De esa forma, por ejemplo, la Convención Americana de Derechos Humanos expresa normas comunes que identifican a los países signatarios y cuyos estándares obligan por igual a todos los Estados, sin que sea posible argüir cuestiones de Derecho Interno o autonomía para evadir el cumplimiento de los Tratados. Esta obligación fluye así con nitidez del artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Esta convencionalización del Derecho, entonces, es una dimensión de la *transversalización* del Derecho Constitucional, cuyos postulados son recogidos en normas supranacionales-

articulado y sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos- para materializar que estos estándares representan una *homogenización del Derecho*, acepción que debe ser entendida como una concretización, en último término, del suceso de *transversalización*.

Conclusiones

Aludir a la *transversalización* del Derecho Constitucional implica aludir a un fenómeno de reciente data en cuanto es desde la segunda mitad del siglo XX que se aprecia una evolución firme, constante y progresiva de los derechos fundamentales.

De igual forma, la comprensión del fenómeno de *transversalización* necesita aludir a un contexto histórico en el cual el trinomio iusnaturalismo- positivismo- constitucionalismo denota una evolución progresiva del pensamiento jurídico en clave de progresividad. De esta forma, podemos apreciar un fenómeno de sucesión histórica, surgiendo cambios de una corriente de pensamiento a otras, por las carencias e insuficiencias de la tesis que se abandonaba.

En ese mismo orden de ideas, la *transversalización* se caracteriza por distintos contenidos, entre ellos los efectos de las decisiones de los tribunales en materia constitucional, la impregnación del Derecho Constitucional sobre las demás disciplinas del ordenamiento jurídico, el ámbito de los principios de unidad de la Constitución y concordancia práctica, la pluralidad de valores en el Derecho, así como un activismo judicial restringido, todos ellos coadyuvantes de una efectiva *transversalización*. Ellos nos permiten entender mejor este fenómeno omnicomprensivo de irradiación e impregnación de los derechos fundamentales.

En otro orden de rangos, se impone una llamada de prudencia para que el fenómeno de *transversalización* sea aplicado dentro de las reglas de equilibrio que el Derecho demanda. Entender ese fenómeno de *transversalización* exigirá una conjunción de activismo judicial y *selfrestraint* para que sea expresada una actitud de equilibrio en los jueces cuando se trate de atender este tipo de manifestaciones del Derecho.

La *transversalización* del Derecho Constitucional es, finalmente, una expresión manifiesta del Estado Democrático y Social de Derecho, fórmula que traduce un comportamiento del actual tipo de Estado desde las bases conceptuales de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales y la primacía normativa de la Constitución. Desde ese contexto, la *transversalización* se convierte en una valiosa herramienta para que se observe el principio de interdicción de la arbitrariedad, ángulo base de la democracia que permite entender un respeto necesario en este tiempo de los derechos en clave de progresividad y no de regresividad.

Finalmente, la *transversalización* condensa más acuerdos que desacuerdos. Representa mucho más los contenidos de un Derecho en dinámica antes que un Derecho estático, involucra con énfasis una posición evolutiva antes que una fase de retroceso, y por último, trasciende mucho más como una perspectiva de consolidación de una tendencia superlativa del Derecho contemporáneo antes que una mirada hacia atrás.

BIBLIOGRAFIA

CARPIZO, Jorge. *El Tribunal Constitucional y sus límites*. Lima, 2009. p. 57.

CORREA, Rodrigo. *"El gobierno judicial ante la Constitución"* . En *Revista de Estudios de la Justicia*. Nº 6. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. 2005. p. 117.

ELSTER, Jon. *"Ulises desatado: las constituciones como restricciones",* en *Ulises desatado: estudios sobre racionalidad, precompromiso y restricciones*, Gedisa, Barcelona, 2002, p. 111 y ss.

FUKUYAMA, Francis. *The end of History and the !ast man*. The Free Press. Nueva York, 1992.

GARCIA FIGUEROA, Alfonso y GASCON ABELLÁN, Marina. *La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales*. Palestra Editores, Lima, 2003.

HART, Herbert. *Una mirada inglesa a la teoría del derecho americano: la pesadilla y el noble sueño*. En AA.VV. El ámbito de lo jurídico. Barcelona. Crítica, 1994. En *Los precedentes constitucionales*. LANDA ARROYO, César. JUSTICIA CONSTITUCIONAL. En *Revista de jurisprudencia y doctrina*. Año IIII. No. 5, enero- junio. Lima, 2007.

HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco Javier y SALGADO GONZÁLEZ, Sebastián. El racionalismo de Descartes. La preocupación por el Método. DUERERÍAS. Cuadernos de Filosofía. 2010-2011.

KELSEN, Hans. *"Positivismo jurídico y doctrina del Derecho Natural"*. En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*. Debates Políticos. Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social.1996.

LOPEZ MONROY, José. *"El Código Civil de Napoleón y los derechos humanos"*. En *Revista de Derecho Privado*. Año 5. No. 13-14. enero-agosto 1996. UNAM.

LUCAS VERDÚ, Pablo. *El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)*, Madrid, REUS, 1985, 243 pp.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *"Aproximación a la Escuela Histórica del Derecho"*. En *Boletín de la Facultad de Derecho* .núm. 14. Universidad Nacional de Educación a Distancia. Madrid, 1999. p. 15.

RECASENS SICHES, Luis. *"La concepción mecánica de la función jurisdiccional, especialmente en Francia y otros países latinos durante el siglo XIX". En Nueva Filosofía de la interpretación del derecho.* México, Ed. Porrúa S.A., 1980.

REY MARTINEZ, Fernando. *"Una relectura del Dr. Bonham case y de la aportación de Sir Edward Coke a la creación de la Judicial review"*. En *Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM*. México, 2006.

SEGALL, Eric. *"The Constitution According to Justices Scalia and Thomas: Alive and Kickin'"*. En *Washington University Law Review*. Volume 91 , Issue 6. Washington D.C., 2014.

STRAUSS, David. *The Living Constitution*. Oxford University Press. Londres, 2010.

VÁRELA SUANZES, Joaquín. *"Política y Derecho en la Edad Media"*. En *Revista Española de Derecho Constitucional.* Año 17. Núm. 49. Enero-Abril 1997.

VON BOGDANDY, Armin; FIX FIERRO, Héctor; MORALES ANTONIAZZI, Mariella. Coordinadores. *Ius constitutionale commune en América Latina*. Rasgos, potencialidades y desafíos. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. Serie Doctrina jurídica No. 688. México, 2014.

A propósito del caso de “La Manada”

Manuel Atienza Rodríguez[1]

1.

Las reacciones que se han producido a propósito de la sentencia sobre el caso de La Manada no suponen una acción colectiva de la que haya que sentirse muy orgullosos. Puede verse en ello un aspecto positivo: una reacción fuerte contra la violencia machista. Pero sobre todo ha consistido en una oleada de histeria colectiva a la que ha contribuido también mucha gente (muchos “opinadores”) que antes habían dado muestras de aprecio por el pensamiento reflexivo. A mí me ha sorprendido, por ejemplo, encontrar entre los incitadores a esa histeria colectiva a periodistas de la SER, columnistas de El País, constitucionalistas, historiadores, parlamentarios europeos o representantes de la ONU. Y me ha confortado comprobar que entre los profesores de Derecho penal, entre los jueces o entre los juristas en general, lo que ha predominado más bien ha sido la prudencia y, por qué no decirlo, el discurso racional. Acabo de escuchar ahora una intervención de una insigne representante del movimiento feminista, Amelia Valcárcel, defendiendo la idea de que el feminismo es un movimiento a favor de la civilidad (y que los varones, al parecer sin excepciones, estamos en estado de naturaleza). No dudo de que en términos generales sea así, o sea, que el feminismo sea un movimiento liberador (yo no creo encontrarme en estado de naturaleza), pero quizás no esté de más recordarle a Valcárcel (algo, por lo demás, que ella –que, entre otras cosas, es consejera de Estado- ha de saber de sobra) que también el Derecho juega –y ha jugado- un papel civilizatorio (la existencia del Derecho –y del Estado- es lo que caracteriza el paso desde el estado de naturaleza al de sociedad civil) y, muy en especial, el Derecho penal de la Ilustración.

2.

Como en la marabunta que ha generado la sentencia (dos penalistas –Alicia Gil y José Núñez- han titulado uno de los mejores artículos que he leído sobre el asunto de esta elocuente manera: “La Manada y la jauría”) no se ha hecho mucho hincapié en ello, me parece que conviene insistir en que el Derecho penal moderno (civilizado y civilizatorio) no propende (no debe propender) precisamente al entusiasmo punitivo. Por el contrario, los principios en los que debe basarse son, entre otros, el de Derecho penal mínimo (quizás el más importante de todos), el de legalidad en sentido estricto, el de presunción de inocencia y el de proporcionalidad de las penas.

3.

Cuando se participa en una polémica o en un movimiento social es importante darse cuenta de que no basta con tener razón, con perseguir un fin justo. Los medios utilizados para ello (aunque sean medios verbales) son también esenciales. Por poner un ejemplo: la Revolución francesa

1 Intervención del autor en la mesa redonda sobre este asunto que se celebró en la Facultad de Derecho de la Universidad de Alicante el 8 de mayo de 2018

produjo la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano, pero también el Gobierno del Terror. Y, por si a alguien se le ocurriera hacer alguna extrapolación precipitada, yo no temo que el feminismo pretenda inaugurar un gobierno del terror o alguna cosa por el estilo; a diferencia de otros movimientos "revolucionarios", el feminismo siempre se ha caracterizado por el uso de medios pacíficos, por rechazar y combatir la violencia. Pero sí hay alguna razón para pensar que cierto tipo de feminismo (al que en alguna ocasión me he permitido calificar "de brocha gorda") encarna un prototipo de pensamiento dogmático: cerrado y sordo a las razones. De manera que, si se llevasen a cabo los cursos de género para jueces (y me imagino que no sólo) que tantos parecen propugnar, sería conveniente que se pusiera cierto cuidado para que los mismos no se convirtieran en cursos de adoctrinamiento acrítico.

4.

Recuerdo haberle oído alguna vez a Javier Muguerza (y ahora he podido ratificarlo en internet) referirse a una famosa investigación realizada por dos conocidos filósofos representantes de la escuela de Francfort, Horkheimer y Adorno. Trataban de establecer las señas de identidad de la personalidad autoritaria (el estudio es de los años inmediatamente posteriores a la segunda guerra mundial), o sea, lo que hace a alguien proclive al antisemitismo, a la violencia, etc. (para decirlo crudamente: la personalidad de un fascista). Para ello habían ideado un experimento que consistía en mostrar a un grupo de personas una sucesión de imágenes que iban desde un gato a un perro, y por el medio se incluían figuras de animales que combinaban en distintas dosis rasgos de gato y de perro, generando un continuo: desde lo que sería inequívocamente un gato a un también inequívocamente perro. Pues bien, lo que caracterizaba (según ellos) a las personalidades autoritarias era que no veían los casos de la penumbra, los matices: sus respuestas eran del tipo gato-gato-gato-perro-perro-perro, y no gato-gato con algo de perro-más gato que perro, etc.

¿Y no ocurre algo parecido con tanta gente empeñada en que no existen casos de la penumbra entre lo que es y lo que no es violación, entre lo que es o no intimidación, etc.? ¿Cómo es posible que no vaya a haber esas zonas de oscuridad, de incertidumbre, a la hora de distinguir las diversas acciones delictivas que suponen atentados contra la libertad sexual, o entre el acto sexual consentido y el no consentido?

5.

La reivindicación de los matices no supone por mi parte ningún tipo de adhesión al relativismo moral. Creo que hay normas y valores que valen objetivamente, o sea, que tienen carácter universal (quizás mejor: universalizable), pero cuya formulación (más o menos completa) puede suponer entrar en precisiones (reconocer excepciones) que no siempre es fácil determinar en abstracto. Para poner un ejemplo que resulta familiar a los juristas: está permitido expresarse libremente, salvo que las expresiones supongan calumniar a alguien, generar una situación de peligro, incitar al odio o a la violencia, etc. Y esa existencia de normas de valor objetivo se aplica también, como es lógico, al principio de libertad sexual. Este punto es admitido además por todos los que han participado en, o han generado, la polémica en torno al caso de La

Manada: Nadie ha puesto en duda el principio de permisividad de las relaciones sexuales que tengan lugar entre adultos y mediando consentimiento, así como de su ilicitud cuando ese consentimiento no existe, o está viciado.

6.

El caso que ha tenido que resolver la sección segunda de la Audiencia Provincial de Navarra es, con toda evidencia, un caso difícil. No un caso para el que no exista una respuesta correcta en nuestro Derecho, sino uno que no cabe resolver "a bote pronto", de manera más o menos automática, sino que exige reflexión. Se trata de lo que suele llamarse un problema de calificación (en la tradición retórica se hablaba de "cuestión definicional"), lo que quiere decir que involucra dificultades de prueba y de interpretación, sin ser exactamente ni una cosa ni la otra. Y aquí me parece importante remarcar que las definiciones de los términos que aparecen en las leyes suelen ser redefiniciones (no definiciones lexicográficas -las del diccionario-, o estipulativas –como es usual que ocurra en la ciencia-), o sea, se parte del significado que tal expresión tiene en el uso corriente de la lengua, pero se precisa (se reconstruye) en una cierta forma. Consecuencia de ello es que lo que en el uso ordinario del lenguaje llamamos "violación" (tener cierto tipo de relaciones sexuales sin mediar consentimiento) no coincide del todo con lo que se entiende por violación a efectos penales; o, mejor dicho, lo que en la lengua ordinaria se entiende por violación, en el lenguaje del Código penal español se traduciría por tener ese tipo de relaciones sexuales no consentidas en el contexto de una agresión sexual que suponga intimidación o violencia o bien en el contexto de una situación de abuso con ciertas condiciones. De manera que la sentencia (que calificó los hechos de abuso sexual con prevalimiento) sí que reconoce que el caso de La Manada es un caso de violación, lo que ordinariamente se llama violación; o sea, establece como probado que no hubo consentimiento por parte de la víctima, aunque tampoco existiera intimidación o violencia. Si a eso se añade que la sentencia condenó a todos los autores (los miembros de La Manada) a una pena de 9 años de cárcel más 5 de libertad vigilada, lo que se sigue es que las manifestaciones con los carteles de "Hermana, yo sí te creo" o las interpretaciones de la sentencia en términos de "Los jueces han decretado barra libre para la violación" están completamente fuera de lugar. A lo mejor resulta que a los cursos de formación en género a los que antes me refería habría que añadir cursos de formación en gramática, en interpretación y en moderación, a los que sería conveniente que acudieran no sólo los jueces.

7.

La idea de que debería reformarse el Código penal para que los casos de agresiones sexuales pudieran resolverse de manera, cabría decir, automática, sin que los jueces gocen de ningún tipo de discrecionalidad, es ingenua y puede llegar a ser peligrosa. Ingenua, porque el lenguaje natural en el que están redactados los artículos de un código tiene necesariamente que ser interpretado; los problemas de la penumbra son inevitables aunque, desde luego, es bien posible reducir esa penumbra, sobre todo si se trata de textos legislativos –el Código penal- que no son precisamente un prodigio de buena técnica legislativa. Pero es también –o puede llegar a ser- peligrosa, porque esos intentos podrían producir resultados muy poco razonables. El juez no puede ser simplemente "la bouche de la loi", ni siquiera tratándose del Derecho

penal. Y el clima que se ha creado -de "populismo penal", como algunos lo han llamado- no es precisamente el más propicio para introducir los cambios que seguramente sería conveniente introducir. Baste con decir que –y creo que es la opinión de muchísimos juristas y penalistas- el más importante, o uno de los más importantes, de esos cambios tendría que consistir en reducir las penas del Código (aunque no sólo en relación con los delitos contra la libertad sexual). ¿Pero quién va a ser capaz de defender esa propuesta en los tiempos que corren? En fin, me temo que con las reformas del Código penal en nuestro país (y ha habido muchísimas en las últimas décadas) ha ocurrido algo parecido a lo que hemos vivido con las reformas de los planes de estudio en las Facultades de Derecho: cada una de ellas ha dejado las cosas peor (en ocasiones, bastante peor) de lo que estaban.

8.

Hay una distinción ya clásica en la teoría de la argumentación jurídica (importada de la filosofía de la ciencia) que podría contribuir a entender mejor algunos aspectos de la sentencia. Se trata de la distinción entre el contexto de descubrimiento y el de justificación (de una decisión judicial). O sea, una cosa es el proceso psíquico, social, etc. que lleva –que ha llevado- a unos jueces a tomar una decisión, y otra cosa son las razones que dan –que han dado- para justificar esa decisión. Son planos distintos, pero que no pueden separarse radicalmente. Y así, para entender la motivación, tanto de la sentencia como del voto particular, resulta muy importante tomar en consideración lo que fue el proceso interno de deliberación en el interior del tribunal. Naturalmente, lo que conocemos a través de la lectura del texto de la sentencia no es eso (lo que aparece es exclusivamente la justificación), pero hay algunos elementos que sí podemos conjeturar con cierto fundamento. Quiero decir, parece bastante plausible pensar que las discrepancias entre los tres magistrados (dos por un lado, uno por el otro) debieron alcanzar un considerable grado de enconamiento, lo que podría explicar que, por un lado, la sentencia mayoritaria parezca estar dirigida esencialmente a negar las tesis del juez minoritario (la de la absolución), mientras que el voto de este último apunte, a veces de manera casi obsesiva, a desacreditar los fundamentos de la sentencia (lo que habían sostenido los otros dos). Como consecuencia de ello (quizás también de otros factores) lo que tenemos es un texto desmesuradamente largo (más desmesurado todavía en el caso del voto particular) y dirigido (o dirigidos) a un auditorio equivocado. La extensión dificulta sin duda la comprensión de la sentencia y, en particular en este caso, ha favorecido que casi nadie la haya leído (o no haya leído más que algunos pasajes: los más llamativos), lo que contribuye a explicar el bajo nivel de la discusión pública que hemos tenido al respecto. Y el otro error ha sido todavía peor. Puesto que se sabía de sobra que la sentencia en este caso de La Manada no iba a pasar inadvertida a la opinión pública, los jueces, al redactarla, tendrían que haber sido conscientes de a quien se estaban dirigiendo. No quiero decir, por cierto, que tuviera que ser menos "rigurosa" sino que tendría que haber estado redactada de manera que se facilitara su lectura y adecuada comprensión. Por referirme a un par de detalles: El texto de la mayoría está plagado de errores gramaticales, lo que hace pensar que su redactor (o redactores) no se tomó (tomaron) la molestia de repasarlo. Y el voto particular dedica nada menos que 30 páginas a enfatizar la importancia que tiene la presunción de inocencia, como si en lugar de dictando una sentencia estuviera dando una clase de Derecho procesal.

9.

Lo que se ha podido oír (o leer) en los medios de comunicación sobre el voto particular es, en mi opinión, bastante preocupante. Impresiona comprobar la facilidad con la que se pueden emitir opiniones, por decir lo menos, contundentes, sobre algo de lo que se ignora prácticamente todo. Que haya políticos, como el lamentable ministro Catalá (pero, ¡ojo!, no es el único, ni el partido popular la única fuerza política que se ha comportado en este caso con verdadera desmesura), dispuestos a cualquier cosa (no sólo a mentir) si piensan que con ello pueden obtener algún rédito político. Y, sobre todo, lo que a mí me asusta más es el poco aprecio que tantos parecen tener por la libertad de expresión, por la imparcialidad judicial y, en definitiva, por el Estado de Derecho: ¿Cómo alguien puede haber pensado que el juez en cuestión merecía que se tomara alguna medida disciplinaria contra él, simplemente por el hecho de haber discrepado –dando razones- de las tesis de sus colegas?

Dicho lo cual, tengo que añadir que yo no estoy de acuerdo con ese voto particular, ni en el fondo ni en la forma. No lo estoy en relación con lo que sostiene (con sus tesis de fondo), pues considero que hay suficientes elementos de prueba como para poder establecer como un hecho que en el caso de La Manada no hubo consentimiento por parte de la mujer, y que esos elementos probatorios eran suficientes como para derrotar la presunción de inocencia. Pero esto quizás sea lo de menos: uno puede entender que haya alguien que piense de otra manera, y el juez da para ello razones que a mí no me parecen suficientes pero que, desde luego, son muy dignas de ser discutidas: incluso creo que contribuyen a poder entender mejor el caso. Lo que me parece completamente equivocado es el estilo de su voto (insisto una vez más, de longitud desmesurada). Y es equivocado porque parece más el alegato de un abogado (un abogado defensor de los acusados) que la motivación de un juez. Lo que, yo creo, tendría que haber expresado en su voto particular (y quizás no lo haya hecho por lo que decía en el anterior punto) es la existencia de dudas razonables sobre el carácter no consentido de lo ocurrido. Por supuesto, dando las razones pertinentes para justificar por qué tenía esas dudas y por qué la existencia de las mismas junto con el principio de presunción de inocencia le llevaba a la declaración de inocencia de los procesados, sin tener que empeñarse para ello en mostrar y magnificar lo equivocados que estaban sus colegas. Lo cual, por cierto, le habría permitido muy probablemente escribir un voto de unas 20 o 30 páginas, y no de más de 200.

10.

Y vayamos ahora a la sentencia, a la opinión de la mayoría. Como antes he dicho, su redacción es un tanto defectuosa, pero en su conjunto resulta un texto coherente, y la decisión a la que llega, razonable. El autor del voto disidente les “acusa” (creo que no me excedo al utilizar esta expresión) de hacer un relato de los hechos sesgado para que el mismo concuerde con la calificación y el fallo. No dudo de que tenga razón en esto, pero otro tanto se le podría reprochar a él: el hurto del móvil –que es un elemento que no parece contribuir a dar verosimilitud a su relato de los hechos- está extrañamente silenciado en su prolijísimo examen del material fáctico. Aunque, si uno recuerda la famosa crítica de Jerome Frank (formulada hace casi un siglo) al silogismo judicial y su descripción de cuál es el proceso psicológico que lleva a los jueces a tomar primero una decisión (establecer la conclusión del razonamiento) para luego construir las premisas, lo que habría que decir es que ese es, simplemente, un proceso inevitable (así

es como la gente de hecho –y no sólo los jueces- toma las decisiones) y, en ese sentido, no merecedor de ningún juicio de reproche. En lo que habría que fijarse no es en eso, sino en si las razones justificativas aportadas en la sentencia resultan o no satisfactorias. Y sobre esto, y para concluir, a mí me gustaría señalar lo siguiente:

En primer lugar, quienes se enfrenten con el material probatorio existente y las normas jurídicas aplicables al caso llegarían, yo creo, con cierta facilidad a un primer acuerdo consistente en negar la existencia tanto de consentimiento como de violencia; el problema de calificación se circunscribiría entonces al de optar por la figura de abuso con prevalimiento, o bien de agresión sexual con intimidación.

En segundo lugar, creo que personas razonables tendrían que reconocer que estas dos figuras, por un lado, no tienen contornos completamente nítidos (no están perfectamente elaboradas por la doctrina y por la jurisprudencia: quizás no puedan estarlo), y, por otro lado, tienen entre sí un considerable grado de homogeneidad (esta última es, creo, doctrina generalmente aceptada), de manera que las discrepancias que pudiera haber en este punto no deberían exacerbarse. Es más, el prevalimiento suele definirse como una intimidación de grado menor, de manera que lo que se discute sería, entonces, simplemente una cuestión de grado, aunque en este caso una diferencia de grado pueda significar también una diferencia cualitativa. Pero, en todo caso, nadie se coloca fuera de la razonabilidad por defender una u otra tesis.

En tercer lugar, parecería que uno debería inclinarse, desde un punto de vista más bien abstracto, por considerar que lo que habría habido ha sido más bien intimidación que prevalimiento. Y la razón principal para ello es que, en principio, el prevalimiento lleva a pensar en un tipo de circunstancias que no son las aquí presentes.

Sin embargo, y en cuarto lugar, hay dos elementos que podrían inclinar la balanza en favor de la calificación efectuada en la sentencia (abuso con prevalimiento). Uno es que la no existencia de violencia (esto, creo, es algo claro) y alguna duda razonable que pudiera tenerse sobre la prueba en relación con la intimidación, debería llevar, lógicamente, a optar por la figura menos grave. Y el otro es que optar por calificar como agresión sexual con intimidación llevaría a imponer una pena que podría considerarse manifiestamente excesiva, esto es, iría en contra del principio de proporcionalidad de la pena (y no parece muy claro que pudiera evitarse esa consecuencia sin llevar a cabo un verdadero “retorcimiento” de las normas penales).

De manera que, todo sumado, si yo hubiese sido uno de los miembros del tribunal, me parece que habría optado por la decisión de la mayoría.

¿AUTONOMÍA DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS O EL DELITO PREVIO COMO ELEMENTO NORMATIVO DEL TIPO? A PROPÓSITO DE LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 01-2017/CIJ-433

William Dante Riojas Santisteban
Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo

I. INTRODUCCIÓN. II. OBJETO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS. 1. Dinero. 2. Bienes. 3. Efectos o *productascaeleris*. 4. Ganancias o *scelerequasita*. 5. Títulos valores III. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA DEL DELITO FUENTE DEL LAVADO DE ACTIVOS. 1. Elemento normativo del tipo. 2. Autonomía sustantiva. 3.Autonomía procesal. 4.Condición objetiva de punibilidad. 5. El delito previo como un hecho fenomenológico.IV. LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ433. V. CONCLUSIONES. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho penal económico ha surgido en tiempos de la globalización, como un instrumento independiente del derecho penal clásico el cual ha sido y es protector de bienes jurídicos individuales (vida y salud, libertad, patrimonio, etc.), teniendo como característica esencial la de apoyarse sobre normas penales en blanco y leyes especiales que tipifican delitos específicos, además protege bienes jurídicos supraindividuales.

Así, tenemos que los bienes jurídicos supraindividuales son protegidos por tipos penales como el lavado de activos, que protegen bienes jurídicos como el orden socioeconómico, la administración de justicia o la libre competencia, con la finalidad de evitar que capitales sucios provenientes de delitos tales como el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas o los delitos contra la administración pública, ingresen en el circuito económico alterando significativamente el comercio internacional entre naciones o el orden interno.

En esa perspectiva, y con la finalidad de resguardar los intereses de los Estados, organismos internacionales han formulado instrumentos[1] que sirven como patrón para que países que deseen combatir esta nueva forma de criminalidad, y que ante su mundialización[2], puedan sancionar a los agentes que realicen la comisión de los delitos que se consideren graves en sus respectivas realidades.

Ante esta alternativa, países han adaptado a sus ordenamientos leyes penales antilavado, con la finalidad combatir la lacra de la criminalidad aplicando la normativa estándar desarrolladas en convenciones y recomendaciones realizadas cada cierto tiempo y que permiten mejorar la legislación de los países en esta materia, afrontando los diversos problemas que surgen en cada realidad.

Nuestro país no ha sido ajeno a estas recomendaciones y se ha visto en la obligación de combatir el crimen organizado a través de leyes antilavado que han sido implementadas, con ciertos ajustes a través del tiempo, y de acuerdo a los estándares establecidos en los convencione internacionales como las de Viena, Mérida o Palermo.

---

1 *Cfr*. ANDRADE SÁNCHEZ, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, UNAM, México D.F., 1997, p. 14.

2 *Cfr*. BAIGÚN, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000, p. 04 y ss.

La regulación en el Código Penal de 1991 y posteriormente la promulgaciones de leyes especiales como la Ley N° 27765, derogada posteriormente por el actual Decreto Legislativo N° 1106, en el marco de la lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado, ha sido normativa implementada en nuestro país para combatir éste fenómeno.

De esta manera, nos atrevemos a esbozar una definición de lavado de activos, siendo el proceso mediante el cual un sujeto o una organización, se dedica a realizar actividades económicas u operacionesfinancieras o comerciales, así como realizar actos de ocultamiento o tenencia, con la finalidad de integrar alcircuito económico o solamente realizar su uso de manera temporal o permanente,de los activos o capitalesprovenientes de origen ilícito o del crimen organizado,sin poder ser detectados ya sea para ocultar bienes ogenerar ganancia alguna[1].

En los últimos tiempos se ha discutido sobre el delito previo del lavado de activos y claro está, es un tema de gran relevancia práctica, más aun con reciente jurisprudencia[2] que originó un acalorado debate en nuestro medio. Así, dentro de la doctrina encontramos posiciones encontradas respecto a éste punto. La terminología utilizada en la normativa penal antilavado es «*origen ilícito*» (Arts. 1°, 2°, 3° y 10° del D.L. 1106) y «*actividades criminales*» (Art. 10° del D.L. 1106).

Con respecto al primer término utilizado se hace alusión a la ilicitud de los bienes maculados. En ninguna parte de la Ley se habla de delito previo o delito fuente, sin embargo, el origen de los bienes no podría desprenderse de una falta, por ello se deduce que provienen de un delito, mientras que la segunda terminología hace referencia, de manera genérica, al conjunto de operaciones relacionadas a los delitos previos, como son: «*minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, terrorismo, financiamiento del terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, proxenetismo, trata de personas, tráfico ilícito de armas, tráfico ilícito de migrantes, delitos tributarios, extorsión, robo, delitos aduaneros o cualquier otro con capacidad de generar ganancias ilegales*» a excepción de la receptación.

Por otra parte, éste dispositivo incluye una regla procesal —aunque dentro de una norma sustantiva— a través de la cual, se llega a acreditar el conocimiento o la presunción del origen ilícito de los bienes maculados, mediante la prueba indiciaría cuando no exista una prueba directa sobre dicho origen. Asimismo, como novedad en la última modificatoria de la Ley, se sanciona también el autolavado[3], es decir, la punibilidad de aquellos autores que intervinieron en los delitos o actividades criminales que dieron origen a los bienes maculados.

---

1 RIOJAS SANTISTEBAN, William D., «Algunos aspectos generales del delito de lavado de activos», En: *Revista Ipso Iure*, Año 10, N° 38, Agosto 2017, p. 247.

2 Casación penal 92-2017 Arequipa (08.08.2017), fundamento jurídico 18.

3 *Vid*. AMBOS, Kai, «La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania», En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, 2015, pp. 305 y ss; *Vid*. CARO CORIA, Dino C., «Lavado de activos provenientes del delito tributario», En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, 2015, pp. 177 y ss; *Vid*. POLAINO-ORTS, Miguel, «Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: Cuestiones problemáticas fundamentales de parte general», En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, 2015, pp. 217 y ss.

II. OBJETO DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Nuestra normativa penal antilavado contenida en el D.L. 1106, en sus arts. 1°, 2° y 3°, ha incluido dentro del delito de lavado de activos –siguiendo las recomendaciones de los instrumentos internacionales[1]–, una serie de objetos materiales[2] tratando de establecer un concepto lo suficientemente amplio para abarcar los bienes muebles, los inmuebles y los derechos sobre unos y otros, no limitado al dinero, sino también a otros activos[3], tales como los efectos o ganancias e incluso instrumentos financieros negociables emitidos "al portador"[4], con la finalidad de atacar el lavado en cadena.

1. Dinero

Por dinero se entiende al efectivo circulante, esto es a la moneda o billetes de circulación monetaria corriente, sea moneda nacional o extranjera[5], es decir billetes de banco o monedas que están en circulación como un medio de intercambio[6] de curso legal[7], cuya función es la de ser medida de valor para traducir los precios de las transacciones corrientes y facturas; ser patrón de pagos diferidos, de modo que permita prestar o recibir prestamos cuya devolución, con un interés, se realizará en el futuro; y ser depósito de valor, de modo que permita realizar un ahorro para gastarlo tanto en el presente como en el futuro[8] y como característica importante también la de fungibilidad que facilita el blanqueo de éste respecto a otros bienes y la de fácil desplazamiento[9].

En la actualidad, muy aparte del dinero en físico, ha surgido la idea de la utilización del dinero electrónico (*bitcoins*), como medio de pago en una determinada región o ramo de la economía[10], convirtiéndose incluso en fondos de riqueza soberana[11]. Por ello no resulta descabellado obviar ésta función y es importante tener en cuenta su calidad de medio de pago en transacciones de tráfico de armas, delitos tributarios, financiamiento del terrorismo, tráfico de drogas o lavado de activos[12], debido a

1 *Cfr*. ABANTO VÁSQUEZ, Manuel A., *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Grijley, Lima, 2017, p. 98.

2 Para HINOSTROZA PARIACHI, Cesar, *El delito de lavado de activos. Delito fuente*, Grijley, Lima, 2009, p. 112; «algunos autores afirman que el objeto material no serían estos, sino la verdadera naturaleza, el origen, la localización, el destino, los derechos o la propiedad sobre los bienes, pero esa visión olvida que las citadas expresiones no son sino meras cualidades o características de los bienes».

3 BLANCO CORDERO, Isidoro, «Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero», En: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C., 2014, p. 122.

4 No obstante, GARCÍA CAVERO, Percy, *El delito de lavado de activos*, Jurista, Lima, 2013, p. 95; señala que «el tipo penal de transporte y traslado hace mención específica a los títulos valores, lo que se explica por el sentido de dicha incriminación, pero no ofrece un objeto adicional a los ya contemplados, pues no hay duda que el título valor es un bien».

5 GÁLVEZ VILLEGAS, Tomas A. *El delito de lavado de activo*, Instituto Pacifico, Lima, 2014, p. 178.

6 *Cfr*. ROSAS CASTAÑEDA, Juan A.,*La prueba en el delito de lavado de activos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 237.

7 *Cfr*. REÁTEGUI SÁNCHEZ, James, *Criminalidad empresarial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2012, p. 171.

8 HINOSTROZA PARIACHI, C., *Ob. Cit.*, p. 113.

9 *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 239 y ss.

10 *Cfr*. ABANTO VÁSQUEZ, M. A., *Ob. Cit.*, p. 99.

11 «Los fondos de riqueza soberana usarán *bitcoin*, no petróleo», En: <http://gestion.pe/economia/fondos-riqueza-soberana-usaran-bitcoin-no-petroleo-2198662> Consultado el 30/08/2017.

12 «Lacaramásoscuradel'*bitcoin*'», En: <https://economia.elpais.com/economia/2014/09/12/actualidad/1410537156_332106.html> Consultado el 30/08/2017.

su característica de encriptaciónlo que hace muy difícil su detección en transacciones sospechosas vía internet, situación que no se puede obviar. No obstante, es labor de la doctrina[1] considerar ésta moneda electrónica como objeto[2] del delito de lavado de activos.

La Corte Suprema se pronunció con respecto al valor de los bienes objeto del delito de lavado de activos, señalando lo siguiente:

> «*Es importante destacar que para el derecho penal nacional, el valor económico o el monto dinerario de los activos involucrados en las distintas modalidades de lavado, carecen de significado para la tipicidad y penalidad del delito. En cambio, para otras legislaciones, como la vigente en Argentina, la calidad de delitos de los actos de conversión, transferencia, ocultamiento o tenencia sí queda supeditada al valor económico de las operaciones realizadas. En ese sentido, el artículo 278º del Código Penal de aquel país establece: "Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de dos a diez veces el monto de la operación el que convirtiere, transfiere, administrare, vendiere, gravare o aplicare de cualquier otro modo dinero u otra clase de bienes provenientes de un delito en el que no hubiere participado, con la consecuencia posible de que los bienes originados o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito y siempre que su valor supere la suma de cincuenta mil pesos (S/. 50.000), sea en un acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí"*»[3].

Por regla general, la normativa antilavado no exige que el valor de los bienes alcance una cierta entidad para que exista delito de blanqueo, lo cual provoca dos insatisfactorias consecuencias: de un lado, el tipo penal abarca negocios de bagatela de cuantía insignificante; de otro lado, castiga con el mismo marco penal a quien recicla nimias cantidades de dinero y a quien blanquea millones[4].

En nuestro caso la normativa no señala textualmente cual es tope máximo del monto del dinero o valor de bienes los mismos que pueden ser objeto del delito de lavado de activos, tan sólo hace se mención a las circunstancias agravantes señalando que *el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados sea superior al equivalente a quinientas (500) Unidades Impositivas Tributarias*[5], y por otro lado se señala la circunstancia atenuante *cuando el valor del dinero, bienes, efectos o ganancias involucrados no sea superior al equivalente a cinco (5) Unidades Impositivas Tributarias*[6].

En opinión de García Cavero quien hace una diferencia entre el monto y la consumación señala que «*debe tenerse en cuenta que el valor de los activos no puede descartarse como un elemento de juicio para determinar si se está realmente ante un lavado de activos o ante un simple acto de agotamiento del delito*»[7], dejando espacio discrecional al juzgador si considera a los pequeños montos

---

1 ANGUIANO JIMÉNEZ, José M., «La prueba electrónica en la banca digital. El soporte duradero», En: *La prueba electrónica. Validez y eficacia procesal*, Juristas con futuro, España, 2016, p. 88; sin embargo otros autores, entre ellos MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. «Aspectos penales de la reforma del delito de lavado de activos dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1249», En: *Actualidad Penal*, N° 32, Lima, Febrero del 2017, p. 44. consideran que, de acuerdo a la Ley 29985, se ha excluido totalmente la posibilidad que la norma haya contemplado la posibilidad de incluir el dinero electrónico en la modalidad de actos de transporte y traslado, señalando que «con esto parece excluirse de este elemento típico del art. 3 [D.L. 1106] al denominado dinero electrónico».

2 La futura problemática de la inclusión del dinero electrónico como objeto del delito de lavado de activos se encontraría en su detección y su decomiso.

3 Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, fundamento 28.

4 MARTÍNEZ-BUJÁN, Carlos, *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, Parte especial, 4ta ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 600; ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 183.

5 Art. 4°, inc. 3° D.L. 1106.

6 Art. 4°, tercer párrafo, D.L. 1106.

7 Respecto al agotamiento del delito fuente del lavado de activos GARCÍA CAVERO, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: El delito previo y la cláusula de aislamiento», En: *Revista lecciones tributarias,* INDESTA-SUNAT, Año 01, N° 01, 2013, p. 160; pone como ejemplo «Si un funcionario público que ha cobra-

como objeto del delito de lavado de activos.

Otro criterio que se debe tener en cuenta es lo señalado por GÁLVEZ VILLEGAS, quien refiere que «*no se puede poner en funcionamiento la maquinaria de control penal, puesto que desde una perspectiva racionalizadora, ello resultaría desproporcionado, estando a las elevadas penas con las que se sanciona el delito de lavado de activos*»[1]. Este autor ha sugerido alternativas de solución para ésta problemática, tales como la remuneración mínima vital para diferencia el delito de la falta[2], posición que no resulta tan descabellada en virtud a la estabilidad y poca depreciación de nuestra moneda nacional.

Aunado a la solución que plantean los autores antes mencionados, nos atrevemos a sugerir como solución para el monto tope del valor del dinero o los bienes objeto del delito de lavado de activos, lo señalado en la normativa[3] referente a la cantidad de dinero trasladado por una persona ya sea en su ingreso o salida del país, la suma de USS$ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 dólares americanos). Deduciéndose de la voluntad del legislador que la protección del bien jurídico protegido del lavado de activos, tiene como monto inferior en ésta suma, ya sea que el traslado de éste dinero sea al interior como también al exterior, *contrario sensu*, un monto menor a éste se consideraría un negocio de bagatela y no persecutorio por el delito de lavado de activos.

2. **Bienes**

A diferencia de los actos de conversión y transferencia y actos de ocultamiento y tenencia, los bienes no son objeto del art. 3 del D.L. 1106 (Actos de transporte, traslado ingreso y salida) los cuales son objeto solamente el dinero o los instrumentos financieros. En nuestra normativa penal antilavado tenemos que, desde un enfoque operativo y criminalístico, PRADO SALDARRIAGA, distingue de manera interesante, tres clases de bienes o activos del delito de lavado de activos, así tenemos a:

> «*1) Los bienes que son producto inmediato del delito fuente o precedente, los cuales serán objeto de acción en los delitos de conversión o actos de colocación. 2) Los que son bienes transformados y que serán aquellos resultantes de prácticas de intercalación, siendo estos el objeto de acción propio de delitos de transferencia. 3) Los bienes mezclados que son los que han fusionado bienes ilícitos más bienes derivados de fuente ilícita. Estos bienes se constituyen en el objeto de acción de los delitos de ocultamiento y tenencia a través de actos de integración*»[4].

Este doctrinario y la jurisprudencia[5], clasifican acertadamente y de manera didáctica, los *bienes* en su condición de objeto del delito de lavado de activos, siendo representados en cada una de las fases del lavado (colocación, intercalación e integración).

Otra característica importante del *bien* como objeto del lavado, es como bien refiere ARÁNGUEZ SÁNCHEZ que «*para ser objeto material del delito de blanqueo, deben ser susceptibles de tráfico mercantil, pues dicho requisito está implícito en la idea de la circulación de bien por la economía legal que subyace en la ratio legis del precepto, el cual alude expresamente al que "adquiera, convierta o transmita bienes"; así como en*

---

do una coima de poca monta, adquiere con ese dinero un determinado bien, está claro que no está haciendo un acto de conversión del activo, sino un agotamiento del delito».

1 GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *Ob. Cit*., p. 176.

2 *Cfr*. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *Ob. Cit.*, p. 184.

3 Sexta disposición complementaria, transitoria y final de la Ley Nº 28306.

4 PRADO SALDARRIAGA, Víctor R. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Idemsa, Lima, 2013, p. 239; *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *El delito de lavado...*, *Ob. Cit.*, p. 244.

5 *Vid*. Recurso de Nulidad N° 3474-2012Lima (22.08.2013), fundamento IV.7.b.

la misma finalidad finalidad perseguida por el blanqueador»[1] la cual es el ocultamiento de los bienes del accionar del aparato de justicia.

Como habíamos advertido en un inicio, el legislador nacional ha elegido, como técnica legislativa, separar el término *bienes* de los términos *dinero, efectos, ganancias* e *instrumentos financieros*, pretendiendo —como señala Prado Saldarriaga— que con «*esa pluralidad de categorías pueda asimilar y cubrir, con facilidad, dada su flexibilidad y equivalencia hermenéutica, las múltiples variaciones que pueden ocurrir y sobrevenir durante el ciclo operativo del proceso de lavado de activos, a partir del momento de la colocación del dinero ilegal producido*»[2], así como también no establece un monto o un valorización en que se pueda cuantificar el *bien* objeto del lavado de activos.

Éste conglomerado de términos se podría justificar —como refiere Blanco Cordero— en que «*uno de los criterios empleados para interpretar los términos jurídicos-penales es el que atiende a la finalidad teleológica. Finalidad de los preceptos analizados es la punición de las conductas dirigidas al encubrimiento de los capitales y beneficios económicos obtenidos de los delitos graves*»[3].

No obstante, doctrina autorizada[4] critica severamente el excesivo casuismo que se ve plasmado en nuestra legislación nacional, sobre la descripción de varios objetos del lavado, cuando lo correcto sería tener un sólo objeto del delito de lavado de activos, el mismo que vería reflejado solamente en el término *bien*, dentro del cual se verían subsumidos, —realizando un ejercicio de interpretación[5]—, los demás objetos ya descritos en nuestra normativa penal antilavado (dinero, efectos, ganancias e instrumentos financieros). No le faltaría razón a quienes realizan ésta apreciación, teniendo en cuenta que los instrumentos internacionales definen que *por "bienes" se entenderá los activos de cualquier tipo, corporales o incorporales, muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, y los documentos o instrumentos legales que acrediten la propiedad u otros derechos sobre dichos activos*[6].

Ante ésta problemática, debemos partir de manera general, que el término *bien*[7]comprende patrimonio, caudal, utilidad, beneficio, cosas materiales o inmateriales como objetos de derecho y todo aquello que pueda satisfacer la necesidad humana.

Deduciendo de esta manera, que el término *bien* tiene una definición muy amplia, así para Caro Coria «*el concepto de bienes abarca tanto la noción de dinero, como de efectos y ganancias, lo que se aprecia con claridad en las amplias definiciones previstas en las Convenciones de Viena y de Palermo*»[8], en tal sentido, como

1 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *Ob. Cit.*, p. 182; *Cfr*. ROSAS CASTAÑEDA, J. A., *Ob. Cit.*, p. 237.

2 PRADO SALDARRIAGA, V., *Ob. Cit.*, p. 238.

3 BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ra ed. Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 248.

4 *Cfr*. DEL CARPIO-DELGADO, Juana, «La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio», En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, 2015, Vol. XXXV, p. 666; *Cfr*. LA MISMA, «Breves comentarios sobre la reforma del 2016 del delito de lavado de activos», En: *Actualidad Penal*, N° 32, Lima, Febrero del 2017, p. 18; en la doctrina nacional: *Cfr*. CARO CORIA, Dino C. «Sobre el tipo básico de lavado de activos», En: *Lecciones tributarias*, Año 01, N° 01, Lima, 2012, p. 202; *Cfr*. EL MISMO, *Derecho penal económico*, Parte Especial, Tomo II, Jurista, Lima, 2016, p. 652; en ese mismo sentido *Cfr*. MEINI MÉNDEZ, Iván, *El delito de receptación*, Justicia Viva-PUCP, Lima, 2005, p. 15; *Cfr*. GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *Ob. Cit.*, pp. 179-180.

5 *Cfr*. HINOSTROZA PARIACHI, C., *Ob. Cit.*, p. 117.

6 *Vid*. Convención de Viena, art. 1.q; Convención de Palermo, art. 2.d; GARCÍA CAVERO, P., *El delito de lavado…, Ob. Cit.,* p. 95.

7 *Vid*. «Bien» en cualquier edición del Diccionario de la RAE.

8 CARO CORIA, D. C., «Sobre el tipo básico…», *Ob. Cit.*, p. 203; *Cfr*. EL MISMO, et al, *Derecho penal económico*, P. E., T. II, *Ob. Cit.*, p. 654; *Cfr*. ABANTO VÁSQUEZ, M. A., *Ob. Cit.*, p. 101; ABEL SOUTO, Miguel A. (2001), *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Tesis doctoral, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España, pp. 227 y ss; por su parte lado GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *Ob. Cit.*, p. 180; refiere que «se debe tomar en cuenta como bienes (objeto del delito de lavado), a todos aquellos que

menciona Mendoza Llamacponcca: «*el concepto de bien debe buscar abarcar con amplitud suficiente a todos los objetos (materiales e inmateriales) susceptibles de ser tanto valorados económicamente cuanto incorporados en el trafico económico*»[1], es decir el término *bien* incluye los demás objetos del delito de lavado de activos.

Finalmente señalamos que no solamente los instrumentos internacionales engloban los demás objetos del delito de lavado de activos dentro de uno sólo, lo mismo sucede en España y Alemania cuyos tipos penales son sumamente amplios. Como bien señala Del Carpio Delgado «*la amplitud con que se ha interpretado el término bienes tiene la ventaja de abarcar la punición de todas las conductas que recaigan sobre cualquier modalidad que puedan revestir los beneficios, ganancias o productos que tengan su origen en el delito previo. Sin embargo, no todos estos bienes pueden constituirse en objeto material del blanqueo; lo serán sólo aquellos que sean susceptibles de ser valorados económicamente, incorporables al patrimonio y, por tanto, incorporables al tráfico económico*»[2].

3. Efectos o*productascaeleris*

Por *efectos* se entiende el universo de los activos[3], objetos[4] o productos[5], resultado de la acción delictiva o del delito previo, producidos de manera directa e indirectamente[6], siempre y cuando sean susceptibles de tráfico mercantil[7], es decir, se refiere a todo aquello que tenga contenido económico y sea negociable[8].

Comenta GÁLVEZ Villegas con respecto a éste objeto del delito de lavado de activos que:

> «(...) *los efectos del delito pueden existir en cualquier tipo de bienes o activos con contenido patrimonial, sobre los cuales pueden realizarse la acción configurativa del delito de lavado de activos; esto es, puede tratarse de cualquier tipo de bienes, de dinero u otros tipos; es decir, puede tratarse del dinero obtenido por la venta de la droga, el dinero obtenido por el sicariato, el dinero obtenido por el agente del delito tributario cuando este delito se comete a través de maniobras fraudulentas para obtener un crédito o un beneficio fiscal, etc.; asimismo, puede tratarse de bienes obtenidos como contraprestación por participar en el delito u otro tipo de bienes de contenido patrimonial a través del delito*»[9].

Asimismo la Corte Suprema peruana ha entendido, de manera general, que los efectos del delito o *productascaeleris* son los objetos producidos mediante la acción delictiva, como el documento o la moneda falsa, así como las ventajas patrimoniales derivadas del hecho punible, como el precio del cohecho, el del delincuente a sueldo, o la contraprestación recibida por el transporte de droga, etc.[10]

4. Ganancias o*scelerequasita*

Conocida también con el término de *scelerequasita*[11], así, definiéndola de manera general, podríamos decir que *ganancia* es un beneficio o ventaja económica, «*utilidad que resulta del trato, del comercio o de otra*

---

constituyen objetos de la actividad criminal previa, es decir, a los que existían antes del delito y respecto de los cuales se reconocía la titularidad, más no así a los bienes que son producidos o que se generan a partir del delito, pues, estos entraran dentro de los conceptos de efectos o ganancias».

1 MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *Ob. Cit*., p. 243.

2 DEL CARPIO DELGADO, Juana, «Principales aspectos de la reforma del delito de blanqueo. Especial referencia a la reforma del art. 301.1 del Código penal», En: *Revista Penal*, Tirant Lo Blanch, N° 28, Valencia, Julio del 2011, p. 7.

3 *Cfr*. GARCÍA CAVERO, P., *Ob. Cit.,* p. 95.

4 *Cfr*. REÁTEGUI SÁNCHEZ, J. *Ob. Cit*., p. 171.

5 *Cfr*. ROSAS CASTAÑEDA, J. A., *Ob. Cit*., p. 240.

6 *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *Ob. Cit*., p. 244.

7 *Cfr*. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *Ob. Cit*., p. 204.

8 *Cfr*. HINOSTROZA PARIACHI, C., *Ob. Cit*., p. 117.

9 GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *Ob. Cit*., p. 181.

10 Acuerdo Plenario 5-2010/CJ-116, fundamento II.9.A.

11 *Cfr*. ROSAS CASTAÑEDA, J. A., *Ob. Cit*., p. 241; *Cfr*. ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *Ob. Cit*., p. 204; *Cfr*. BLANCO CORDERO, I., *El delito de blanqueo… Ob. Cit*., p. 251; *Cfr*. CARO CORIA, D. C., «Sobre el tipo básico…», *Ob. Cit*., p. 203; *Cfr*. EL MISMO, et al, *Derecho penal económico*, P. E., T. II, *Ob. Cit*., p. 654.

acción»[1], así también se entiende por «*rédito o interés de inversiones y depósitos,* [que] *pueden producirse luego de culminado el proceso de lavado en la etapa de integración*»[2]. En suma, para la Ley se trata de activos que deben provenir o haberse originado, producido o generado en actividades delictivas[3].

Siendo así que, Martínez Buján, define a éste objeto como: «*la utilidad o las ganancias del delito, incluyendo entre las ganancias el precio, la recompensa o la promesa para cometer un delito (ej. la contraprestación que recibe el asesino para cometer el asesinato por precio); incluso en algún caso el propio objeto material del delito precedente (ej., los bienes objeto material de un delito de malversación de caudales públicos o el botín procedente de un delito patrimonial)*»[4].

En palabras de Aránguez SÁNCHEZ, la *ganancia* es: «*El beneficio que obtiene el delincuente con la realización del delito, es decir, la denominada scelerequasita, también es susceptible de ser objeto material del delito de blanqueo, siendo además éste el supuesto más frecuente desde un punto de vista criminológico. De la ganancia fruto del delito, hay deducir los gastos generados por su comisión*»[5].

Por otro lado Abanto VÁSQUEZ refiere que el termino ganancias debería restringirse a «*efectos mediatos, es decir, no a los que provengan directamente del delito previo (estos serían efectos), sino a los que obtuvieran tras sucesivas transformaciones de estos bienes a través de operaciones licitas (los provenientes de otras operaciones ilícitas también serían efectos)*»[6].

Para Blanco Cordero, en cambio, la ganancia es un concepto jurídico incierto, teniendo como tema controversial, la distinción entre dos clases de ganancias: las ***ganancias netas***, que sólo pueden ser objeto material del delito de blanqueo lo obtenido del delito, una vez que se ha descontado lo que el delincuente ha invertido en la realización del mismo (método de descuento) y las ***ganancias brutas***, considerando como objeto material del delito de blanqueo a todos los bienes obtenidos del delito, sin que haya que descontar de ellos el valor de lo invertido en su ejecución, argumentando que el sujeto debe asumir el riesgo de perder sus bienes invertidos aplicándoseles el decomiso[7].

Con respecto al decomiso de las *ganancias* ilícitas, el autor nacional GÁLVEZ Villegas, —siguiendo éste autor la posición de las ganancias brutas— señala que «*hay que considerar que cualesquiera que fuesen los cambios o los incrementos que hubieran experimentado las ganancias, estas siguen teniendo un origen delictivo; debiendo considerarse el monto total en su conjunto, es decir, tanto las ganancias iniciales así como los incrementos obtenidos mediante los actos aparentemente lícitos, pues éstos últimos siguen teniendo como su única fuente al delito (las ganancias del delito)*»[8].

5. Títulos valores

En opinión de Montoya Alberti«[e]*ste tipo de documentos ha*[n] *respondido a muchas denominaciones, unas aceptadas y otras criticadas. Doctrina y legislación extranjera los identifica como títulos de crédito, títulos de cambio, valores comerciales, efectos de comercio, etc. Sin embargo, nuestra legislación y nuestra doctrina han optado por denominarlos títulos valores*»[9], en nuestro caso lo señalado por la Ley 27287, Ley de Títulos

1 *Vid*. «Ganancia» en cualquier edición del Diccionario de la RAE.
2 PRADO SALDARRIAGA, V., *Ob. Cit*., p. 238.
3 CARO CORIA, D. C., «Sobre el tipo básico…», *Ob. Cit*., p. 202; *Cfr*. EL MISMO, et al, *Derecho penal económico*, P. E., T. II, *Ob. Cit*., p. 652;
4 MARTÍNEZ-BUJÁN, C., *Ob. Cit*., p. 599.
5 ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, C., *Ob. Cit*., p. 204; HINOSTROZA PARIACHI, C., *Ob. Cit*., p. 117.
6 ABANTO VÁSQUEZ, M. A., *Ob. Cit*., p. 100.
7 *Cfr*. BLANCO CORDERO, I., *Ob. Cit*., pp. 251 y ss.; *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *Ob. Cit*., pp. 246 y ss.
8 GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *Ob. Cit*., p. 185.
9 MONTOYA ALBERTI, Hernando, *Problemas de la emisión de títulos valores. Enfoque jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p. 7.

Valores. El titulo valor es el valor materializado que representa o incorpora derechos patrimoniales y que está destinado a la circulación[1].

Este objeto del delito de lavado de activos se encuentra en la modalidad regulada en el art. 3° del D.L. 1106, sobre actos de *transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito*, y se encuentra incluido debido a —como refiere Bauché— «*la seguridad con la que pueden hacerse efectivos los derechos de créditos incorporados a este género de instrumentos comerciales, unida a su fácil transmisibilidad, los convierte en un medio idóneo para facilitar la ulterior circulación de capitales ilícitos de cara a su final reinversión*»[2].

Para GÁLVEZ Villegas, «*si bien los títulos valores serán objeto del delito de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional, previsto en el artículo 3° de la Ley, si se tratara de la conversión o transferencia de los activos contenidos en estos títulos, también deberán ser considerados como objeto del delito previsto en el artículo 1° de la Ley*»[3].

La problemática con respecto a ésta modalidad, siguiendo a Mendoza Llamacponcca, «(…) *radica en que* [la Ley N° 27765 reemplazada por el D.L. 986] *proyectaba dichas conductas típicas* [transportar, trasladar, hacer ingresar y hacer salir] *sobre un objeto material más amplio: bienes, efectos o ganancias. En la nueva regulación, sin embargo, se la restringe a la fórmula "dinero en efectivo" o "instrumentos financieros negociables emitidas al portador" (que reemplazó a la expresión jurídica "títulos valores")*»[4].

III. TEORÍAS QUE EXPLICAN LA NATURALEZA DEL DELITO FUENTE DEL LAVADO DE ACTIVOS

Para empezar, han surgido dentro de la doctrina posiciones que explican la naturaleza del delito previo del lavado de activos. Opiniones que volvieron ameno el debate antes de la dación de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, mediante la cual se dilucida y se toma posición acerca de la postura que deben seguir los órganos jurisdiccionales en los procesos penales de lavado de activos. Estas posiciones son: del delito fuente como elemento normativo del tipo, la autonomía sustantiva, la autonomía procesal, el delito fuente como condición objetiva de punibilidad y el delito previo como hecho fenomenológico. A continuación daremos un breve esbozo de cada uno de ellos.

1. Elemento normativo del tipo

Como hemos mencionado, éste tema tiene gran relevancia práctica. Para comenzar, la doctrina mayoritaria[5] considera que el delito previo, delito fuente o delito precedente, el cual es el generador de

1 GARCÍA CAVERO, P., *Ob. Cit.,* p. 95.

2 BAUCHÉ, Eduardo G.,*Lavado de dinero, encubrimiento y lavado de activos*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 2006, p. 69.

3 GÁLVEZ VILLEGAS, T. A. *Ob. Cit*., p. 192.

4 MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *Ob. Cit*., p. 250.

5 *Cfr*. BLANCO CORDERO, Isidoro, *El delito de blanqueo… Ob. Cit*., p. 904; *Cfr*. CARO CORIA, D. C., «Sobre el tipo básico…», *Ob. Cit*., p. 208; *Cfr*. CARO CORIA, Dino y ASMAT COELLO, Diana, «Régimen legal del lavado de activos (II): El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos», En: CARO CORIA, D. et al, *Derecho penal… Ob. Cit*., pp. 732-733; *Cfr*. CARO JOHN, José A., «¿Es el lavado de activos un delito autónomo?», En: <http://revistalawyer.com/2017/09/13/es-el-lavado-de-activos-un-delito-autonomo> Consultado el 2017-10-23; *Cfr*. CASTILLO ALVA, José L., «La necesidad de determinación del "delito previo" en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 04, Lima, octubre del 2009, pp. 339-363; *Cfr*. GARCÍA CAVERO, Percy, *Derecho penal económico*, Parte especial, Vol. I, 2da ed. Instituto

las ganancias ilegales, es un elemento normativo del tipo del lavado de activos. De ser así, el *origen ilícito* estaría abarcado por el dolo, esto es, cuando el agente conocía o debía presumir el *origen ilícito* de los bienes maculados. Incluso existen posiciones extremas que señalan que en aras del principio constitucional el sujeto activo debe ser informado de la imputación, se plantea que el delito previo debe tener una delimitación témpora-espacial[1], es decir que se le debe informar al imputado en la acusación fiscal, dónde y en qué fecha se cometió el delito fuente.

Según Roxin[2]la teoría del tipo penal tuvo su impulso debido al descubrimiento de los elementos normativos del tipo realizadopor Mayer, quien menciona como ejemplos de elementos normativos del tipo a la «ajenidad» de una cosa o la «falsedad» de un hecho[3], es decir, si bien es cierto habitualmente los elementos del tipo se perciben mediante los sentidos, ésta característica no se da en el caso de los elementos normativos[4], por lo que para su determinación se requiere una valoración, la misma que se encuentra abarcada por la antijuridicidad[5].

Para entender que es un elemento normativo del tipo penal y el termino *ilícito* como parte de éste, seguiremos la definición de Hurtado Pozo quien explica que « [l]*os elementos normativos se refieren* (…) *a aquellos factores que sólo pueden ser determinados mediante una apreciación de valor. Esta última puede tener un fundamento jurídico* (…)[e]*n ciertos casos, reposa sobre la experiencia y sobre los criterios morales y culturales* (…) [c]*on relación a la ilicitud, elemento del delito, es necesario tener en cuenta si el adjetivo "ilícito"* (…) *se refiere a algún elemento singular del tipo legal* (…) *o al comportamiento descrito en su totalidad* (…) [en este caso] *se trata de un verdadero elemento del tipo*»[6].

Así, tenemos con certeza, que el origen ilícito de los bienes (delito previo o delito fuente) es un verdadero elemento normativo del tipo penal de lavado de activos. Sin embargo, al ser delito de lavado de activos un tipo penal muy peculiar, en la práctica, su probanza podría resultar muy complicada, siendo ésta la crítica que se le endosa a la construcción normativa del delito de lavado, pues de ésta manera, se estaría produciendo un «*doble aseguramiento formal de la misma estructura normativa*»[7]

Pacífico, Lima, 2015, p. 601; *Cfr*. EL MISMO, «Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: El Delito Previo y la Cláusula de Aislamiento», En: *Lecciones tributarias*, Año 01, N° 01, Lima, 2013, p. 166; *Cfr*. EL MISMO, *El delito de lavado…Ob. Cit.*, p. 121; *Cfr*. HANCCO LLOCLLE, Ronal, «¿Es el "delito previo" o el "origen ilícito" de los activos lavados el elemento normativo del tipo penal?» En: <http://legis.pe/delito-previo-origen-ilicito-lavado-activos-elemento-normativo-tipo> Consultado el 2017-10-23; *Cfr*. HINOSTROZA PARIACHI, C., *Ob. Cit.*, pp. 142 y ss.; *Cfr*. LAMAS PUCCIO, Luis, *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, p. 179; *Cfr*. LAMAS SUÁREZ, Gerardo L., *El delito previo en el tipo penal de lavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 140-141; *Cfr*. PARIONA ARANA, Raúl, «El delito de lavado de activos en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433», En: <http://legis.pe/lavado-activos-sentencia-plenaria-casatoria-1-2017-cij-433> Consultado el 2017-10-26; *Cfr*. PARIONA PASTRANA, Josué, *El delito precedente en el delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y consecuencias procesales*, Instituto Pacifico, Lima, 2017, p. 100.

1 *Cfr*. CASTILLO ALVA, J. L., «La necesidad de determinación…», *Ob. Cit.*, pp. 339-363; *Cfr*. LAMAS PUCCIO, L., *La prueba indiciaria…*, *Ob. Cit.*, p. 179.

2 *Cfr*. ROXIN, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, (Trad. p. Enrique Bacigalupo) Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 60.

3 Ídem, p. 61.

4 *Ibídem*.

5 Ídem, p. 62.

6 HURTADO POZO, José, *Manual de Derecho penal*, Parte general, 3ra ed. T. I, Grijley, Lima, 2005, p. 411.

7 *Cfr*. PLASCENCIA RUBIÑOS, Liliana, «Apuntes para la determinación de la Cláusula Abierta del delito fuente en la estructura del delito de Lavado de Activos: A Propósito de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106», En: *Revista Foro Jurídico PUCP*, N° 13, Año 2014, p. 208

ocasionando con ello un menoscabo de los fines político-criminales de la norma penal antilavado, «*un retroceso en la construcción jurídico del delito de lavado*»[1], por no ser éste el «*sentido comunicativo de la norma penal*»[2], ocasionando con ello un escaso número de sentencias condenatorias, que a diferencia de países como España existe una gran producción de éstas[3], sin embargo debe tenerse en cuenta también que a diferencia de nuestro país, en España o Alemania, en sus normativas penales se encuentran regulados el delito de lavado de activos no sólo la modalidad dolosa sino también imprudente y en el caso alemán el tipo subjetivo será también el de imprudencia grave.

2. Autonomía sustantiva

Por otro lado, tenemos a quienes defienden la tesis denominada autonomía material o sustantiva[4] del delito de lavado de activos –posición a la que se ha plegado el Ministerio Público[5]–, señalándose que la autonomía del delito no solamente es procesal sino también es sustantiva o material, basándose en el Art. 10° D.L. 1106, el cual señala que: «*El lavado de activos es un delito autónomo por lo que para su investigación, procesamiento y sanción no es necesario que las actividades criminales que produjeron el dinero, los bienes, efectos o ganancias, hayan sido descubiertas, se encuentren sometidas a investigación, proceso judicial o hayan sido previamente objeto de prueba o condena* (…)».

Sin embargo, ésta posición ha recibido duras críticas[6] por su extremismo, su interpretación literal y la violación del principio de legalidad, a demostrar los hechos, asimismo viola los principios básicos constitucionales como la imputación necesaria, el derecho a la defensa y el derecho a probar,

1 *Cfr*. ALAS ROJAS, Diana L., «El delito fuente del delito de lavado de activos. Comentarios a propósito de la Cas. N° 92-2017-Arequipa», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 99, Lima, setiembre del 2017, p. 178.

2 *Cfr*. PÁUCAR CHAPPA, Marcial E., «El delito precedente en el lavado de activos: Comentarios a la luz del oficio circular Nº 024-2013-MP-FN-SEGFIN», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 49, Lima, julio del 2013, pp. 168-180.

3 *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, F., *El delito de lavado… Ob. Cit.*, p. 505.

4 *Cfr*. GÁLVEZ VILLEGAS, Tomás A., *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada*, Ideas, Lima, 2016, pp. 199 y ss; *Cfr*. EL MISMO, T. A. *El delito de lavado… Ob. Cit.*, pp. 89 y ss; *Cfr*. ROSAS CASTAÑEDA, J. A. *Ob. Cit.*, p. 427.

5 Al respecto, REYNA ALFARO, Luis M., *La decisión fiscal. La exclusión fiscal y el delito de lavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017, pp. 206-207; manifiesta con especial ironía señalando que: «[e]*n efecto, la cuestión del delito fuente no resulta tópico novedoso en el debate sobre la regulación penal del lavado de activos. De hecho su trascendencia y especial complejidad determinó que la propia Fiscalía de la Nación emitiera un oficio circular (Oficio Circular N° 24-2013-MP-FN-SEGIN, del 15 de mayo del 2013* […]*) dirigido a los Presidentes de las Juntas de Fiscales Superiores de todo el país en las que se establecen que "el delito de lavado de activos es un delito autónomo y no tiene delito fuente, 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 sentencia condenatoria". A la ciertamente provocadora –e inexacta– afirmación de que el lavado de activos "no tiene delito fuente" cabe agregar las instrucciones proporcionadas en dicho Oficio Circular sobre los "fiscales a cargo de investigaciones sobre lavado de activos" de observancia escrupulosa de la propuesta interpretativa contenida en el oficio Circular "bajo responsabilidad de comunicar a las Fiscalías Desconcentradas de Control Interno la no observancia de la misma" (del Oficio Circular)*».

6 *Cfr*. CARO CORIA, D. C., «Sobre el tipo básico…», *Ob. Cit.*, p. 208; *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel N., «Tratamiento del objeto material y el delito previo en el lavado de activos», En: *Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal,* Instituto Pacífico, Lima, 2016, p. 513; *Cfr*. LAMAS PUCCIO, L., *La prueba indiciaria…*, *Ob. Cit.*, pp. 180-181; *Cfr*. PARIONA ARANA, Raúl, «La ilusión de la "autonomía" del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249, ¿se puede condenar legítimamente a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 90, Lima, diciembre del 2016, pp. 12-17; EL MISMO, «Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía" del delito de lavado de activos», En: <http://www.rpa.pe/media/articulos/Lavado_de_activos_-_Pariona_-_ADP_2015.pdf> Consultado el 2017-10-03.

así como también colisiona con las garantías constitucionales e incluso en la parte sustantiva se le considera un imposible jurídico.

3. Autonomía procesal

Como hemos mencionado, no solamente se ha esgrimido la posición de una autonomía sustantiva, sino también se ha postulado una autonomía procesal[1] del delito de lavado de activos, basando su tesis en permitir que el Estado investiga los casos de lavado de activos, sin el obstáculo de probar ex ante el origen ilícito de los bienes maculados, así como, en caso que hubiera sentencia absolutoria del delito previo, esta debe servir como cosa juzgada para el de lavado, siempre y cuando la absolución del delito previo se hubiera basado en la antijudicidad. Las críticas[2] vienen de quienes consideran que la norma circunscribe el delito fuente a las «*actividades criminales*», pudiendo hacerse una interpretación extensiva del conjunto de actividades criminales.

4. Condición objetiva de punibilidad

Asimismo, tenemos la posición minoritaria de quienes consideran el delito previo del lavado de activos como condición objetiva de punibilidad[3]. Haciendo una diferenciación de las condiciones objetivas de punibilidad con las de perseguibilidad, Martínez PÉREZ citando a Delitala, explica «*que las condiciones de perseguibilidad están integradas por verdaderos actos jurídicos, privativamente destinados al procedimiento penal, en tanto que las condiciones de punibilidad no son actos, sino hechos jurídicos, que no afectan al proceso*»[4]. Siendo así, las condiciones de perseguibilidad no son elementos del tipo, sino presupuestos procesales. Con respecto al delito previo como una condición objetiva de punibilidad del delito de lavado de activos, se dice que es una circunstancia que sobreviene después o como consecuencia de una acción y no necesita estar abarcada por el dolo[5].

Contraria a esta posición, se encuentra la tesis[6] que niega que el delito previo sea una condición objetiva de punibilidad, argumentando que en nuestra normativa penal antilavado debe existir un conocimiento o un deber de conocer el origen delictivo de los activos que se pretenden lavar, el mismo que debe recaer sobre el delito previo, teniendo en cuenta que el delito de lavado guarda especial conexión con el delito que genera los activos que entraran a formar parte del injusto.

---

1 *Cfr*. ABANTO VÁSQUEZ, M. A., *Ob. Cit.*, pp. 145-146; *Cfr*. GÁLVEZ VILLEGAS, T. A., *Autonomía del delito… Ob. Cit.*, pp. 199 y ss; *Cfr*. EL MISMO, *El delito de lavado… Ob. Cit.*, pp. 89 y ss; *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, F. N., «Tratamiento del objeto material…», *Ob. Cit.*, p. 567; *Cfr*. PARIONA ARANA, R., «Consideraciones críticas sobre…», *Ob. Cit.*, pp. 04-05; *Cfr*. ROSAS CASTAÑEDA, J. A., *Ob. Cit.*, p. 427; *Cfr*. SALAS BETETA, Christian, «El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo Nº 1106», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 35, Lima, mayo del 2012, pp. 13-50.

2 PARIONA PASTRANA, J., *El delito precedente en…,Ob. Cit.*, p. 99.

3 *Cfr*. ACKERMANN, J.B., *Geldwäscherei - Money laundering: eine vergleichende Darstellung des Rechts und der Erscheinungsformen in den USA und der Schweiz*, cit. p. BLANCO CORDERO, I., *Ob. Cit.*, pp. 274-275.

4 DELITALA, G. *Il "fatto" nella teoría generale del reato*, cit. p. MARTÍNEZ PÉREZ, Carlos, «Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad», En: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. L-H Beristain*, IVAC/KREI, San Sebastián, 1989, p. 570.

5 BLANCO CORDERO, I., *Ob. Cit.*, p. 274.

6 *Cfr*. PARIONA PASTRANA, J., *El delito precedente en…,Ob. Cit.*, p. 106.

5. El delito previo como un hecho fenomenológico

Finalmente se dice que el delito previo es un hecho fenomenológico[1], por quienes consideran que no es necesario probar la existencia de un delito fuente con condena firme para poder formular una imputación por delito de lavado de activos, sino solamente acreditarlo a través de la prueba indiciaria, para comprobar que quien o quienes ejecutan una de las conductas criminalizadas en los artículo 1°, 2° y 3°, conocían o debían presumir que los activos objeto de sus acciones tienen un origen criminal y por ende ilícito. Las críticas vienen de quienes consideran que esto sería realizar una «*interpretación formal y asistemática*»[2] de los arts. 1° al 3° del D.L. 1106 sin ninguna vinculación con el art. 10 del mismo cuerpo legal.

IV. LA SENTENCIA PLENARIA CASATORIA N° 1-2017/CIJ-433

La Corte Suprema de Justicia de la República ha tratado de pacificar este candente debate a través de la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433, de obligatorio cumplimiento para todos los órganos jurisdiccionales, la misma que tiene como principales puntos lo siguiente: El estándar de convicción o grado de convicción, no es el mismo durante el desarrollo de la actividad procesal, variando progresivamente en intensidad, así tenemos que, para iniciar diligencias preliminares se exige una «sospecha inicial simple», para formalizar la investigación preparatoria se requiere «sospecha reveladora» y para acusar o dictar un auto de prisión preventiva se requiere «sospecha grave», siendo ésta última la sospecha más grave de todas.

Respecto al incremento patrimonial, esto resulta ser un indicio del delito de lavado de activos, así lo ha señalado la Corte Suprema de la Republica en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, afirmando que forma parte de un triple pilar indiciario:

> «*Primero, los incrementos inusuales o crecimientos injustificados del patrimonio, o de la realización de actividades financieras –por su cuantía y su dinámica–. Segundo, la inexistencia de negocios o actividades económicas o comerciales licitas que justifiquen el incremento patrimonial o las trasmisiones dinerarias. Tercero, la constatación de algún vínculo o conexión con actividades delictivas con capacidad de generar ganancias ilegales o con personas o grupos relaciones con los mismos*»[3].

Entrando al campo procesal, la prueba directa resulta ser insuficiente para acreditar el delito de lavado de activos, por lo que en estos casos es indispensable acreditar dicho delito a través de un conjunto de indicios. Esto no es una relajación de las exigencias probatorias[4], por lo que cada uno de los indicios deben estar plenamente probados y no es admisible que sean simples productos de una cadena de conjeturas o sospechas[5].

Con respecto al delito previo, la Corte Suprema ha optado por establecer que el delito de lavado de activos tiene «*autonomía material y procesal*»[6] y por otro lado que el origen ilícito es un

1 *Cfr*. PÁUCAR CHAPPA, M. E., «El delito precedente…», *Ob. Cit.*, pp. 168-180; *Cfr*. PRADO SALDARRIAGA, V. R. *Criminalidad organizada… Ob. Cit.*, pp. 327 y ss; *Cfr*. EL MISMO, «El delito de lavado… *Ob. Cit.*, pp. 322 y ss; *Cfr*. SALAS BETETA, C., «El delito de lavado de activos y su dificultad…», *Ob. Cit.*, pp. 13-50.

2 *Cfr*. MENDOZA LLAMACPONCCA, F. N., «Tratamiento del objeto material…», *Ob. Cit.*, p. 513.

3 Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, fundamento jurídico 22.

4 Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, fundamento jurídico 22.

5 Sentencia Plenaria Casatoria N° 01-2017/CIJ-433, fundamento jurídico 22.

6 Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ433, fundamento jurídico 29.A.

«*componente normativo*»[1], es decir, el delito previo es un elemento del tipo de lavado de activos (Art. 1°, 2° y 3° D.L. 1106), asimismo que la noción de actividad criminal no puede entenderse como un «*precedente delictivo*» (delito previo) en la cual deba estar delimitado de una manera témpora-espacial, en forma de una imputación de manera detallada, sino la actividad criminal debe estar acreditada de «*modo genérica*».

V. CONCLUSIONES

De acuerdo al Decreto Legislativo N° 1106, el objeto del delito de lavado de activos se encuentra conformado por bienes consistentes en dinero,efectos, ganancias y títulos valores, los mismos que deben tener origen ilícito y que tienen la finalidad de ser ocultados de la acción de la justicia.

Se han esbozado las teorías que explican la naturaleza del delito previo del lavado de activos. Del mismo modo se ha revelado que existen dos posiciones encontradas: los que defienden, por un lado las posiciones del elemento normativo del tipo y la condición objetiva de punibilidad; y por otro lado los que defienden las tesis de la autonomía sustantiva, procesal y el lavado de activos como un hecho fenomenológico.

Esto tiene una relevancia práctica, toda vez que para la posición del elemento normativo del tipo se debe acreditar plenamente –incluso de forma témpora-espacial– el origen ilícito de los bienes maculados, en ese sentido, en algún caso concreto, de no poderse acreditar la actividad criminal previa, al ser el origen ilícito un componente normativo, los hechos investigados devendrían en atípicos.

Por lo que respecta a la autonomía sustantiva y procesal del delito de lavado, la actividad criminal previa no debe ser acreditada de forma precisa —tal como señala literalmente el Art. 10 del D.L. 1106— es decir, para su investigación o procesamiento las actividades criminales que produjeron los bienes maculados, no es necesario que hayan sido descubiertas.

Para nosotros se ha determinado que el origen ilícito es un elemento normativo del tipo, el mismo que se encuentra abarcado por el dolo, es esto es, el conocimiento o la debida presunción de la ilicitud de los bienes reciclados por el agente, no obstante, al tener un sentido témpora-espacial de la actividad criminal previa, dicha situación desnaturalizaría el delito de lavado de activos y en algunos casos originaria una situación de impunidad. En tal situación, el lavado de activos, a diferencia de otros delitos, se le debería dar un diferente tratamiento.

En suma, la Corte Suprema ha tomado tres criterios de los mencionados *ut supra*, el lavado de activos como un delito con autonomía sustantiva o material, autonomía procesal y el delito previo como un elemento normativo del tipo, sin embargo éste último no debe estar acreditado de manera detallada y precisa —a diferencia del criterio témpora-espacial—, sino de manera genérica.Todo esto resulta lógico, en virtud que los bienes objeto del lavado se encuentran integrados en la economía formal, y como hemos visto, son muy difíciles de ser detectados por las autoridades a nivel de integración, siendo la única manera de realizar la vinculación de estos bienes con el delito previo, a través de la prueba indiciaria.

1 Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ433, fundamento jurídico 29.C.

Aunque las Salas Penales y Permanentes de la Corte Suprema ha adelantado criterios sobre el delito previo del lavado de activos, ésta discusión está muy lejos de haber terminado,por lo que sólo el tiempo y la jurisprudencia terminaran de hacer su labor.

VI. BIBLIOGRAFÍA

1. Abanto Vásquez, Manuel A., *El delito de lavado de activos. Análisis crítico*, Grijley, Lima, 2017.
2. Abel Souto, Miguel A. (2001), *Normativa internacional sobre el blanqueo de dinero y su recepción en el ordenamiento penal español*, Tesis doctoral, Universidad Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, España.
3. Alas Rojas, Diana L., «El delito fuente del delito de lavado de activos. Comentarios a propósito de la Cas. N° 92-2017-Arequipa», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 99, Lima, setiembre del 2017.
4. Ambos, Kai, «La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania», En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, 2015.
5. Andrade Sánchez, Eduardo, *Instrumentos jurídicos contra el crimen organizado*, UNAM, México D.F., 1997.
6. Aránguez Sánchez, Carlos, *El delito de blanqueo de capitales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
7. Baigún, David, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas (Ensayo de un nuevo modelo teórico)*, Depalma, Buenos Aires, 2000.
8. Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales*, 3ra ed. Aranzadi, Pamplona, 2012.
9. Blanco Cordero, Isidoro, «Principios y Recomendaciones Internacionales para la Penalización del Lavado de Dinero», En: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C., 2014.
10. Caro Coria, Dino C. «Sobre el tipo básico de lavado de activos», En: *Lecciones tributarias*, Año 01, N° 01, Lima, 2012.
11. Caro Coria, Dino C., «Lavado de activos provenientes del delito tributario», En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, 2015.
12. Caro Coria, Dino y Asmat Coello, Diana, «Régimen legal del lavado de activos (II): El impacto de los Acuerdos Plenarios de la Corte Suprema N° 03-2010/CJ-116 de 16 de noviembre de 2010 y N° 7-2011/CJ-116 de 6 de diciembre de 2011 en la delimitación y persecución del delito de lavado de activos», En: Caro Coria, D. et al, *Derecho penal económico*, Parte Especial, Tomo II, Jurista, Lima, 2016.
13. Caro John, José A., «¿Es el lavado de activos un delito autónomo?», En: <http://revistalawyer.com/2017/09/13/es-el-lavado-de-activos-un-delito-autonomo> Consultado el 2017-10-23;
14. Castillo Alva, José L., «La necesidad de determinación del "delito previo" en el delito de lavado de activos. Una propuesta de interpretación constitucional», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 04, Lima, octubre del 2009.
15. Del Carpio-Delgado, Juana, «La normativa internacional del blanqueo de capitales: análisis de su implementación en las legislaciones nacionales. España y Perú como caso de estudio», En: *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad Santiago de Compostela, 2015, Vol. XXXV.
16. Del Carpio Delgado, Juana, «Breves comentarios sobre la reforma del 2016 del delito de lavado de activos», En: *Actualidad Penal*, N° 32, Lima, Febrero del 2017.
17. Gálvez Villegas, Tomas A. *El delito de lavado de activo*, Instituto Pacifico, Lima, 2014.
18. Gálvez Villegas, Tomás A., *Autonomía del delito de lavado de activos. Cosa decidida y cosa juzgada*, Ideas, Lima, 2016.
19. García Cavero, Percy, «Dos cuestiones problemáticas del delito de lavado de activos: El Delito Previo y la Cláusula de Aislamiento», En: *Lecciones tributarias*, Año 01, N° 01, Lima, 2013.
20. García Cavero, Percy, *Derecho penal económico*, Parte especial, Vol. I, 2da ed. Instituto Pacífico, Lima, 2015.
21. García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, Primera edición, Jurista, Lima, 2013.

22. García Cavero, Percy, *El delito de lavado de activos*, Segunda edición, Jurista, Lima, 2015.
23. Hancco Llocle, Ronal, «¿Es el "delito previo" o el "origen ilícito" de los activos lavados el elemento normativo del tipo penal?» En: <http://legis.pe/delito-previo-origen-ilicito-lavado-activos-elemento-normativo-tipo> Consultado el 2017-10-23;
24. Hinostroza Pariachi, Cesar, *El delito de lavado de activos. Delito fuente*, Grijley, Lima, 2009.
25. Hurtado Pozo, José, *Manual de Derecho penal*, Parte general, 3ra ed. T. I, Grijley, Lima, 2005.
26. Lamas Puccio, Luis, *La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
27. Lamas Suárez, Gerardo L., *El delito previo en el tipo penal de lavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
28. Martínez-Buján, Carlos, *Manual de derecho penal económico y de la empresa*, Parte especial, 4ta ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
29. Martínez PÉREZ, Carlos, «Condiciones objetivas de punibilidad y presupuestos de procedibilidad», En: *Criminología y derecho penal al servicio de la persona. L-H Beristain*, IVAC/KREI, San Sebastián, 1989.
30. Meini MÉNDEZ, Iván, *El delito de receptación*, Justicia Viva-PUCP, Lima, 2005.
31. Mendoza Llamacponcca, Fidel N., «Tratamiento del objeto material y el delito previo en el lavado de activos», En: *Ley contra el crimen organizado (Ley N.º 30077). Aspectos sustantivos, procesales y de ejecución penal,* Instituto Pacífico, Lima, 2016.
32. Mendoza Llamacponcca, Fidel. «Aspectos penales de la reforma del delito de lavado de activos dispuesta por el Decreto Legislativo N° 1249», En: *Actualidad Penal*, N° 32, Lima, Febrero del 2017.
33. Mendoza Llamacponcca, Fidel, *El delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.
34. Montoya Alberti, Hernando, *Problemas de la emisión de títulos valores. Enfoque jurisprudencial*, Gaceta Jurídica, Lima, 2009.
35. Pariona Arana, Raúl, «La ilusión de la "autonomía" del delito de lavado de activos. Después de la dación del Decreto Legislativo N° 1249, ¿se puede condenar legítimamente a una persona por lavado de activos sin probar que los bienes objeto del delito provienen de la comisión de un delito previo?», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 90, Lima, diciembre del 2016, pp. 12-17.
36. Pariona Arana, Raúl, «Consideraciones críticas sobre la llamada "autonomía" del delito de lavado de activos», En: <http://www.rpa.pe/media/articulos/Lavado_de_activos_-_Pariona_-_ADP_2015.pdf> Consultado el 2017-10-03.
37. Pariona Arana, Raúl, «El delito de lavado de activos en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433», En: <http://legis.pe/lavado-activos-sentencia-plenaria-casatoria-1-2017-cij-433> Consultado el 2017-10-26;
38. Pariona Pastrana, Josué, *El delito precedente en el delito de lavado de activos. Aspectos sustantivos y consecuencias procesales*, Instituto Pacifico, Lima, 2017.
39. PÁUCAR Chappa, Marcial E., «El delito precedente en el lavado de activos: Comentarios a la luz del oficio circular Nº 024-2013-MP-FN-SEGFIN», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 49, Lima, julio del 2013, pp. 168-180.
40. Plascencia Rubiños, Liliana, «Apuntes para la determinación de la Cláusula Abierta del delito fuente en la estructura del delito de Lavado de Activos: A Propósito de la modificatoria del Decreto Legislativo N° 1106», En: *Revista Foro Jurídico PUCP*, N° 13, Año 2014.
41. Polaino-Orts, Miguel, «Normativización de los títulos de imputación en el blanqueo de capitales: Cuestiones problemáticas fundamentales de parte general», En: *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*, Jurista, Lima, 2015.
42. Prado Saldarriaga, Víctor R. *Criminalidad organizada y lavado de activos*, Idemsa, Lima, 2013.
43. Prado Saldarriaga, Víctor, «El delito de lavado de activos en la legislación penal peruana», En: *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ra ed. CICAD, Washington, D.C., 2014.
44. Reátegui SÁNCHEZ, James, *Criminalidad empresarial*, Gaceta Penal & Procesal Penal, Lima, 2012.
45. Reyna Alfaro, Luis M., *La decisión fiscal. La exclusión fiscal y el delito de lavado de activos*, Instituto Pacífico, Lima, 2017.

46. Riojas Santisteban, William D., «Algunos aspectos generales del delito de lavado de activos», En: *Revista Ipso Iure*, Año 10, N° 38, Agosto 2017, pp. 233-244.
47. Roxin, Claus, *Teoría del tipo penal. Tipos abiertos y elementos del deber jurídico*, (Trad. p. Enrique Bacigalupo) Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1979.
48. Rosas Castañeda, Juan A. *La prueba en el delito de lavado de activos*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
49. Salas Beteta, Christian, «El delito de lavado de activos y su dificultad probatoria en el CPP de 2004. Comentarios al Decreto Legislativo Nº 1106», En: *Gaceta Penal & Procesal Penal*, N° 35, Lima, mayo del 2012, pp. 13-50.

IPSO JURE

REVISTA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

La República

SOMOS DIARIO JUDICIAL - LAMBAYEQUE 2018