

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO



Título

**FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL CONGELAMIENTO
ADMINISTRATIVO DE FONDOS APLICADO POR LA UNIDAD DE
INTELIGENCIA FINANCIERA DEL PERÚ EN CASOS DE LAVADO DE
ACTIVOS**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN
DERECHO PENAL**

AUTOR

DENIS GABRIEL ROMANI SEMINARIO

ASESORA

ROMY ALEXANDRA CHANG KCOMT

Octubre, 2021

RESUMEN

Desde el año 2012, la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (en adelante, UIF-Perú) ejerce una potestad normativa que implica la intervención del derecho fundamental a la propiedad en casos de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, a través del denominado Congelamiento Administrativo de Fondos (en adelante CAF). Esta potestad se fundamenta principalmente en el peligro de pérdida o desvío de fondos vinculados al caso; es decir, que se activa siempre que se identifique en el investigado un comportamiento orientado a evitar que las autoridades nacionales apliquen medidas convencionales contra su patrimonio. El mecanismo de CAF ha tenido un gran impacto en las acciones de recuperación de activos ilícitos y de aseguramiento de posibles responsabilidades civiles, y se ha aplicado en personas que han ocupado altos cargos públicos. Sin embargo, la regulación de esta medida administrativa es bastante escueta y solo hay un pronunciamiento a nivel de Corte Suprema, vía casación excepcional, que ha fijado algunas reglas de interpretación y aplicación que no parecen ser suficientes. En esta investigación se plantean algunos criterios de base constitucional, para hacer viable la aplicación de esta medida administrativa, sin que ello suponga una intervención desproporcionada del derecho de propiedad; y, a la vez, satisfaga las necesidades del sistema de justicia de recuperar los fondos u otros activos de procedencia ilícita.

ÍNDICE

RESUMEN.....	2
SIGLAS MÁS UTILIZADAS	6
Introducción	7
CAPÍTULO UNO:.....	12
Sistema de Prevención contra el lavado de activos en el Perú y el congelamiento administrativo de fondos: Rol de la UIF-Perú y la investigación administrativa del lavado de activos	12
1. Principales competencias de la UIF-Perú.....	14
2. Información del sistema financiero y otros sectores socioeconómicos.....	16
3. Desarrollo de investigaciones financieras.....	18
3.1 Investigaciones administrativas e investigaciones conjuntas.....	19
3.2. Acceso a información sujeta a reservas.....	21
3.3. Información de inteligencia del exterior mediante investigaciones conjuntas y asistencia técnica.....	24
4. Transmisión y uso de la información de inteligencia financiera	25
4.1. Documentos de inteligencia sin valor probatorio.....	25
4.2. Documentos de inteligencia con valor probatorio	29
5. La facultad de aplicar el congelamiento administrativo de fondos	32
CAPÍTULO DOS:.....	35
Aspectos legales de la medida de congelamiento: La medida administrativa que aplica la UIF-Perú en casos de lavado de activos	35
1. Estándares internacionales para la recuperación de activos	36
2. Fondos u otros activos que pueden ser congelados	38
3. Congelamiento en investigaciones administrativas y fiscales	39
4. Control judicial ex post	40
5. Sustitución del congelamiento con medidas limitativas convencionales	42
CAPÍTULO TRES:.....	46
Tratamiento jurisprudencial del congelamiento administrativo de fondos en el Perú.....	46
1. La medida de congelamiento administrativo de fondos y su relación con el objeto de protección del delito de lavado de activos	46
1.1. El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos	47
1.1.1. Posturas uniofensivas	48
1.1.2. Postura pluriofensiva.....	51
1.2. Aplicación del congelamiento administrativo de fondos en los supuestos contemplados por el Decreto Legislativo N° 1106	52
1.2.1. Aplicación en supuestos de conversión y transferencia.....	52
1.2.2. Aplicación en supuestos de ocultamiento y tenencia	53
1.2.3. Aplicación en supuestos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito.....	54

2. Criterios establecidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República para la aplicación del congelamiento administrativo de fondos (Casación N° 033-2018/ NACIONAL).....	55
2.1. El caso de lavado de activos identificado por la UIF-Perú.....	56
2.2. El interés casacional considerado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.....	57
2.3. Criterios jurídicos desarrollados en la sentencia de casación.....	58
2.3.1. Naturaleza jurídica del congelamiento	59
2.3.2. Estándar probatorio requerido para aplicar el CAF	59
2.3.3. Finalidad y fundamento teleológico	61
2.3.4. Intervención del derecho de propiedad	62
3. Criterios legales y jurisprudenciales para aplicar el congelamiento administrativo de fondos.....	63
3.1. Peligro de pérdida de fondos.....	63
3.2. Complejidad de la investigación	65
3.3. Aspectos abordados por las Cortes Superiores no contemplados por la regulación del congelamiento administrativo de fondos	65
3.3.1. Temporalidad para la vigencia del congelamiento administrativo	65
3.3.2. Mecanismos procesales posteriores: Cese o Reexamen.....	68
3.3.3. Congelamiento de todos los productos financieros y de productos específicos	69
CAPÍTULO CUATRO:.....	71
Límites constitucionales para la aplicación del congelamiento administrativo de fondos: Criterios constitucionalmente válidos para la convalidación judicial	71
1. Garantía de prohibición de Interdicción de la arbitrariedad.....	73
1.1. Justificación en la pluriofensividad del bien jurídico protegido del delito de lavado de activos.....	78
1.2. Justificación en el estándar probatorio acorde con la etapa en que se aplica.	79
2. Oportunidad en la aplicación previa o concurrente con otras medidas limitativas convencionales.....	80
2.1. Reafirmación del criterio de urgencia de pérdida de fondos u otros activos	83
2.2. Ineficacia de las medidas limitativas convencionales vigentes	84
3. Exclusión de productos financieros vinculados a la dignidad de la persona	85
3.1. No afectación de derechos fundamentales: Salud y Trabajo.....	87
3.2. Otros supuestos: Alimentos y Tributación.....	88
4. Garantía de la inclusión financiera	89
CONCLUSIONES:	91
BIBLIOGRAFÍA:	94

—Cuando la cosa empezó a ponerse fea empecé a retirar los Rembrandt de la trayectoria del huracán. Vendí mis valores y pagué los impuestos de los beneficios del capital como un buen chico. Lo declaré todo, nada de apañíos.

—¿No te congelaron los bienes?

—Estaba acusado de asesinato, Red, no muerto. Gracias a Dios, no pueden congelarse los bienes de un hombre inocente. Y mi amigo Jim y yo dispusimos de un poco de tiempo antes de que tuvieran el valor de acusarme a mí del crimen. No salió tan mal como podía haber salido. Me despellejé la nariz. Pero en aquel momento tenía cosas más graves de las que preocuparme que de una leve desolladura en el mercado de valores.

—Ya imagino.

—Pero cuando ingresé en Shawshank estaba a salvo. Y sigue estándolo. Fuera de estos muros, Red, hay un hombre al que ningún ser vivo ha visto jamás cara a cara. Tiene una tarjeta de la seguridad social y un permiso de conducir de Maine. Y tiene un certificado de nacimiento. Se llama Peter Stevens. Bonito nombre, ¿eh?, perfectamente anónimo.

—¿Y quién es? —le pregunté. Creía saber ya la respuesta, pero no podía creerlo.

—Yo

Stephen King. *Rita Hayworth y la redención de Shawshank*
En *Las Cuatro Estaciones* (1982)

SIGLAS MÁS UTILIZADAS

- **CAF** : Congelamiento Administrativo de Fondos
- **UIF-Perú** : Unidad de Inteligencia Financiera del Perú
- **LA/FT** : Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo
- **GAFI** : Grupo de Acción Financiera
- **GAFILAT** : Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica
- **ROS** : Reporte de Operación Sospechosa
- **RO** : Registro de Operaciones
- **SBS** : Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones
- **CSNU** : Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas
- **ICO** : Investigación Conjunta
- **SUNAT** : Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria
- **CGR** : Contraloría General de la República
- **MOU** : Memorandum Of Understanding
- **IIF** : Informe de Inteligencia Financiera
- **NIF** : Nota de Inteligencia Financiera

Introducción



Escogí como epígrafe un fragmento de la novela del escritor norteamericano Stephen King, muy conocida por haber sido llevada al cine con el título *The Redemption of Shawhank o Sueños de Fuga* (su versión en castellano), porque creo que representa la idea central de esta investigación. El episodio corresponde al momento en que el protagonista, Andy Dufresne, explica cómo lava el dinero que el alcaide obtenía de la corrupción, a pesar de estar encarcelado, y la protección legal del dinero ilícito.

Este dinero era colocado en el sistema financiero a nombre de un individuo que no existía en forma física pero que contaba con toda la documentación que la administración pública podía emitir (partida de nacimiento, licencia de conducir, seguro social, entre otros). Como se sabe, el dinero es retirado de los bancos, las cuentas son canceladas y el personaje, luego de escapar de prisión, inicia una nueva vida en otro país. Me disculpo ante quienes aún no leen el libro o no han visto la película.

A pesar de que la historia está contextualizada entre los años cuarenta y setenta del siglo pasado, se refleja con mucha facilidad las dificultades que hasta ahora existen para lograr la identificación y posterior recuperación de activos ilícitos, más aún cuando estos son colocados a nombre de terceros y existen barreras de protección a la intimidad, como el secreto bancario. Era un problema entonces y lo sigue siendo, a pesar del pujante y acelerado desarrollo de normas y de modelos de sistemas de prevención antilavado que se vienen implementando mundialmente.

El Perú no cuenta con un moderno sistema de identificación y rastreo de activos ilícitos. Existen mecanismos aislados que están dentro de la práctica procesal penal (como las medidas limitativas reales), o el proceso de extinción de dominio. También existen pocas medidas de naturaleza administrativa. Las que existen, están condicionadas a la competencia administrativa de la entidad que la aplica y al consecuente éxito del estándar probatorio en una investigación o de un proceso penal que, en el mejor de los casos, tendrá impacto en la afectación de bienes o activos registrables, pero tardías cuando se trata de productos financieros de fácil e inmediato desprendimiento.

Por ejemplo, si la Contraloría General de República logra identificar un posible desbalance patrimonial o enriquecimiento ilícito de un funcionario público, poco se podrá hacer con los productos financieros que éste pueda tener si la investigación administrativa llega a generar una investigación penal. En ese supuesto, será necesario que el Ministerio Público asuma competencia y logre obtener un estándar probatorio suficientemente satisfactorio para que un juez conceda una medida de bloqueo de cuentas; para entonces, ese dinero ya habrá desaparecido.

Si la administración aduanera advierte que una empresa intenta exportar oro que proviene de la ilegalidad, probablemente las acciones de incautación administrativa se limiten a dicho producto y no a todo el patrimonio generado, no hasta que el fiscal logre, otra vez, un estándar probatorio respecto de la ilicitud del patrimonio. Para entonces, los activos procedentes de la minería ilegal también estarán lejos de alcance de cualquier autoridad del sistema de justicia.

Estos ejemplos sirven para evaluar una profunda reflexión sobre los mecanismos con los que cuenta el Estado peruano en su rol de recuperar activos ilícitos. La práctica judicial y las herramientas para la investigación fiscal en estos casos no han evolucionado al mismo ritmo que la actividad económica y, por tanto, el éxito en este ámbito es bastante limitado.

Los momentos en que el Estado ha mostrado resultados en este aspecto tampoco son muchos. En el año 2017, el Perú logró emitir una sentencia de extinción de dominio de más de treinta millones de dólares colocados en cuentas bancarias de entidades financieras de la Confederación Suiza y del Gran Ducado de Luxemburgo, a nombre de Vladimiro Montesinos Torres y de Alberto Venero Garrido, cuyo origen se vinculan a los actos de corrupción, contextualizada en la adquisición de aeronaves y equipos militares a favor del Estado Peruano durante el gobierno de Alberto Fujimori.

Luego de 16 años de la condena de Vladimiro Montesinos Torres, fue posible contar con una decisión de esta naturaleza; pese a ello, luego de casi cuatro años de esta decisión, aún no ha sido posible lograr la repatriación de estos fondos, debido a las

condiciones de cooperación que existen entre la República de Perú y la Confederación Suiza.

Al margen de las dificultades que puedan darse en las condiciones de repatriación de activos entre países, se debe observar que la recuperación de activos suele ser impulsada con posterioridad a la actividad probatoria en nuestros tribunales y no desde una etapa temprana. Esta depende más de los tradicionales métodos de investigación, que de la actividad administrativa de los órganos de control gubernamental y, por tanto, hay un amplio margen de temporalidad para que el criminal oculte o salguarde de mejor forma dichos activos.

En este contexto, cuando se incorporó en la legislación peruana el mecanismo del congelamiento administrativo de fondos (CAF) por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú), no se esperaba un impacto de gran magnitud a favor del Estado. Que un órgano administrativo tenga capacidad de identificar (en tiempo real) el uso del sistema financiero para la canalización de fondos vinculados a un caso de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, e impedir su flujo sin que exista oportunidad de ponerlos a buen recaudo, es una forma moderna y efectiva de actuar frente a la criminalidad.

En esta línea, la presente investigación se ha dividido en cuatro capítulos: En el primero, se describe el funcionamiento del sistema de prevención antilavado y las competencias de la UIF-Perú, a fin de comprender los alcances y el contexto en los que se aplica esta medida administrativa.

En el segundo capítulo se desarrollan los aspectos legales de la medida de congelamiento, para lo cual se partirá de los estándares internacionales que en que se sustenta, su regulación procesal y los aspectos que no han sido abordados o considerados por las normas reglamentarias.

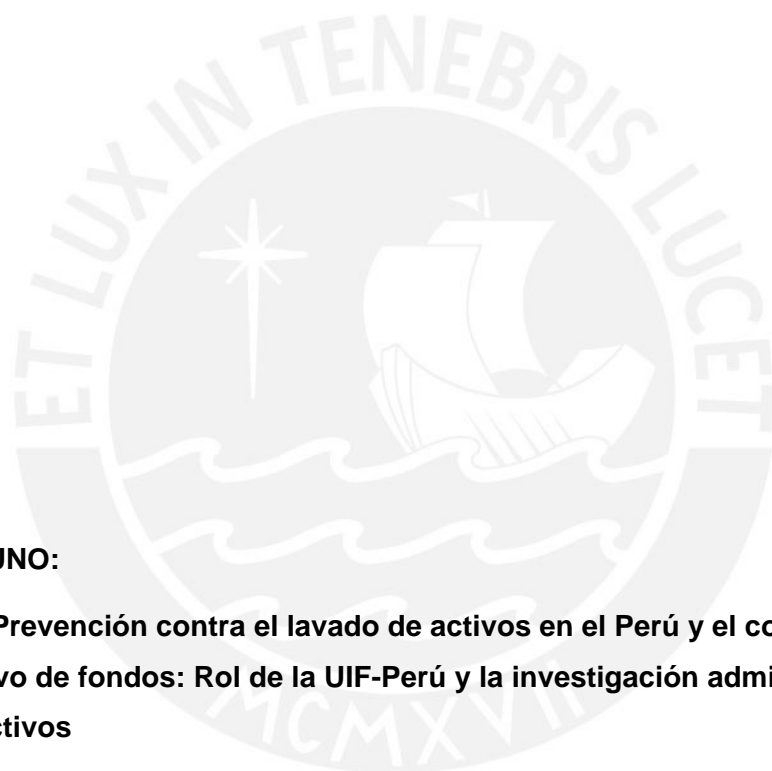
En el tercer capítulo, se ha previsto el tratamiento jurisprudencial que hasta el momento se viene desarrollando en nuestros tribunales y el tipo de casos en que

suele contextualizarse, muchos de ellos, emblemáticos por delitos de corrupción y algunos por la condición del investigado (por ejemplo, expresidentes de la república).

Finalmente, en el cuarto capítulo, se plantean criterios jurídicos con base constitucional para la correcta aplicación y control posterior de esta medida, toda vez que aún existen muchos aspectos no abordados por la legislación, la jurisprudencia y la doctrina en relación con este mecanismo.

A mi parecer, este tipo de potestades irán siendo otorgadas progresivamente a otras entidades administrativas que ejercen cierto tipo de control sobre el patrimonio de las personas. Considero que las capacidades del Estado en el proceso de recuperación de activos no deben limitarse a las acciones de los órganos tradicionales del sistema de justicia (Policía Nacional, Ministerio Público y Poder Judicial), sino que deben servir para comprender que la actuación del Estado requiere de todas sus instituciones para tener resultados favorables contra el crimen.

Debo expresar mi profundo agradecimiento a mis compañeros del Departamento de Análisis Operativo de la Unidad de Inteligencia Financiera ya que, desde sus distintas especialidades, han contribuido a que pueda tener una mirada más amplia y multidisciplinaria de la investigación del lavado de activos, sus efectos y sus formas de abordarlo. Por supuesto, las opiniones que aquí expongo son de mi exclusiva responsabilidad y no compromete, de forma alguna, una posición de esta institución.



CAPÍTULO UNO:

Sistema de Prevención contra el lavado de activos en el Perú y el congelamiento administrativo de fondos: Rol de la UIF-Perú y la investigación administrativa del lavado de activos

La UIF-Perú actualmente puede ser considerada como el buen resultado de un largo y consistente proceso de adaptación de los estándares internacionales en materia de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo (LA/FT) que fueron desarrollados desde el año 1990 por el Grupo de Acción Financiera (GAFI)¹. Aunque esta afirmación pueda parecer pretenciosa, existe un sólido respaldo a favor de que se refleja en el resultado de la Evaluación Mutua del Perú realizada entre los años 2017 y 2018 por parte del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat)².

Desde su incorporación en nuestro sistema administrativo estatal con roles bastante complejos que llegan a vincularse con el sistema de justicia penal, la UIF-Perú ha ido consolidando con mucho éxito un trabajo de registro, análisis, procesamiento y divulgación de información del sistema financiero y económico, con la finalidad de establecer medidas y mecanismos estratégicos para la prevención del LA/FT; aunque, sin duda, con más énfasis en materia antilavado³.

El impacto en nuestro país hasta el momento ha sido bastante positivo. Si bien la supervisión que realiza la UIF-Perú no alcanza todos los agentes económicos que existen, dada la complejidad e informalidad de las actividades económicas del país⁴, hay resultados bastante favorables en lo que respecta a la cantidad y calidad de información de inteligencia financiera que nutre a las investigaciones fiscales⁵; al menos así ha sido considerado en la evaluación realizada por el Gafilat⁶.

¹ Las Recomendaciones del GAFI son reconocidas mundialmente como el estándar internacional para la lucha contra el LA/FT y la proliferación de armas de destrucción masiva. Fueron emitidas por primera vez en 1990 y revisadas en los años 1996, 2001, 2003, 2012 y 2020.

² Mediante este proceso de evaluación, es posible conocer si un país cuenta con una política de prevención contra el LA/FT sólida y efectiva; para ello, es importante observar cómo es que el país ha implementado su sistema de control partiendo de sus evaluaciones de riesgo en cada uno de sus sectores socioeconómicos y, sin duda, si cuenta con un órgano ejecutivo altamente especializado que impulse la ejecución de dicha política. Informe de evaluación mutua del Perú: Visible en <https://www.gafilat.org/index.php/es/espanol/19-noticias/78-informe-de-evaluacion-mutua-del-peru> (Fecha de consulta: 25/09/2021).

³ El alcance de los efectos del terrorismo en el Perú se ha reducido significativamente en el ámbito jurisdiccional. Entre los años 2012 y 2018, sólo se ha registrado una sentencia de lavado de activos cuyo delito precedente es terrorismo. Para mayor detalle de las estadísticas operativas de la UIF-Perú: <https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/ier/ESTADISTICAS-OPERATIVAS/2021/Bolet%C3%ADn%20estad%C3%ADstico%20mayo%202021.pdf> (Fecha de consulta: 25/09/2021).

⁴ Existen actores económicos no supervisados por la UIF-Perú como, por ejemplo, las empresas de venta de criptomonedas. Por su parte, en lo que concierne a la informalidad económica en el país, resalta la actividad de cambio de monedas a través de “cambistas” que requiere, cuando menos, de un registro ante la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Fondos de Pensiones (SBS), pero prevalece su ejercicio informal a nivel nacional. Otra actividad económica informal es el servicio de transporte público, el comercio ambulatorio y, más recientemente, el comercio electrónico en sus múltiples variantes (apuestas por internet, comercio digital y criptomonedas).

⁵ De acuerdo con la información pública de la SBS “durante el periodo comprendido entre enero de 2012 y junio de 2018, se emitieron un total de 109 sentencias en materia de lavado de activos, de las cuales 14 utilizaron información

Pero la existencia de un órgano de inteligencia financiera en nuestro país no solo obedece al cumplimiento de recomendaciones internacionales. Como se verá más adelante, las funciones que ejerce la UIF-Perú han permitido que en muchos casos se adopten medidas judiciales con información más precisa, ahí donde la complejidad y naturaleza de las operaciones financieras requieren mayor claridad debido a la apariencia de legalidad que las reviste.

El hecho de poder identificar operaciones puntuales dentro del ámbito económico o financiero vinculadas a un delito permite que las autoridades del sistema de justicia actúen dentro del marco de una imputación más específica y construyan indicios más sólidos para sustentar una teoría del caso o la necesidad de acudir a un enjuiciamiento, a pesar del universo inagotable de información que suele ser muy difícil de procesar.

1. Principales competencias de la UIF-Perú

La UIF-Perú ha pasado por diversos procesos de transformación desde su incorporación a dos Ministerios (Economía y Finanzas y Justicia y Derechos Humanos) y a la propia Presidencia del Consejo de Ministros⁷; es decir, siempre bajo el ámbito del Poder Ejecutivo, con el consecuente cuestionamiento de una plena autonomía. Posteriormente, desde julio del 2007, fue adscrita a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras de Fondos de Pensiones (SBS), adhiriéndose a su autonomía constitucional⁸, pero sin llegar a tener una propia⁹.

contenida en 19 Informes de Inteligencia Financiera. Asimismo, cabe indicar que los Informes de Inteligencia Financiera utilizados en las sentencias, incluyeron información de 79 ROS". Para mayor detalle, ver: https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/fer/ESTADISTICAS-OPERATIVAS/Bol_%20julio_2020.pdf. (Fecha de consulta: 25/09/2021)

⁶ El Perú tuvo un proceso de "Evaluación Mutua" a cargo del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (Gafilat), cuyo propósito era el de verificar el nivel de cumplimiento técnico y normativo de las 40 Recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI). Este proceso de evaluación inició en septiembre del 2017 y culminó en diciembre del 2018. El resultado de esta evaluación se encuentra disponible en el siguiente link: <http://www.gafilat.org/index.php/es/espanol/19-noticias/78-informe-de-evaluacion-mutua-del-peru>. (Fecha de consulta: 25/09/2021).

⁷ Inicialmente, la UIF-Perú fue adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas según su ley de creación (Ley N° 27693), posteriormente, luego de una modificación de la legislativa, fue adscrita a la Presidencia de Consejo de Ministros (Ley N° 28009), desde la cual fue adscrita al Ministerio de Justicia (DS 082-2005-PCM) y, finalmente, adscrita a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradora de Pensiones (Ley N° 29038).

⁸ Cfr. Artículo 87 de la Constitución Política del Perú de 1993.

⁹ Durante la Primera Legislatura Ordinaria del 2016, la bancada Peruanos por el Cambio presentó el proyecto de Ley N° 00344/2016-CR "*Ley que restituye la autonomía a la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF Perú*". Si bien esta norma no plantea una reforma constitucional, sí la elección del jefe de la UIF-Perú mediante propuesta del ejecutivo ratificada por el Congreso de la República, pero manteniendo su permanencia dentro de la SBS. El proyecto fue archivado debido a que la propuesta contravenía la autonomía constitucional de la SBS.

En general, la UIF-Perú cuenta con la facultad de recibir cualquier información, incluso de aquella sujeta al régimen de excepciones de acceso a la información pública contemplado en el Texto Único Ordenado (TUO) de la Ley N° 27806, Ley de transparencia y acceso a la información pública, sobre la cual tiene un especial deber de reserva¹⁰. De manera específica, la UIF-Perú cuenta con una autorización expresa de recibir los reportes de operaciones sospechosas (ROS)¹¹ y el registro de operaciones (RO)¹² que en ambos casos puede, eventualmente, contener información protegida por el secreto bancario, cuyo contenido y tratamiento normativo también ha ido evolucionando¹³.

Pero el diseño de una unidad de inteligencia financiera no es genuina creatividad del legislador nacional; su estructura, naturaleza y funcionamiento corresponden a una estrategia global de lucha eficaz contra el LA/FT impulsado con mucha intensidad por el GAFI. Su modelo data de inicios de los años 90 en la medida en que se iban visibilizando las dificultades de las autoridades encargadas de investigar y sancionar el blanqueo de capitales proveniente del narcotráfico (Policía, Ministerio Público, Poder Judicial, entre otras), para acceder a información financiera analizada y procesada por

Del mismo modo, en la Primera Legislatura Ordinaria del 2015, el *Grupo Parlamentario Perú Posible*, presentó el Proyecto de Ley N° 05037/2015-CR *“Ley de reforma constitucional que fortalece la Unidad de Inteligencia Financiera para combatir el lavado de activos”* que plantea el acceso directo a información protegida por el secreto bancario sin resolución judicial.

¹⁰ De acuerdo con la Ley N° 27693, Ley de Creación de la Unidad de Inteligencia Financiera, esta entidad es el centro nacional a cargo de la recepción, análisis, tratamiento, evaluación y transmisión de información para la detección del LA/FT. Para que este mandato legal sea posible, la UIF-Perú ha sido dotada de especiales competencias como, por ejemplo, la posibilidad de recibir información sujeta a restricciones (secreta, reservada y confidencial, que puede provenir tanto del ámbito privado (agentes o sectores económicos), así como de las propias entidades públicas.

¹¹ Ley 27693. Ley de Creación de la UIF-Perú

10-A.1 *“El Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS), es un documento de trabajo de la UIF-Perú, reservado únicamente para el uso de dicha entidad en el inicio del tratamiento y análisis de la información contenida en dichos reportes; información que luego del análisis e investigación respectiva, se tramitará al Ministerio Público en los casos en que se presuma haya vinculación con actividades de lavado de activos y/o del financiamiento del terrorismo (...).”*

¹² Ley 27693. Ley de Creación de la UIF-Perú

Artículo 9.- Registro de Operaciones

9.1. *“Todo sujeto obligado a reportar para los efectos de la presente Ley, debe llevar un Registro de Operaciones que se sujetará a las reglas establecidas en el presente artículo.”*

9.4. *“El Registro de Operaciones debe ser llevado en forma precisa y completa por los sujetos obligados, en el día en que haya ocurrido la operación y se conservará durante diez (10) años a partir de la fecha de la misma, utilizando para tal fin medios informáticos, microfilmación o medios similares. El Registro se conservará en un medio de fácil recuperación, debiendo existir una copia de seguridad, según las disposiciones que emita al respecto la UIF-Perú (...).”*

¹³ La UIF-Perú también puede obtener información del ámbito público ya sea en ejercicio del deber de colaboración de las entidades públicas que regula la Ley N° 27444, Ley del Proceso Administrativo General en su artículo 87, o en aplicación del deber especial de colaboración a la UIF-Perú a través del oficial de enlace que deben tener las entidades públicas. Como consecuencia de esta atribución, la UIF-Perú cuenta con accesos a diversas bases de datos abiertas, cerradas, públicas y privadas.

un órgano técnico especializado que pudiera facilitar su entendimiento, a pesar de su complejidad.¹⁴

Dada la cantidad de funciones específicas que tiene la UIF-Perú, se plantea una clasificación de aquellas que tienen impacto directo en las investigaciones administrativas y, adicionalmente, otras que inciden directa o indirectamente en las investigaciones preliminares o preparatorias del Ministerio Público. En ese sentido, se puede considerar que la UIF-Perú tiene las siguientes funciones:

- i)* Recibir información del sistema financiero y otros sectores socioeconómicos.
- ii)* Realizar investigaciones financieras (posible noticia criminal).
- iii)* Transmitir información a las autoridades administrativas, fiscales y judiciales.
- iv)* Aplicar la medida de CAF durante investigaciones de LA/FT o en cumplimiento de las obligaciones ante el Sistema Universal de Derechos Humanos, en especial, del cumplimiento de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CSNU).

2. Información del sistema financiero y otros sectores socioeconómicos

Como se ha explicado, la UIF-Perú recibe información (ROS) tanto de los sujetos obligados del sistema financiero (bancos, cooperativas de ahorro y crédito y cajas municipales, u otras que realizan la actividad de intermediación financiera), como de los sectores no financieros (aseguradoras, administradoras de fondos de pensiones, notarías, agentes inmobiliarios, entre otras). En los últimos años, esta institución ha recibido una cantidad significativa de ROS desde su incorporación a la SBS¹⁵.

¹⁴ Fondo Monetario Internacional – Grupo del Banco Mundial: Unidades de Inteligencia Financiera. Primera Edición, Julio 2004. Disponible en el siguiente Link: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/FIU/esl/FIUs.pdf>. (Fecha de consulta: 25/09/2021).

¹⁵ En su primer año de creación (2003), la UIF-Perú recibió un total de 23 ROS, al año siguiente (2004) recibió 209, al respecto: https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/est-op_2009122/ESTADISTICAS%20OPERATIVAS%20UIF-PERU-%20Dicimbre%202009.pdf. (Fecha de consulta: 25/09/2021). En el año 2019, la UIF recibió un total de 14,592 ROS. Ver https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/ESTADISTICAS-OPERATIVAS/Bol_%20julio_2020.pdf. (Fecha de consulta: 25/09/2021).

El incremento de estos reportes por año tiene relación con el aumento de sujetos obligados que se incorporan al sistema de prevención, en la medida en que la actividad económica del país crece o se formaliza. Esto también implica el reconocimiento de sectores económicos que, sin realizar intermediación financiera, pueden verse involucrados en un contexto de lavado de activos. Un ejemplo de esto último se aprecia en la incorporación de los servicios que prestan los contadores y abogados al sistema de prevención antilavado¹⁶, lo que nos lleva a una pregunta que pretende ser atendida desde el derecho penal: ¿Qué es el ROS y cuál es su naturaleza?

El ROS ha sido conceptualizado por la Ley N° 27693 como un “documento de trabajo” exclusivo para la UIF-Perú, cuya información está bajo el régimen de excepciones al acceso a la información pública, específicamente bajo la clasificación de información *reservada*¹⁷. Este reporte es una operación económica cuya ilicitud puede presumirse ante la imposibilidad de conocer su sustento económico legalmente aceptado¹⁸.

Corresponde al sujeto obligado calificar como “sospechosa” una operación económica o financiera de acuerdo con los criterios que haya desarrollado como parte de su

¹⁶ Mediante Decreto Legislativo N° 1249 se incorporó el siguiente artículo a la Ley N° 29038, Ley que incorpora la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú (UIF-Perú) a la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones:

Artículo 3. “De los sujetos obligados a informar

3.1. Son sujetos obligados a informar y, como tal, están obligados a proporcionar la información a que se refiere el artículo 3 de la Ley N° 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera – Perú e implementar el sistema de prevención de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, las personas naturales y jurídicas siguientes:

(...)

29) Los abogados y contadores públicos colegiados, que de manera independiente o en sociedad, realizan o se disponen a realizar en nombre de un tercero o por cuenta de este, de manera habitual, las siguientes actividades:

a. Compra y venta de bienes inmuebles.

b. Administración del dinero, valores, cuentas del sistema financiero u otros activos.

c. Organización de aportaciones para la creación, operación o administración de personas jurídicas.

d. Creación, administración y/o reorganización de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas.

e. Compra y venta de acciones o participaciones sociales de personas jurídicas.

La información que estos sujetos obligados proporcionan a la UIF-Perú se restringe a aquella que no se encuentra sujeta al secreto profesional.”

¹⁷ Ley 27693, Ley de Creación de la UIF-Perú

“Artículo 10-A.- De la garantía y confidencialidad del Oficial de Cumplimiento

10-A.1 El Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS), es un documento de trabajo de la UIF-Perú, reservado únicamente para el uso de dicha entidad en el inicio del tratamiento y análisis de la información contenida en dichos reportes (...)

10-A.5 En el Reporte de Operaciones Sospechosas (ROS) no debe figurar la identidad del Oficial de Cumplimiento, ni ningún otro elemento que pudiera contribuir a identificarlo. El Fiscal o el Juez competente deberá asegurarse de que no conste en el expediente el nombre y apellidos, domicilio u otros elementos o circunstancias que pudieran servir para la identificación del Oficial de Cumplimiento por parte de terceros.”

¹⁸ Ley 27693, Ley de Creación de la UIF-Perú.

Artículo 11.- Del deber de informar las operaciones sospechosas e inusuales.

“(…)

11.3. Para los fines de la presente Ley, se entiende por:

a) Operaciones sospechosas, aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente (...)

programa de prevención antilavado (si lo tuviere), no es competencia de la UIF-Perú realizar esa labor, aunque sí la de generar lineamientos para que se emita un reporte con información de calidad. Si la calificación se realiza sin criterios conforme al sistema de prevención antilavado, existe la posibilidad de que no se lleguen a detectar operaciones compatibles con este delito, o que las detectadas sean erradas, lo cual también puede significar que el comportamiento de un sujeto obligado puede ser contributiva, incluso, de una omisión al deber de reporte.¹⁹

Para fines académicos, se considerará el ROS como la operación económica que, debido a su aparición inusual en las relaciones económicas, no es posible explicar razonablemente su existencia, dando margen a la posibilidad de estar vinculada a un delito. Asumiendo entonces este concepto, se puede plantear la interrogante sobre cuál es su naturaleza y su impacto en el sistema de prevención contra el LA/FT²⁰.

El ROS es una operación económica que puede ser representada a través de un acto jurídico en el ámbito civil y comercial. Desde la terminología propia del sistema de prevención contra el LA/FT, el ROS no es una denuncia (o el conocimiento de un hecho criminal), aún cuando ésta pueda significar una clara operación de lavado de activos o cuando pueda, eventualmente, iniciar una investigación preliminar²¹. Sin embargo, de llegarse a este punto, ya no es necesario reportar a la UIF-Perú, pues el nivel de “sospecha” no sólo habría sido superado por un indicio razonable de un delito, sino que además implicaría activar dos investigaciones paralelas (administrativa y penal).

3. Desarrollo de investigaciones financieras

¹⁹ El Tribunal Constitucional peruano, a través de la STC N° 06-2014-PI/TC (Caso Comunicación de Operaciones sospechosas), constitucionalizó el delito Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas (Artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1106), mediante una regla de interpretación constitucional de lo que debe entenderse por una transacción u operación sospechosa (ROS).

²⁰ Este concepto coincide con la regla de interpretación que establece del Tribunal Constitucional a partir del cual las “transacciones u operaciones sospechosas” deben ser entendidas como “(...) aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente, en base a la información que posea el sujeto obligado a comunicar tales transacciones u operaciones a la autoridad competente.”. Parte resolutive de la STC N° 06-2014-PI/TC.

²¹ En efecto, puede ocurrir, que un sujeto obligado a informar, al calificar una operación como “sospechosa”, considere que reportarla a la UIF-Perú sea insuficiente y que lo más conveniente sea comunicarla al Ministerio Público.

El ROS juega un rol crucial en los escenarios donde la posibilidad de ilicitud es manifiesta, pero no lo suficientemente clara como para darla a conocer a las autoridades competentes. Incluso puede ser materia de reporte una operación que esté totalmente sustentada dentro del ámbito de formalidad del juego económico (formalidad contractual, bancarización del flujo de dinero, identificación de ordenantes, ejecutantes y beneficiarios, entre otros), pero que viene a ser el producto de la mala implementación de un sistema de prevención.

Así, por ejemplo, en el ámbito notarial, la adquisición de un vehículo con un contrato de por medio y con la bancarización del pago, puede ser considerada sospechosa si es que se advierte que el precio de la compraventa es notoriamente inferior al valor del bien en el mercado y siempre que esta “inusualidad” se encuentre acompañada de otras señales de alerta como, por ejemplo, que el comprador sea un alto funcionario público o una persona expuesta políticamente.

En este ejemplo, el ROS es un dato que recibe la UIF-Perú luego de que el sujeto obligado (notario) ha realizado una verificación mínima de una operación inusual en el marco de su programa de debida diligencia. Con este dato, la UIF-Perú inicia un proceso de tratamiento de información contando para ello bases de datos abiertas y cerradas adicionales a las que pueda tener un sujeto obligado. En ese escenario, el intercambio de información entre la UIF con otras entidades estatales resulta esencial, sobre todo si pretende identificar el contexto que dio origen a la “inusualidad” de la operación económica.

De existir información que sea de interés para las investigaciones fiscales, se inicia la investigación financiera propiamente dicha y la posterior transmisión de información de inteligencia financiera al Ministerio Público.

3.1 Investigaciones administrativas e investigaciones conjuntas

La investigación administrativa que realiza la UIF-Perú es de gabinete, se basa en la recepción, tratamiento y análisis de información sobre distintas bases de datos, sean estas abiertas (como la ofrecida por la página de transparencia estándar de entidades públicas) o cerradas (como el registro de la central de riesgos de la SBS).

Si bien las investigaciones de la UIF-Perú pueden surgir de uno o varios ROS, en la mayoría de los casos estas operaciones corresponden a una reacción propia del sistema económico frente a la informalidad²², o al resultado de la evaluación que realiza el oficial de cumplimiento de un sujeto obligado que no cuenta con acceso a información necesaria para su análisis de prevención.

Sin embargo, las investigaciones administrativas pueden surgir en la medida que el ROS tenga información de calidad, que permita identificar patrones de comportamiento financiero compatibles con ciertas tipologías de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo que son reconocidas a nivel nacional e internacional²³, esto podría explicar la proporción entre ROS e informes de inteligencia financiera.

En estos escenarios, la UIF-Perú cuenta con dos herramientas para desarrollar su investigación y complementar lo que ha tomado conocimiento a través del ROS: i) el levantamiento de la reserva bancaria y tributaria; y, ii) el procedimiento de asistencia técnica con otras agencias nacionales o internacionales homólogas como: UIF extranjeras, la Policía Federal de Investigaciones de Estados Unidos (Federal Bureau Investigation - FBI), Policía Internacional (Interpol), entre otras.

La UIF-Perú también puede solicitar información a toda entidad pública o privada, de manera similar a los requerimientos que impulsa el Ministerio Público; sin embargo, en el caso fiscal, los pedidos de información al sistema financiero suelen ser genéricos o carecer de un nexo con los fines de su investigación, lo que trae como consecuencia

²² Según el INEI, la actividad económica informal en el Perú puede generar más del 18% del Producto Bruto Interno (PBI), y más del 50% de la actividad laboral. Así “[e]n el año 2017, el PBI nominal ascendió a 687 mil 037 millones de soles, de los cuales el 18,6% fue generado por el sector informal, lo que significó una reducción en su participación de -0,3 puntos porcentuales respecto al año 2007. Por su parte, el empleo de la economía, estimado por las cuentas nacionales, ascendió a 16 millones 904 mil empleos en el año 2017, de los cuales, el sector informal generó el 52,4% de empleos, por definición todos los empleos del sector informal son informales. En relación al 2007, cuando representó el 60,8%, el sector informal redujo su participación en el empleo de la economía en -8,4 puntos porcentuales. Cabe señalar, que, tanto en el año 2007 como en el 2017, el sector informal produce un poco menos de la quinta parte del PBI nominal con más de la mitad del empleo de la economía, lo que evidencia su baja productividad respecto al sector formal (...)”. Instituto Nacional de Economía e Informática (INEI): “Producción y empleo informal en el Perú cuenta satélite de la economía informal 2007-2017”. Para mayor detalle, existe información disponible en el siguiente link: https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1589/libro.pdf (Fecha de consulta: 25/09/2021).

²³ La UIF-Perú ha identificado 25 tipologías adicionales que complementan las tipologías regionales por el GAFI y en su oportunidad por el GAFISUD. Las tipologías pueden ser consultadas en el siguiente link: <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/tipologias-de-laft> (Fecha de consulta: 25/09/2021). Según el INEI, en el año 2018, el 25,7% de la población (de 15 años de edad a más) del área urbana, fue víctima de algún hecho delictivo que atentó contra su seguridad. De ese porcentaje, únicamente el 16,2% denunció el hecho, con lo cual existe una gran cifra oscura de la real victimización que pueda ser reflejada en las bases de datos nacionales. Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI): Victimización en el Perú 2010 – 2018 – Principales Resultados. https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1519/index.html. (Fecha de consulta: 25/09/2021).

un doble trabajo, tanto para el requirente de información, como para el requerido²⁴. Esta forma de obtener información es denominada “*fishing expedition*”²⁵.

La investigación administrativa que desarrolla la UIF-Perú evita la recopilación indiscriminada de datos para delimitar su resultado. Esta práctica también se replica en las investigaciones conjuntas (ICO) que la UIF-Perú realiza con otras entidades del Estado encargadas de *detectar, investigar y denunciar* delitos precedentes del lavado de activos, como la Superintendencia Nacional de Administración Aduanera y Tributaria (Sunat) o la Contraloría General de la República (CGR)²⁶ e incluso el Ministerio Público.

Estas investigaciones conjuntas permiten superar las barreras del intercambio de información que está sujeta a restricciones, especialmente de aquella clasificada como reservada y/o confidencial. Estas investigaciones no tienen por objeto establecer responsabilidades, no están sujetas a la Ley de Procedimiento Administrativo General y no constituyen actos administrativos²⁷, la finalidad es que, tanto la UIF como la entidad con la que interactúa, obtengan insumos para concluir los informes que emiten.

3.2. Acceso a información sujeta a reservas

Como se ha señalado en el punto anterior, la UIF-Perú cuenta con la facultad de requerir información sujeta a restricciones (confidencial, secreta o reservada) que

²⁴ El requirente debe estar en la capacidad de almacenar, clasificar y analizar un alto volumen de información con terminología poco amigable (en algunos casos encriptada) y, en la mayoría de casos innecesaria o inocua; mientras que, por el lado del requerido, no solo implica un desgaste de la organización al identificar, estandarizar y transmitir la información que posee, sino que además será constantemente requerido para la aclaración, ampliación, explicación o cualquier otro tipo de necesidad de las autoridades sobre dicha información, elevando costos de tiempo y eficiencia.

²⁵ El “Manual CIAT para la Implantación y Práctica del Intercambio de Información para Fines Tributarios” define como “*fishing expedition*” la ejecución de solicitudes de información especulativas que no tienen nexo alguno con una investigación o fiscalización en proceso. Para mayor detalle, acceder a siguiente Link: http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/66259/1/TFM_MOI_Mart%C3%ADnez-Cald%C3%A9s-Cecilia-my2015.pdf (Fecha de consulta: 25/09/2021). Asimismo, considerar también: <https://www.ciat.org/intercambio-de-informacion-y-las-expediciones-de-pesca/> (Fecha de consulta: 25/09/2021).

²⁶ Artículo 3.- Funciones y facultades de la UIF-Perú. La UIF-Perú tiene las siguientes funciones y facultades:
(...)

“7.- Participar en el ámbito de su competencia en investigaciones conjuntas con otras instituciones públicas nacionales, encargadas de detectar, investigar y denunciar la comisión de ilícitos penales que tienen la característica de delito precedente del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo.”

²⁷ Los informes de inteligencia que resultan de las investigaciones administrativas o de investigaciones conjuntas no tienen validez probatoria, toda vez que su finalidad es ser un elemento referencial en la investigación.

también podría ser obtenida por el Ministerio Público en el marco de una investigación fiscal²⁸.

Las investigaciones administrativas de la UIF-Perú, a diferencia de las investigaciones fiscales, no tienen por finalidad obtener elementos probatorios para un proceso penal o establecer responsabilidades de esa naturaleza, y no necesariamente llegan a lograr la persecución penal; tampoco traen como consecuencia la aplicación de las medidas convencionales propias de las investigaciones y/o procesos penales (embargos, incautaciones, inmovilizaciones, entre otras); tampoco tienen por finalidad concluir en la atribución de un hecho ilícito o de imputaciones penales²⁹.

En este contexto, tanto la UIF-Perú como el Ministerio Público cuentan con el mecanismo del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria. En el caso de la UIF-Perú, ésta se realizará de manera directa (sin necesidad de una orden judicial), a través del titular de la SBS, conforme con la última reforma constitucional contemplada en la Ley N° 31305, Ley de Reforma Constitucional que fortalece la lucha anticorrupción en el marco del levantamiento del secreto bancario y la reserva tributaria³⁰.

Como toda medida que afecta derechos fundamentales, el acceso a la información sujeta a reservas por parte de la UIF-Perú será de manera excepcional y bajo una justificación constitucionalmente válida (*debida motivación*)³¹. Si bien hasta el

²⁸ Sin embargo, en cumplimiento del mandato constitucional asignado al Ministerio Público, la UIF-Perú no puede interferir en sus funciones; por esa razón, debe tenerse en cuenta las diferencias sustanciales en el tipo de investigación que realiza cada entidad.

²⁹ Lo que buscan estas investigaciones administrativas es identificar posibles operaciones compatibles con la de LA/FT que se realicen en el sistema financiero, siempre desde un enfoque preventivo. Del mismo modo, si bien el resultado de estas investigaciones tiene como destinatario al Ministerio Público, en ninguna circunstancia sus conclusiones son vinculantes para las investigaciones fiscales que se decidan iniciar.

³⁰ En efecto, la protección constitucional del secreto bancario y tributario no impide que el Estado, a través de otros órganos administrativos, acceda a esta información, siempre que exista un fin legítimo y bajo los supuestos contemplados en la Constitución. Así, por ejemplo, la Oficina de Control de la Magistratura (OCMA), puede acceder al secreto bancario conforme con lo dispuesto en el artículo 60 (parte final) de la Ley N° 29277, Ley de la Carrera Judicial. Del mismo modo, la Superintendencia de Administración Tributaria (Sunat) puede solicitar al juez competente el levantamiento del secreto bancario en los casos de posible evasión tributaria, conforme con el artículo 18 del Texto Único Ordenado de la Ley N° 28194 (TUO de la Ley para la Lucha contra la Evasión y para la Formalización de la Economía).

³¹ Constitución Política del Perú. "Artículo 2. Derechos fundamentales de la persona.

Toda persona tiene derecho:

5. A solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga el pedido. Se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional.

Toda persona tiene derecho al secreto bancario y la reserva tributaria. Su levantamiento solo puede efectuarse a pedido:

1. Del juez.

2. Del Fiscal de la Nación.

3. De una comisión investigadora del Congreso con arreglo a ley y siempre que se refieran al caso investigado.

4. Del Contralor General de la República respecto de funcionarios y servidores públicos que administren o manejen fondos del Estado o de organismos sostenidos por éste, en los tres niveles de gobierno, en el marco de una acción de control.

5. Del Superintendente de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones para los fines específicos de la inteligencia financiera.

momento no se ha definido mediante una norma o instrumento jurídico el alcance de *debida motivación*, puede entenderse que éste dependerá de la necesidad del trabajo de análisis de la UIF-Perú.

Sin embargo, al igual como ocurre con el Ministerio Público, se puede asumir que estos criterios podrán ser validados en un test de proporcionalidad³². Para que esto sea posible, habría que determinar en qué circunstancias excepcionales la investigación de la UIF-Perú requiere información protegida por el secreto bancario y la reserva tributaria para su culminación, o en qué casos se puede prescindir de ella³³.

Llegado a este punto, es necesario diferenciar los efectos del levantamiento de reserva que necesita la UIF-Perú del que requiere el Ministerio Público ante el Poder Judicial, pues si se considera que se trata del mismo mecanismo con las mismas finalidades y efectos, entonces se está ante una intromisión inconstitucional por parte de un órgano administrativo al realizar actos de investigación destinados a determinar responsabilidad penal. Así se tiene:

Diferencias entre el levantamiento de reserva bancaria y tributaria que obtiene la UIF-Perú y el que obtiene el Ministerio Público

Supuesto de aplicación	Tipo de Investigación en el que se solicita el levantamiento de reservas	Justificación del levantamiento de reservas	Finalidad
Levantamiento de reservas por acceso directo de la UIF-Perú.	<ul style="list-style-type: none"> - Se aplica en el marco de investigaciones administrativas de la UIF-Perú. - Surge dentro del rol de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. 	<ul style="list-style-type: none"> - Información de inteligencia financiera identificada y analizada según las competencias de la UIF-Perú (ROS, Información del extranjero proporcionada por agencias internacionales como la DEA, FBI, UIF, entre otras). - Dicha información tiene por finalidad sustentar la necesidad de contar con la información del secreto bancario y tributario para investigaciones administrativas. 	<ul style="list-style-type: none"> - Que la UIF-Perú realice investigaciones administrativas sobre posibles operaciones compatibles con el LA/FT. - Las conclusiones de las investigaciones administrativas no establecen responsabilidades penales ni son vinculantes para el Ministerio Público.

*El levantamiento de estos derechos fundamentales se efectúa de acuerdo a ley, que incluye **decisión motivada y bajo responsabilidad de su titular**.*" (negrita propia)

³² Tal como lo indicara con posterioridad la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación N° 033-2018/NACIONAL, el test de proporcionalidad permitiría el análisis de ponderación frente a la conflictividad de derechos fundamentales. Para el caso de la evaluación de una medida de CAF, el test de proporcionalidad se realizaría, en cada caso, sobre el conflicto entre la intervención del derecho de propiedad (específicamente en la libre disposición) y la potestad del Estado de cautelar los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal de lavado de activos.

³³ A mi parecer, la complejidad de las investigaciones de lavado de activos contextualizadas en el sistema financiero requiere necesariamente de información sujeta a reservas (secreto bancario y reserva tributaria), razón por la cual se considera que una "*debida motivación*" se limitará a evidenciar la necesidad de obtener información no contemplada en un ROS.

Supuesto de aplicación	Tipo de Investigación en el que se solicita el levantamiento de reservas	Justificación del levantamiento de reservas	Finalidad
Levantamiento de reservas solicitado por el Ministerio Público	<ul style="list-style-type: none"> - Se aplica en el marco de una investigación preliminar o preparatoria a cargo del Ministerio Público. - Surge en el ámbito de la persecución penal de cualquier delito. 	Depende de la información obtenida por el Ministerio Público en el normal desarrollo de sus investigaciones (elementos de convicción).	Que el Ministerio Público obtenga elementos de convicción suficientes sobre la existencia de un delito en el marco de su investigación penal y ejercer las pretensiones procesales que la ley le faculta.

Elaboración: propia

Dadas las diferencias en la pretensión de estos mecanismos, se puede concluir que la UIF-Perú obtiene información del levantamiento de reservas que le servirá para culminar una investigación de lavado de activos (inteligencia financiera), caracterizada por su natural complejidad.

3.3. Información de inteligencia del exterior mediante investigaciones conjuntas y asistencia técnica

La UIF-Perú también puede obtener información³⁴ de otros países a través de agencias homólogas, como consecuencia de los acuerdos de reciprocidad o como parte del desarrollo de investigaciones conjuntas internacionales³⁵. Las condiciones para el intercambio de información se sujetan, principalmente, a los convenios materializados en Memorandos de Entendimiento (en adelante MOU por sus siglas en inglés de *memorandum of understanding*)³⁶ y en las reglas para el intercambio de información que ha desarrollado el Grupo Egmont.³⁷

³⁴ Por ejemplo, del registro de propiedad, antecedentes criminales e incluso ROS en los países requeridos.

³⁵ Ley N° 27693. Ley de Creación de la UIF-Perú. Artículo 3. Funciones y Facultades de la UIF-Perú

"La UIF-Perú tiene las siguientes funciones y facultades

(...)

6. Cooperar en el ámbito de su competencia con investigaciones internacionales y/o solicitar, recibir, analizar y compartir información, a solicitud de autoridades competentes de otros países que ejerzan competencias análogas, en casos que se presuman vinculados a actividades de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo, comunicando los resultados a la autoridad requirente y realizando las acciones correspondientes en el ámbito nacional."

³⁶ A la fecha, el Perú ha suscrito cuarenta y ocho (48) MOU con otros países. Según el portal Web de la UIF-Perú. A través de estos MOU "(...) las diferentes Unidades de Inteligencia Financiera acuerdan cooperar entre sí con la finalidad de intercambiar información, experiencias, tipologías, brindarse asistencia técnica, entre otros aspectos. En lo que respecta al intercambio de información, acuerdan cooperar entre sí con la finalidad de obtener, compartir y analizar la información a la que tengan acceso, relacionada con operaciones sospechosas, inusuales e injustificadas que pudieran estar relacionadas con el lavado de activos o actividades delictivas conexas o precedentes y/o con el financiamiento del terrorismo, así como de personas naturales y jurídicas que pudieran estar vinculadas a éstas, todo de conformidad con las disposiciones aplicables previstas en sus respectivos marcos normativos nacionales, y de acuerdo a sus propias políticas y procedimientos" (Los MOU pueden ser visualizados en el siguiente link: <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/memorandum-de-entendimiento>). (Fecha de consulta: 25/09/2021).

³⁷ En julio de 2013, los jefes de las UIF que integran el Grupo Egmont aprobaron el documento "Principios Para el Intercambio de Información entre Unidades de Inteligencia Financiera", el cual puede ser visualizado en el siguiente link:

<http://www.sbs.gob.pe/Portals/5/ier/egmont/files/Principios%20para%20el%20intercambio%20de%20informaci%C3%B3n%20entre%20UIF.pdf>. (Fecha de consulta: 25/09/2021)

Por su parte, el Ministerio Público, en el marco de las reglas de cooperación interinstitucional con entidades nacionales, también puede tener acceso a información del extranjero, a través del mecanismo de asistencia técnica.³⁸ Este procedimiento permite conocer si una persona natural o jurídica cuenta con información en otros países (especialmente ROS), sin necesidad de acudir a la cooperación internacional.

Este mecanismo permite al Ministerio Público obtener de forma preliminar información de inteligencia financiera para evitar las prácticas de *fishing expedition*; es decir, que al tomar conocimiento de la existencia de datos en el extranjero podrá formular pedidos más concretos vía cooperación jurídica internacional, pues lo proporcionado por una UIF, al no ser fuente directa de dichos datos, siempre requerirá de verificación³⁹.

4. Transmisión y uso de la información de inteligencia financiera

Una vez obtenida, procesada y analizada la información, la UIF-Perú se encuentra en condiciones de transmitir el producto de su análisis al Ministerio Público o a otras autoridades competentes⁴⁰. La información que se transmite puede clasificarse en dos tipos de documentos, según su utilidad: sin valor probatorio y con valor probatorio.

4.1. Documentos de inteligencia sin valor probatorio

³⁸ Decreto Supremo N° 020-2017-JUS. Artículo 12.- Asistencia Técnica

“12.1 La UIF-Perú, ante un requerimiento de asistencia técnica formulado por una entidad nacional competente, a modo de colaboración para las investigaciones de lavado de activos, sus delitos precedentes y el financiamiento del terrorismo, traslada este requerimiento a las entidades extranjeras análogas u homólogas, en base a los convenios, acuerdos, memoranda de entendimiento y al principio de reciprocidad.

12.2 El requerimiento de asistencia técnica debe contener información de la identificación de las personas naturales o jurídicas que intervienen en la operación sospechosa, relación y descripción de las operaciones realizadas y una breve descripción de los hechos subyacentes.”

³⁹ Según los *Principios Para el Intercambio de Información entre UIF's* existen, cuando menos, dos reglas especiales para acceder a información de inteligencia financiera proveniente de otros países (ya sea por necesidad propia de la UIF-Perú o del Ministerio Público):

- La plena identificación de las personas naturales o jurídicas sobre las cuales se requiere información y un resumen de los hechos por los cuales dichas personas están siendo investigadas. Esta condición está relacionada en gran medida con el principio de reciprocidad.
- La vinculación de la persona natural o jurídica sobre la cual se pide información con el país del cual se requiere información. Es decir, evidenciar el motivo por el cual una UIF extranjera debe activar sus procedimientos de búsqueda de información.
- En caso de resultado positivo, el compromiso de no utilizar dicha información en cualquier tipo de procedimiento, en la medida en que no cuenta con valor probatorio.

La exigencia de estos requisitos no solo son condiciones impuestas a la UIF-Perú, sino a cualquier otra UIF que integra el Grupo Egmont, a fin de mejorar la rapidez y agilidad en el intercambio de información, evitando trabajo innecesario producto del *fishing expedition*.

⁴⁰ Se considerará como autoridades competentes, además del Ministerio Público, a aquellas que cuentan con facultades de investigación de delitos precedentes del lavado de activos; por ejemplo, Sunat y Contraloría.

La posibilidad de que ciertos documentos estén fuera de la valoración del juez dependerá, principalmente, del respeto de los derechos fundamentales para su obtención⁴¹. La documentación generada por una UIF no puede estar exenta de esa exigencia constitucional y, por ende, la validez probatoria de su documentación también depende de la forma en cómo se obtuvo y procesó la información que contiene.

En el caso de los documentos sin valor probatorio, se puede encontrar la Nota de Inteligencia Financiera (NIF) y el Informe de Inteligencia Financiera (IIF), los cuales son dirigidos principalmente al Ministerio Público para investigaciones de lavado de activos, sus delitos precedentes y el financiamiento del terrorismo. Estos documentos también podrán ser transmitidos a otras autoridades que tengan facultades de investigación de delitos precedentes del lavado de activos y, excepcionalmente, a la Dirección Nacional de Inteligencia (DINI) en casos que involucren la seguridad nacional.

- **Nota de inteligencia financiera (NIF)⁴²:**

El artículo 5 del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS señala que estos documentos transmiten información de inteligencia financiera obtenida por la UIF-Perú en el ejercicio de sus funciones. Esta consiste en determinar si una persona natural o jurídica sometida a una investigación cuenta con ROS. Las notas de inteligencia no contienen información analizada por la UIF-Perú, únicamente, transmiten la operación económica o financiera que fue calificada como “sospechosa” por el sujeto obligado que la reportó.

⁴¹ De acuerdo con el artículo VIII.2 del Título Preliminar del Código Procesal Penal, carecerán de efecto legal aquellas pruebas “obtenidas, directa o indirectamente, con violación del contenido esencial de los derechos fundamentales de la persona”.

⁴² Decreto Supremo N° 020-2017-JUS.

Artículo 5.- Comunicaciones de Inteligencia Financiera

“5.2. Las comunicaciones de inteligencia financiera que emite la UIF-Perú pueden ser:

5.2.1 Comunicaciones de inteligencia financiera nacional:

(...)

b) Nota de Inteligencia Financiera (NIF): documento de inteligencia financiera con carácter confidencial y reservado, que emite la UIF-Perú en respuesta a un pedido de información formulado por el Ministerio Público, Comisión Investigadora del Congreso de la República del Perú u otra autoridad competente, siempre que haya una investigación por lavado de activos, o financiamiento del terrorismo. La NIF contiene una síntesis de la información de inteligencia contenida en los ROS recibidos con relación a las personas consultadas, en atención a una solicitud de información nacional o de asistencia técnica. No tiene valor probatorio y no puede ser utilizado como elemento indiciario o medio de prueba en ninguna investigación o proceso judicial, administrativo y/o disciplinario.”

Al tratarse de la sola transmisión de operaciones económicas que no tienen un sustento legal aparente, su significado en la investigación fiscal puede ser tan inocua como reveladora, pues la calificación de sospecha, al ser establecida por el sujeto obligado, requiere verificación⁴³. En ese sentido, el que una persona cuente con ROS, no implica que ésta sea información necesariamente relevante para una investigación fiscal.

En países con alta informalidad económica, pueden generarse múltiples operaciones fuera del sistema financiero (o realizadas con dinero en efectivo). Por su parte, el uso de dinero en efectivo tampoco significa que deba ser considerada una operación sospechosa, pero, evitar la bancarización, sí lo puede ser⁴⁴; en todo caso, el ROS tendrá relevancia en la medida en que pueda ser contextualizado, de ahí que su análisis tenga más sentido en las investigaciones administrativas, que en las penales.

Finalmente, la nota de inteligencia financiera puede contener información protegida por el secreto bancario (operaciones pasivas como depósitos, abonos, transferencias, entre otras) y, por ende, carece de valor probatorio, ya que esta data requiere de verificación y de formalidades propias de los actos de investigación del Ministerio Público.

- **Informe de Inteligencia Financiera (IIF)⁴⁵:**

⁴³ La posibilidad de que la NIF contenga ROS de una persona investigada dependerá en gran medida del sistema de prevención (en términos importados *program compliance*) que se haya implementado en el sistema financiero. Si una notaría, banco, concesionario de vehículos, agencia de aduanas u otra entidad no cuenta con un sistema de prevención adecuado, es muy probable que no se encuentre en la capacidad de transmitir un ROS y, por ende, la posibilidad de que el Ministerio Público cuente con información relevante es mínima.

⁴⁴ Por ejemplo, una empresa que vende vehículos podría prescindir de su sistema de prevención antilavado si un comprador adquiere un automóvil de alta gamma a través del sistema financiero, ya que en este caso será la entidad financiera la que se encargará (en teoría) de verificar el origen y destino de los fondos, mientras que la tienda apenas verificará que dicho dinero en realidad ha sido bancarizado. Incluso, si el vehículo es adquirido con una cuota inicial bancarizada, existe la posibilidad de que se realicen pagos fraccionados (según cronograma) con depósitos en efectivo por debajo del umbral aplicable a las entidades financieras (USD 10,000), el cual bien puede tener como origen una actividad comercial (incluso informal, como el servicio de taxi o alquiler de vehículos). En el ejemplo planteado, la información del ROS (consistente en la ejecución de depósitos en efectivo por debajo del umbral de USD 10,000 para adquirir un vehículo de alta gamma) es inocua, en la medida en que el uso de dinero en efectivo no es relevante si el investigado realiza una actividad comercial que implica recaudación directa de efectivo. Por el contrario, si el investigado es un funcionario público, el uso de dinero en efectivo evitando en lo posible su bancarización y limitándola a operaciones de depósitos, puede ser muy relevante para cualquier investigación penal, tributaria o de control (del tipo administrativo/disciplinario).

⁴⁵ Decreto Supremo N° 020-2017-JUS.

Artículo 5.- Comunicaciones de Inteligencia Financiera

(...)

“5.2. Las comunicaciones de inteligencia financiera que emite la UIF-Perú pueden ser:

5.2.2 Comunicaciones de inteligencia financiera nacional:

a) Informe de Inteligencia Financiera (IIF): documento de inteligencia financiera, con carácter confidencial y reservado, que emite la UIF-Perú luego del análisis e investigación de los ROS recibidos de los sujetos obligados y/o de la

El Informe de Inteligencia Financiera es un documento que contiene información de los ROS ya analizada con datos adicionales obtenidos de fuentes abiertas y cerradas, cuyo resultado son indicios de posibles operaciones de LA/FT⁴⁶. Al no ser la UIF-Perú la fuente directa de esa información, no tiene sentido utilizar el Informe de Inteligencia Financiera como un elemento probatorio en ningún tipo de procedimiento; no obstante, ofrece un criterio orientador para cualquier investigación a través de la identificación de personas, operaciones y rutas de dinero para su conversión, transformación u otros⁴⁷.

El Informe de Inteligencia Financiera también contiene información del secreto bancario e, incluso, datos de otras agencias de inteligencia de nivel internacional (como el FBI, DEA, UIF del exterior que integran el Grupo Egmont entre otras); por esa razón, el hecho de que carezca de valor probatorio también depende de la necesidad de cumplir con las formalidades legales establecidas para el uso de información protegida.

El valor probatorio de este documento fue abordado en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116, en el que se reafirmó su carácter reservado y la imposibilidad de su uso procesal⁴⁸. Sin embargo, dicho pronunciamiento se emitió antes de la vigencia del Decreto Legislativo N° 1106 que introduce el Reporte de Inteligencia Financiera y su “*uso procesal*”, teniendo en cuenta la necesidad expuesta en el acuerdo plenario⁴⁹.

información que obra en las bases de datos de la SBS, en el que concluye que el caso o casos materia de análisis e investigación se presume vinculado a actividades de lavado de activos, sus delitos precedentes o de financiamiento del terrorismo. No tiene valor probatorio y no puede ser utilizado como elemento indiciario o medio de prueba en ninguna investigación o proceso judicial, administrativo y/o disciplinario, a excepción de los anexos que lo sustentan, siempre y cuando se cuente con autorización expresa de la UIF-Perú para su empleo total o parcial.”

⁴⁶ De acuerdo con el numeral 8 del artículo 3 de la Ley N° 27693, le corresponde a la UIF-Perú “[c]omunicar al Ministerio Público mediante informes de inteligencia financiera aquellas operaciones que luego del análisis e investigación respectivos, se presume que estén vinculadas a actividades de lavado de activos, sus delitos precedentes y al financiamiento del terrorismo, para que proceda de acuerdo a ley (...)”. Se trata, entonces, de un supuesto en el que se realiza un análisis e investigación teniendo como punto de partida el ROS que se haya recibido del sistema financiero.

⁴⁷ Esta identificación de datos ofrece a la investigación fiscal, hechos puntuales que en circunstancias normales podrían tardar mucho tiempo en conocerse. El lavado de activos suele requerir de una investigación bastante compleja en la que es necesario identificar operaciones (con fechas, montos, lugares e intervinientes específicos) que mediante actos de investigación convencional difícilmente podría revelar de forma inicial.

⁴⁸ Salvo autorización expresa de la UIF-Perú y únicamente de los anexos que la sustentan.

⁴⁹ Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ116. Fundamento 38. “(...) Más allá de lo limitado del uso procesal del Informe de Inteligencia, y de la falta de claridad para su utilización en relación al cuerpo del citado Informe y al sustento de la información -los anexos-, llama la atención que el propio Estado limite el esclarecimiento de un delito de tanta gravedad y niegue el acceso fluido a la autoridad penal de información cuya pertinencia y utilidad corresponde valorar al órgano jurisdiccional, pero que en este caso reconoce una potestad decisoria a la UIF-Perú.”

En síntesis, el Informe de Inteligencia Financiera ofrece un posible caso de LA/FT (o de sus delitos precedente en el marco de una investigación conjunta). Según la información proporcionada a través del ROS, se podrá identificar operaciones de colocación, conversión o transferencia, así como de posibles rutas de dinero. Puede contener información de otras agencias internacionales, así como información del secreto bancario, todo lo cual estará sujeto a la calificación fiscal.

4.2. Documentos de inteligencia con valor probatorio

La UIF-Perú actualmente emite dos documentos que pueden ser incorporados en la carpeta fiscal y, eventualmente, utilizarlos como medio probatorio en caso así lo considere el Ministerio Público. Al respecto se tiene:

- Reporte de Acreditación, que se emite por la infracción de ingreso o salida del país de dinero en efectivo o de instrumentos financieros negociables.
 - Reporte UIF, que se emite sobre la base de un Informe de Inteligencia Financiera, cuya información ha sido previamente verificada por el fiscal.
-
- **El Reporte de Acreditación (RA):**⁵⁰

El Reporte de Acreditación se emite en casos de infracción administrativa por el transporte transfronterizo de dinero en efectivo o de instrumentos financieros negociables, de acuerdo con la Sexta Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306 y sus modificatorias⁵¹, mediante la cual se establecen dos supuestos:

⁵⁰ Decreto Supremo N° 020-2017-JUS.

Artículo 5.- Comunicaciones de Inteligencia Financiera

(...)

“5.2. Las comunicaciones de inteligencia financiera que emite la UIF-Perú pueden ser:

5.2.1 Comunicaciones de inteligencia financiera nacional:

(...)

d) Reporte de Acreditación (RA): Documento emitido por la UIF-Perú, con el resultado del análisis efectuado sobre la documentación presentada por la persona intervenida a su ingreso o salida del país, a quien se le hubiere retenido dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador.”

⁵¹ Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306

(...)

“Sexta: Obligación de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” 6.1. Establézcase la obligación para toda persona, nacional a extranjera, que ingrese o salga del país, de declarar bajo juramento instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” o dinero en efectivo que

- La obligación de toda persona natural (nacional o extranjera) que ingrese o salga del Perú a declarar bajo juramento el dinero en efectivo o instrumentos financieros que porte consigo por más de USD 10,000 (o su equivalente en otra moneda).
- La prohibición de toda persona natural (nacional o extranjera), conforme al supuesto anterior, de transportar dinero en efectivo o instrumentos financieros por más de USD 30,000 (o su equivalente en otra moneda).

El incumplimiento de los supuestos anteriores, faculta a la Sunat a retener temporalmente el total de dinero en efectivo o de los instrumentos financieros y la aplicación de un treinta por ciento (30%) del valor no declarado, o la retención temporal del exceso de USD 30,000 según el supuesto del que se trate. En ambos casos, la UIF-Perú tiene a cargo un “proceso de acreditación”, en el cual el infractor sustenta el origen lícito e inmediato del valor retenido y, de justificarlo, se procede con la devolución, previo pago de la multa que determine Sunat⁵².

Por el contrario, la falta de acreditación de dicho valor puede ser considerado como un indicio del delito de lavado de activos, circunstancia en la que corresponderá emitir el Reporte de Acreditación al Ministerio Público para la investigación y valoración correspondiente⁵³. En este supuesto, el Reporte de Acreditación que motiva la investigación puede contener dos tipos de conclusiones:

porte consigo por sumas superiores a US\$ 10,000.00 (Diez mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América), o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. 6.2. Asimismo, queda expresamente prohibido para toda persona, nacional o extranjera, que ingrese o salga del país, llevar consigo instrumentos financieros negociables emitidos ‘al portador’ o dinero en efectivo por montos superiores a US\$ 30,000.00 (Treinta mil y 00/100 dólares de los Estados Unidos de América) o su equivalente en moneda nacional u otra extranjera. El ingreso o salida de dichos importes deberá efectuarse necesariamente a través de empresas legalmente autorizadas por la Superintendencia de Banca, Seguros y Administradoras Privadas de Fondos de Pensiones (SBS) para realizar ese tipo de operaciones.”

⁵² Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306

(...)

“Sexta: Obligación de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos ‘al portador’

(...)

6.7. La devolución, por parte de la SBS, del dinero en efectivo y/o instrumentos financieros negociables emitidos ‘al portador’ retenidos procede cuando no se ha iniciado investigación fiscal y se ha acreditado su origen lícito ante la UIF-Perú, cuando se ha dispuesto el archivo definitivo firme de la investigación fiscal o exista resolución judicial firme que resulte favorable al intervenido. Cuando se configure cualquiera de estos supuestos y el intervenido no haya cumplido con el pago de la sanción administrativa, la SBS procede a descontar esta suma del monto retenido al momento de la devolución, instruyendo su transferencia a favor de la SUNAT.”

⁵³ Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley N° 28306

(...)

“Sexta: Obligación de declarar el ingreso y/o salida de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos ‘al portador’

(...)

- Que la persona intervenida no presentó documentación para justificar el origen lícito inmediato del dinero en efectivo (o instrumento financiero) retenido.
- Que la documentación presentada por el intervenido no justifica el origen lícito inmediato del dinero en efectivo (o instrumento financiero) retenido.

En ambos casos no existe impedimento alguno para que, de forma paralela, se inicie un proceso de extinción de dominio, dado que el propio Decreto Legislativo N° 1373 y su reglamento contemplan la posibilidad de que la UIF-Perú emita una copia del Reporte de Acreditación en el marco de cooperación institucional⁵⁴.

- **Reporte UIF (R-UIF)**⁵⁵

El Reporte UIF es el documento que podrá ser utilizado por el Ministerio Público, tanto en la investigación preliminar o preparatoria, como en el enjuiciamiento. De acuerdo con la legislación peruana, el Reporte UIF contiene información que proviene del Informe de Inteligencia Financiera que ha sido verificada por el Ministerio Público.

6.4. La no acreditación del origen lícito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos “al portador” en el plazo establecido, se considera indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio de la presunta comisión de otros delitos. En estos casos, la UIF-Perú informará al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.”

⁵⁴ Decreto Supremo N° 007-2019-JUS. Reglamento del Decreto Legislativo N° 1373 de Extinción de Dominio

Artículo 74.- Envío de información de la UIF al Ministerio Público

“La UIF envía al Fiscal Especializado, la información señalada en el artículo anterior de la siguiente manera:

74.1. Mediante una nota de inteligencia financiera espontánea (NIFE), cuando se trate de información contenida en un IIF. La NIFE no debe anexarse al expediente, no tiene valor probatorio ni puede ser utilizada como elemento indiciario o medio de prueba en el proceso de extinción o cualquier otra investigación, proceso judicial, administrativo o disciplinario.

74.2. Cuando se trate de información referida a casos de control transfronterizo de dinero en efectivo o instrumentos financieros negociables emitidos al portador, se remite copia del Reporte de Acreditación, en los casos que no se acredite la licitud de los fondos.”

⁵⁵ Decreto Supremo N° 020-2017-JUS.

Artículo 5.- Comunicaciones de Inteligencia Financiera

(...)

“5.2. Las comunicaciones de inteligencia financiera que emite la UIF-Perú pueden ser:

5.2.1 Comunicaciones de inteligencia financiera nacional:

(...)

c) Reporte UIF (R-UIF): documento emitido por la UIF-Perú, sobre la base de la información contenida en uno o varios IIF, a solicitud del fiscal a cargo de la investigación por lavado de activos, sus delitos precedentes o financiamiento del terrorismo y sobre aquella información contenida en el informe que considere con relevancia penal dentro de su investigación. Tiene validez probatoria y es considerado como elemento indiciario o medio de prueba de la comisión del presunto delito de lavado de activos, sus delitos precedentes o de financiamiento del terrorismo, siempre y cuando exista decisión o disposición fiscal que así lo considere, de lo contrario dicho documento tendrá el tratamiento del IIF.

El R-UIF contiene de ser el caso y solo cuando resulte procedente, todos o alguno de los supuestos siguientes: a) información verificable de operaciones financieras o tributarias; b) Información verificable de bienes muebles e inmuebles; c) Información verificable de operaciones de comercio exterior; d) Información verificable de operaciones comerciales; e) otros que determine la UIF-Perú. Solo contendrá información de inteligencia financiera de agencias de gobiernos extranjeros u otras agencias, siempre que medie autorización expresa para su divulgación. Para la emisión del R-UIF, los funcionarios a cargo deben cumplir con todos los mecanismos y procedimientos establecidos por la UIF-Perú, para garantizar la confidencialidad y reserva de la identidad de los oficiales de cumplimiento, y de las entidades homólogas y análogas informantes del exterior, de ser el caso.”

Para que ello sea posible, la información que contiene el Reporte UIF no debe incluir información que no cuente con autorización para ser utilizada en un proceso como, por ejemplo, la proporcionada por una agencia internacional sin autorizar la divulgación.

En este contexto, para que el Ministerio Público pueda obtener un Reporte UIF es necesario que agote los mecanismos procesales con los que cuenta para validar la información de un Informe de Inteligencia Financiera⁵⁶. Sin embargo, en este escenario surge una pregunta: ¿Si el fiscal ha verificado la información de un Informe de Inteligencia Financiera, por qué razón necesitaría un Reporte UIF?

La respuesta podría encontrarse en un criterio de urgencia, pues el procesamiento de información bancaria, notarial o registral puede tomar mucho tiempo para complementarse con documentos y/o pericias que se puedan ir obteniendo durante la investigación, de ahí que la necesidad de un Reporte UIF puede ser apremiante.

Hasta aquí, se puede observar que el Reporte UIF es una forma de representación de un Informe de Inteligencia Financiera cuya información (o parte de ella) ha sido verificada y, por tanto, podrá ser utilizada judicialmente. La elaboración del Reporte UIF también supone un proceso de saneamiento de la información para ser sustentado por *Peritos Informantes*⁵⁷, en caso sean convocados.

5. La facultad de aplicar el congelamiento administrativo de fondos

La UIF-Perú se encuentra en una posición privilegiada para recibir información del sistema financiero siempre que los sujetos obligados identifiquen operaciones que carezcan de un sustento económico. Sin embargo, existen situaciones muy

⁵⁶ Por ejemplo, si el Informe de Inteligencia Financiera plantea una ruta de dinero que inicia con depósitos de dinero en efectivo en una cuenta en el Banco A y luego es transferido a una cuenta del Banco B (en el que, además, se constituye un fondo mutuo de inversión), la investigación fiscal debe verificar, cuando menos, la existencia de estas cuentas con una orden de levantamiento del secreto bancario. En este caso, si el fondo mutuo de inversión es utilizado para adquirir un inmueble, entonces corresponde obtener la información notarial o registral relacionada con dicho inmueble.

⁵⁷ Según la Ley N° 27693, Ley de Creación de la UIF-Perú, en el artículo. 10-A.7. señala: “[p]ara los supuestos del párrafo anterior, la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF-Perú cuenta con un cuerpo de peritos informantes quienes acudirán a las audiencias judiciales para sostener la verificación técnica de los informes elaborados por sus funcionarios y de los reportes efectuados por el Oficial de Cumplimiento correspondiente, cuyas identidades se mantienen en reserva.”

excepcionales en que la información bajo análisis por el área de cumplimiento de los sujetos obligados no solo es “sospechosa” sino que, razonablemente, puede ser contextualizada en un hecho ilícito.

Un ejemplo típico es el depósito de dinero en efectivo en una cuenta bancaria ejecutada por una persona que es (o ha sido) víctima de una extorsión. De activarse los mecanismos convencionales (denuncia, intervención policial, requerimientos judiciales, entre otros), existe la posibilidad de que los fondos para el pago de la extorsión sean retirados (o desviados) de manera inmediata hacia cualquier parte del mundo⁵⁸.

En casos como este, la UIF-Perú cuenta con la habilitación legal para dar una orden al sistema financiero (sin la necesidad de requerir una orden judicial previa o la existencia de una investigación fiscal), e impedir el desprendimiento del dinero o, de ser el caso, evitar el financiamiento de un acto terrorista.⁵⁹

La incorporación del congelamiento administrativo de fondos como facultad de la UIF-Perú (a través del Decreto Legislativo N° 1106 en el 2012), no tuvo reglamentación hasta octubre de 2017 con la vigencia del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS. Hasta entonces, el congelamiento administrativo era aplicado, convalidado y debatido judicialmente, únicamente desde las reglas propias de las medidas cautelares fuera de proceso y del criterio judicial preponderante frente a la intervención de derechos.

La legislación peruana también contempla la aplicación del congelamiento administrativo en cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas en el sistema universal de derechos humanos⁶⁰. Este tipo de congelamiento no será objeto

⁵⁸ Esta misma situación puede darse en un contexto de financiamiento del terrorismo, con la diferencia de que el dinero colocado o transferido no necesariamente tiene una procedencia ilícita.

⁵⁹ Pero este no es el único escenario en que la UIF-Perú puede dar una orden de congelamiento, también existe un supuesto de aplicación de congelamiento contra personas que se encuentran en listas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por su vinculación a organizaciones terroristas como los Talibanes, Isis, Daesh, Estado Islámico, entre otras.

⁶⁰ Artículo 3.- Funciones y facultades de la UIF-Perú. “La UIF-Perú tiene las siguientes funciones y facultades: (...)

12.- Disponer el congelamiento inmediato de fondos o activos de las personas naturales o jurídicas que se encuentren comprendidas en:

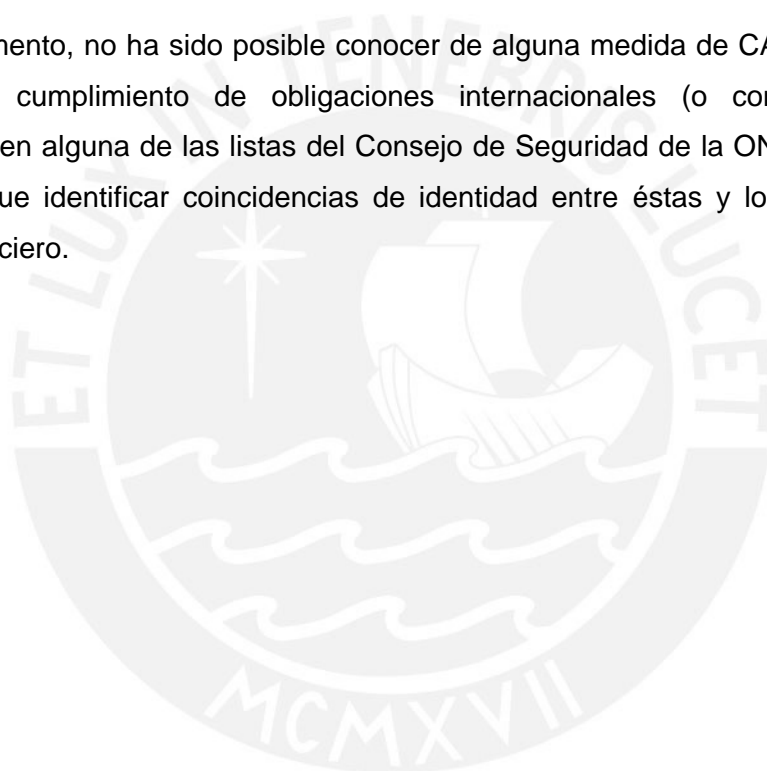
a. Las listas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas elaboradas de conformidad con sus resoluciones en materia de terrorismo y financiamiento del terrorismo.

b. Las listas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas elaboradas de conformidad con sus resoluciones en materia de financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva.

de análisis; sin embargo, sí es oportuno mencionar las principales diferencias con el congelamiento administrativo aplicado en casos de lavado de activos.

- No requiere de la investigación o juzgamiento de algún delito.
- Se aplica por el solo hecho de la coincidencia del nombre de una persona con los consignados en las listas del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.
- Se permite al afectado acceder a una parte de los fondos para su subsistencia.

Hasta el momento, no ha sido posible conocer de alguna medida de CAF aplicada en el Perú en cumplimiento de obligaciones internacionales (o contra personas consignadas en alguna de las listas del Consejo de Seguridad de la ONU), pues para ello habría que identificar coincidencias de identidad entre éstas y los usuarios del sistema financiero.



En estos casos, la UIF-Perú debe dar cuenta de la medida impuesta al juez, en el plazo de veinticuatro (24) horas quien, en el mismo término, podrá convalidarla o disponer su inmediata revocación, debiendo verificar los términos establecidos en la presente norma. El juez, a solicitud del interesado, puede autorizar el acceso a fondos o activos, bienes o demás recursos económicos, para solventar gastos básicos o extraordinarios de acuerdo a lo establecido en las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.”

CAPÍTULO DOS:

Aspectos legales de la medida de congelamiento: La medida administrativa que aplica la UIF-Perú en casos de lavado de activos

El resultado de la evaluación mutua que el Gafilat realizó al Perú en marzo de 2019 concluyó, entre otros aspectos, que nuestro país cuenta con un marco jurídico apropiado para la recuperación de activos generados por actividades criminales, sin embargo, las acciones de decomiso son “modestas” en cantidad de sentencias y, por ende, recomienda potenciar las capacidades policiales, agentes de aduanas y fiscalías para identificar, incautar y decomisar bienes producto del delito.⁶¹

La posibilidad de decomiso será efectiva en la medida que sea posible identificar oportunamente los bienes o efectos del delito. Esta situación es particularmente difícil

⁶¹ En los términos del Resumen Ejecutivo, la evaluación mutua señala lo siguiente: “Existe un marco jurídico apropiado para la recuperación de activos, instrumentos y productos criminales, sin embargo, el decomiso de activos e instrumentos del delito en resultados es modesto, esto parece ser más evidente en función de las amenazas identificadas en la ENR 2016. No se evidencia de manera clara que exista la conciencia en las autoridades del orden público sobre la importancia de rastrear y decomisar los activos de las estructuras criminales. Existen medidas provisionales disponibles para las autoridades competentes, incluida la capacidad de congelar activos por parte de la UIF, sin embargo, los resultados en términos de decomiso y pérdida de dominio son limitados. Asimismo, se detectan pocos casos de decomiso relacionado a movimientos transfronterizos falsamente declarados/no declarados”. Esta situación permitió que la calificación de efectividad obtenida en materia de decomiso sea moderada, lo cual es muy positivo teniendo en cuenta lo obtenido en materia de investigación y sanción. No obstante, se ha reconocido que los resultados en materia de decomiso y sentencias de pérdida de dominio guardan relación con las amenazas identificadas como consecuencia del narcotráfico, corrupción, minería ilegal, terrorismo y asociación ilícita para delinquir.

en casos de lavado de activos cuando se trata de dinero o valores que pueden colocarse, convertirse o retirarse con facilidad en el sistema financiero. La medida de congelamiento administrativo de fondos se presenta como una herramienta que contribuye a la identificación oportuna de activos ilícitos y su posterior recuperación.

1. Estándares internacionales para la recuperación de activos

En los últimos veinte años, el Estado peruano viene asumiendo un conjunto de obligaciones internacionales destinadas a enfrentar diversos tipos de criminalidad de gran complejidad; éstas no se limitan a la exigencia de la tipificación de conductas bajo determinados estándares, también exigen esfuerzos destinados a la recuperación de activos y a la implementación de mecanismos para impedir la financiación del delito.

En lo concerniente a los principales instrumentos internacionales asumidos por el Estado peruano relacionados con la identificación, intervención y decomiso del producto del delito (que se vinculan con el lavado de activos de manera directa e indirecta), se tienen los siguientes:

- **Convención de Viena contra el tráfico ilegal de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de 1988.**

Este instrumento internacional entró en vigor en el Perú en abril de 1992. De acuerdo con el artículo 5 de la Convención, se exige a los Estados parte adoptar medidas necesarias para lograr el *decomiso del producto del delito* (narcotráfico y sus derivados) *o de bienes cuyo valor equivalga a ese producto.*

Se aprecia, desde ya, una diferencia de sistemas que pueden implementar los Estados para recuperar activos: a) la intervención del producto por su naturaleza ilícita (sistema basado en la intervención del activo ilícito que es propio de los sistemas romano-germánico); o, b) la intervención de los bienes que, aún siendo lícitos, su valor equivale al producto de la actividad criminal (sistema basado en la intervención de los activos lícitos por su valor

equivalente al resultado de la actividad criminal que es propio de los sistemas anglosajones)⁶².

- **Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional y sus protocolos - Convención de Palermo (2000)**

Este instrumento internacional entró en vigor en el Perú en septiembre de 2003. El artículo 12 de esta Convención tiene una estructura similar a la del artículo 5 de la Convención de Viena, pero extendiendo sus alcances a delitos cometidos por organizaciones criminales, especialmente por corrupción y lavado de activos.

- **Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción**

Este instrumento internacional entró en vigor en el Perú en diciembre de 2005. El artículo 31 de esta Convención tiene la misma estructura de las Convenciones señaladas anteriormente y extiende sus alcances también a los delitos de corrupción y a la recuperación de activos.

- **Las 40 Recomendaciones sobre Lavado de Dinero del GAFI (actualización del año 2020)**

Las 40 Recomendaciones del GAFI no tienen la misma fuerza vinculante que las Convenciones antes mencionadas, pero sí desarrollan lineamientos de gran

⁶² Un claro ejemplo de la manifestación del sistema anglosajón en la recuperación de activos es la posibilidad de efectuar un “decomiso sin condena” cuyo impacto en la legislación nacional se ve reflejada en la Ley de Extinción de Dominio (Decreto Legislativo N° 1373), la cual busca separar el análisis de la responsabilidad penal de la licitud de los activos que puedan estar vinculados. De acuerdo con Isidoro Blanco Cordero, este modelo ha sido una gran influencia para países cuyo sistema jurídico es romano-germánico, al señalar que “[s]on numerosas las legislaciones en las que aparece una normativa que permite el decomiso sin condena. Surgieron en el ámbito anglosajón y se han extendido a muchos sistemas del Common Law. Países en los que existe son Estados Unidos de América, Irlanda, el Reino Unido, así como algunos Estados australianos y canadienses. Otros países que disponen de esta modalidad de decomiso son Sudáfrica, Filipinas, República de las Islas Fiyi, Antigua y Barbuda, Bulgaria y Serbia. En Latinoamérica la institución de la extinción de dominio, cuyo país precursor fue Colombia, se prevé en otros países como México (incluso a nivel constitucional), Perú, Costa Rica, Honduras, y algunos están en fase de proyecto de ley, como Guatemala y Ecuador (...).” Para mayor detalle, CORDERO BLANCO, Isidoro. “Recuperación de activos de la corrupción mediante el decomiso sin condena (comiso civil o extinción de dominio)”. Publicado en El Derecho Penal y la Política Criminal Frente a la Corrupción, FABIAN CAPARRÓS, Eduardo A., ONTIVEROS ALONSO, Miguel y RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás (coordinadores), en: http://www.cicad.oas.org/lavado_activos/grupoexpertos/Decomiso%20y%20ED/Recuperacion%20de%20Activos%20de%20la%20Corrupcion.pdf (fecha de consulta: 25/09/2021). Si bien la medida de congelamiento administrativo no supone una forma de decomiso, sí se constituye como una medida anticipada dentro de una investigación fiscal para lograr una medida cautelar real con dicho fin.

respaldo internacional para hacer frente al lavado de dinero y el financiamiento del terrorismo. Estas recomendaciones abordan aspectos que van desde la tipificación del delito (LA/FT), hasta la implementación de mecanismos en el ámbito administrativo para un adecuado sistema de prevención contra dichos delitos, entre ellas, la posibilidad de congelar fondos vinculados a estos delitos⁶³.

Cabe señalar que, para hacer posible el decomiso, las Convenciones también establecen la obligación de que los Estados adopten medidas necesarias para que las autoridades competentes puedan lograr *la identificación, la detección y el embargo preventivo o la incautación del producto, los bienes, los instrumentos o cualesquiera otros elementos* de esta naturaleza.

Si bien, no se puede apreciar obligaciones expresas en torno a la implementación de medidas de congelamiento por autoridades administrativas (como medidas anticipadas o previas al decomiso), éstas resultan compatibles con los fines de estos instrumentos internacionales.

2. Fondos u otros activos que pueden ser congelados

Si se asume una postura pluriofensiva para la protección de bienes jurídicos en el delito de lavado de activos, entonces resulta razonable que el concepto de “fondos u otros activos” deba ser lo suficientemente amplio como para alcanzar aquellos productos financieros que fueron constituidos bajo una apariencia de legalidad. Un ejemplo de esto se aprecia cuando los fondos ilícitos se mezclan con inmuebles (derecho de propiedad), pensiones, remuneraciones, entre otros.

⁶³ Recomendaciones del GAFI - Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y de la proliferación (Recomendación 4)

“4. Decomiso y medidas provisionales:

Los países deben adoptar medidas similares a las establecidas en la Convención de Viena, la Convención de Palermo y el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo, incluyendo medidas legislativas, que permitan a sus autoridades competentes congelar o embargar y decomisar lo siguiente, sin perjuicio de los derechos de terceros de buena fe: (a) bienes lavados, (b) producto del, o instrumentos utilizados en, o destinados al uso en, delitos de lavado de activos o delitos determinantes, (c) bienes que son el producto de, o fueron utilizados en, o que se pretendía utilizar o asignar para ser utilizados en, el financiamiento del terrorismo, actos terroristas u organizaciones terroristas, o (d) bienes de valor equivalente.

*Estas medidas deben incluir la autoridad para: (a) **identificar, rastrear y evaluar** bienes que están sujetos a decomiso; (b) ejecutar **medidas provisionales, como congelamiento** y embargo, para prevenir manejos, transferencias o disposición de dichos bienes; (c) **adoptar medidas que impidan o anulen acciones que perjudiquen la capacidad del Estado para congelar** o embargar o recuperar los bienes sujetos a decomiso; y (d) tomar las medidas de investigación apropiadas.*

Los países deben considerar la adopción de medidas que permitan que tales productos o instrumentos sean decomisados sin que se requiera de una condena penal (decomiso sin condena), o que exijan que el imputado demuestre el origen lícito de los bienes en cuestión que está sujetos a decomiso, en la medida en que este requisito sea compatible con los principios de sus legislaciones nacionales” (negrita propia)

La regulación del congelamiento administrativo, en casos de LA/FT, no contempla una definición de lo que puede congelarse o qué se debe entender por “fondos u otros activos”. Esto lleva necesariamente a considerar la amplia definición que ofrece la Resolución SBS N° 3862-2016⁶⁴, que regula el procedimiento para congelar fondos u otros activos de personas listadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas⁶⁵.

Esta definición es extraída del “Glosario” de las 40 Recomendaciones del GAFI, a fin de contar con un amplio escenario de supuestos, y guarda mucha coherencia con los bienes jurídicos protegidos por los delitos de LA/FT. Sin embargo, ya que el congelamiento administrativo supone una intervención del derecho de propiedad (poder de disposición), lo más conveniente es considerar la existencia de límites razonables para la ejecutar este mecanismo.

3. Congelamiento en investigaciones administrativas y fiscales

Antes de la vigencia del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS, las reglas procedimentales de este mecanismo no eran claras y estaban condicionadas únicamente al criterio judicial y a la aplicación supletoria de las normas procesales. Pese a ello, la UIF-Perú ya había aplicado más de cuarenta (40) medidas de congelamiento que fueron convalidadas judicialmente, destacando casos como el de Manuel Fernando Sotomayor de Azambuja⁶⁶ (en la cual se admitió la posibilidad de aplicar esta medida limitativa sobre productos pensionarios a pesar de su

⁶⁴ De acuerdo con la Resolución SBS N° 3862-2016 (modificada por la Resolución SBS N° 02610-2021): Aprueban Norma que regula los mecanismos y procedimientos para que la UIF-Perú congele administrativamente los fondos u otros activos de las personas o entidades vinculadas al terrorismo y al financiamiento del terrorismo, así como de aquellas vinculadas a la proliferación de armas de destrucción masiva y su financiamiento, identificadas en el marco de las Resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, y emiten otras disposiciones.

⁶⁵ En esta norma, se considera como fondos u otros activos “cualquier activo, incluyendo aunque no exclusivamente, los activos financieros, recursos económicos, bienes de todo tipo, tangibles o intangibles, muebles e inmuebles, como quiera que hayan sido adquiridos, y los documentos legales o instrumentos que evidencien la titularidad o la participación en tales fondos u otros activos. Los fondos incluyen, sin que la enumeración sea taxativa, dinero en efectivo, valores e instrumentos financieros, fondos en cuentas de ahorros y cuentas corrientes, depósitos, intereses, dividendos o cualquier otro tipo de ingresos que se generen por tales fondos u otros activos, durante la vigencia del congelamiento; giros, transferencias de fondos nacionales y/o extranjeras, joyas y metales preciosos, entre otros, en custodia, cajas de seguridad y su contenido, aportes sin fin previsional, aportes o depósitos en cooperativas de ahorro y crédito, derechos de crédito; seguros de inversión, cuotas de participación en fondos mutuos y/o fondos de inversión, certificados de participación en fondos colectivos, títulos valores físicos o desmaterializados mediante anotación en cuenta, incluyendo, sin carácter limitativo, cheques de viajero, cheques bancarios, órdenes de pago, acciones, títulos valores, bonos, letras de cambio, derechos sobre cartas de crédito”.

⁶⁶ Expediente Judicial N° 00030-2016-1-5001-JP-PE-01. Este caso ha merecido algunos artículos de opinión, por ejemplo: CASIANO ORTIZ, Juan del Carmen. “El congelamiento Administrativo de Fondos en los Casos de Lavado de Activos. A propósito de la Resolución emitida por la Primera Sala Penal de Apelaciones en el Exp. N° 00030-2016-1”. En Diálogo con la Jurisprudencia N° 224, mayo 2017.

intangibilidad); el caso del expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique⁶⁷, así como de su cónyuge Eliane Chantal Karp Fernerbug de Toledo⁶⁸; el caso del ciudadano de nacionalidad brasileña Jorge Enrique Simoes Barata⁶⁹, el expresidente Pedro Pablo Kuczynski Godard⁷⁰; entre otros.

Incluso la Casación N° 033-2018/NACIONAL fue consecuencia de la aplicación de un congelamiento antes de la vigencia del reglamento (caso Manuel Hernán Costa Alva - ONP)⁷¹ y fue la oportunidad para que la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República estableciera criterios para la aplicación de esta medida administrativa conforme al nuevo reglamento.

En este contexto, se reconoce que las medidas de congelamiento administrativo podían darse en dos escenarios: la aplicación de oficio como consecuencia de investigaciones administrativas de la UIF-Perú, y a solicitud o requerimiento del Ministerio Público. Estos supuestos de aplicación de congelamiento, que se daban en la práctica, fueron finalmente recogidos en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS⁷².

4. Control judicial ex post

Del propio numeral 11 del artículo 3 de la Ley 27693 se desprende que es la UIF-Perú la que deberá aplicar la medida de congelamiento administrativo en tanto se presenten de manera concurrente los presupuestos de:

⁶⁷ Expediente Judicial N° 00016-2017-17-5001-JP-PE-01. Si bien la resolución de convalidación judicial de CAF es de fecha 01/03/2018 (luego de la entrada en vigencia del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS), el requerimiento fue presentado por la UIF-Perú en febrero del 2017. Para mejor ilustración la resolución judicial está disponible en: https://92077a40-23fd-4c03-9c4f-f50e31b8c619.filesusr.com/ugd/4eb535_97a736c819754e4e8f0c5c3eba5450a9.pdf (Fecha de consulta: 25/09/2021).

⁶⁸ Por la naturaleza reservada del caso solo ha sido posible conocer esta medida a través de algunos medios de comunicación. Mayor detalle en el siguiente link: <https://diariocorreo.pe/politica/caso-ecoteva-eliane-karp-reitera-oposicion-al-congelamiento-de-su-fondo-de-pension-afp-746640/>. (Fecha de consulta: 25/09/2021).

⁶⁹ Por la naturaleza reservada del caso solo ha sido posible tomar conocimiento de esta medida a través de la nota de prensa del Ministerio Público a través del siguiente link: <https://www.mpfn.gob.pe/?K=364&id=4000> (Fecha de consulta: 25/09/2021); y a través de los medios de comunicación, por ejemplo: <https://diariocorreo.pe/politica/juez-rechaza-pedido-de-jorge-barata-para-descongelar-sus-fondos-de-afp-757639/> (Fecha de consulta: 25/09/2021).

⁷⁰ Expediente Judicial N° 019-2018-3-5001-JP-PE-01. La resolución judicial de segunda instancia que confirma la convalidación de la medida de congelamiento dispuesta por la UIF-Perú, está disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9035c90047c8d2f3b18eb31612471008/Exp.+N%C2%B0+19-2018-6++CAF+-+Dra.+CASTA%C3%91EDA+OTSU-watermark.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9035c90047c8d2f3b18eb31612471008> (Fecha de consulta: 25/09/2021).

⁷¹ Expediente Judicial N° 00025-2017-1-52001-JR-PE-01.

⁷² Decreto Supremo N° 020-2017-JUS

Artículo 9.- Supuestos de procedencia

“El congelamiento administrativo nacional de fondos u otros activos, dado su carácter preventivo, puede ser dispuesto por la UIF-Perú, cuando se configuren de manera concurrente los presupuestos establecidos en el inciso 11 del artículo 3 de la Ley. El término investigación a que se refiere el citado inciso comprende una investigación en trámite en la UIF-Perú y/o una investigación preliminar o preparatoria a nivel fiscal en trámite por LA/FT.”

- Un caso en investigación de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo.
- Urgencia de las circunstancias o el peligro en la demora.
- Necesidad de aplicar la medida por la dimensión o la naturaleza de la investigación.

Verificados estos presupuestos, se solicitará al juez penal su convalidación, luego de la intervención del derecho de propiedad. Si bien la norma no establece reglas de competencia jurisdiccional, se puede desprender del artículo 9 del Decreto Supremo N° 020-217-JUS que será el Juez de Investigación Preparatoria quien evaluará la concurrencia de estos requisitos, pues el contexto de aplicación será la existencia de una investigación preliminar o preparatoria o, antes de que éstas se inicien⁷³.

En los casos en los que el congelamiento es promovido por una solicitud, no debería existir mayor dificultad que la verificación de la tipificación de la conducta en las disposiciones fiscales, pues siendo el Ministerio Público un órgano constitucional autónomo, especialmente en el ejercicio de la calificación jurídico - penal de los hechos y las conductas que investiga, exigir a la UIF-Perú que realice un control de esta naturaleza, podría significar una intromisión constitucional indebida.

Sin embargo, si el congelamiento es aplicado de oficio, la UIF-Perú se encuentra en la obligación de sustentar la existencia del caso de LA/FT de acuerdo con los estándares internacionales que orientan el ejercicio de sus funciones y con el derecho interno. Sin duda, en el contexto de aplicación del congelamiento de oficio, éste puede traer como consecuencia una apresurada atribución de tipicidad por un órgano administrativo.

El criterio de urgencia o peligro en la demora obedece, principalmente, a la posibilidad de pérdida o desvío de fondos con la finalidad evitar que las autoridades del sistema de justicia puedan adoptar medidas cautelares convencionales⁷⁴. El objetivo de este

⁷³ El pedido de convalidación judicial del congelamiento administrativo deberá sustentar —al margen de la información obtenida en el ejercicio de sus funciones o de la información proporcionada por el Ministerio Público— si existe un caso de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo en el que es necesario aplicar la medida de congelamiento.

⁷⁴ Para justificar el criterio de urgencia de las circunstancias o peligro en la demora “[d]eben existir elementos de urgencia concretos que justifiquen una situación de urgente apremio para aplicar esta medida, o del peligro ocasionado

criterio es identificar un comportamiento orientado a poner en buen recaudo posibles fondos de origen ilícito y, con ello, entorpecer la actividad probatoria.

En lo que respecta al requisito de *necesidad por la complejidad y naturaleza de la investigación*, el juez de la investigación preparatoria puede tomar como referencia los alcances del numeral 3 del artículo 342 del Código Procesal Penal⁷⁵, para evaluar si el caso de lavado de activos cumple con esta condición; sin embargo, debe tenerse en cuenta que dicho alcance también deberá ser considerado tanto para el congelamiento de oficio como del solicitado por el Ministerio Público.

5. Sustitución del congelamiento con medidas limitativas convencionales

Una vez obtenidos los efectos del congelamiento (impedimento de disposición de los fondos existentes en el sistema financiero o de transferirlos), corresponde al Ministerio Público iniciar una labor de verificación de licitud de lo que ha sido congelado, a fin de evaluar la interposición de los requerimientos de medidas limitativas convencionales (Incautación, embargo, bloqueo de inmovilización, entre otras).

- **Incautación**⁷⁶

Es la medida limitativa que corresponde aplicar de manera prioritaria en el transcurso de investigaciones preliminares o preparatorias, siempre que el estándar probatorio para establecer la ilicitud de los fondos sea elevado. En los casos de flagrancia delictiva o peligro eminente de su perpetración, la Policía Nacional puede proceder a la

por la demora en su aplicación, tales como: (I) evitar retiro de fondos que se estarían por realizar; (II) detener una transferencia de fondos; (III) el riesgo que se continúen cometiendo actos delictivos, en especial LA/FT; (IV) la necesidad de neutralizar financieramente la operatividad de una organización criminal; (V) para complementar otras medidas obtenidas como detenciones, descerrajajes, registros domiciliarios, entre otras; (VI) verificaciones realizadas a través de técnicas especiales de investigación; (VII) para asegurar la efectividad de medidas próximas a solicitar como bloqueo e inmovilización o incautaciones; (VIII) para evitar que una organización criminal intervenida desarrolle planes de contingencia destinados a poner a salvo sus activos; etc.” Para mayor detalle, la Guía rápida para solicitar a la UIF-Perú la aplicación de una medida de congelamiento por casos de LA/FT, está disponible en el siguiente link: https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/Cong_Fondos/Gu%C3%ADa%20r%C3%A1pida%20CAF.pdf (Fecha de consulta: 26/09/2021).

⁷⁵ De acuerdo este artículo, el fiscal puede declarar “(...) complejo el proceso cuando: a) requiera de la actuación de una cantidad significativa de actos de investigación; b) comprenda la investigación de numerosos delitos; c) involucre una cantidad importante de imputados o agraviados; d) demanda la realización de pericias que comportan la revisión de una nutrida documentación o de complicados análisis técnicos; e) necesita realizar gestiones de carácter procesal fuera del país; f) involucre llevar a cabo diligencias en varios distritos judiciales; g) revisa la gestión de personas jurídicas o entidades del Estado; o h) comprenda la investigación de delitos perpetrados por integrantes de una organización criminal, personas vinculadas a ella o que actúan por encargo de la misma.” Sin embargo, teniendo en cuenta la etapa en la que se puede aplicar un congelamiento administrativo (antes del inicio de la investigación preliminar), la valoración judicial debe ser flexible teniendo en cuenta la singularidad de cada caso.

⁷⁶ Cfr. Artículo 59 y 63 del Código de Procedimientos Penales, artículo 1 numeral 11 de la Ley N° 27934, artículos 68 inciso K y 316 numeral 1 del Código Procesal Penal del 2004 y artículo 17 de la Ley N° 30077.

incautación de los bienes sujetos a decomiso, debiendo dar cuenta al Fiscal de su aplicación. Por su parte, la Fiscalía, y siempre que exista peligro en la demora, puede disponer la incautación de los bienes sujetos a decomiso⁷⁷.

En ambos casos, y luego de ejecutada la incautación, corresponde al Fiscal solicitar inmediatamente la confirmación por parte del Juez, quien deberá resolver, sin trámite alguno, en un plazo no mayor de 24 horas o de 2 días, respectivamente⁷⁸. En caso no exista peligro en la demora, el Fiscal requiere previa autorización judicial para aplicar la incautación⁷⁹. Cuando se trata de la incautación de bienes muebles o inmuebles⁸⁰, además de su custodia u ocupación, se anotará en el registro respectivo.

- **Embargo⁸¹**

La finalidad de esta medida es el aseguramiento de una futura reparación civil impuesta mediante una sentencia condenatoria que establezca responsabilidad penal.

Por su naturaleza, el embargo solo se aplica sobre bienes o activos cuya licitud no se encuentra en discusión. Incluso, la propia legislación nacional admite la indagación *sobre los bienes libres o derechos embargables al imputado y al tercero civil*⁸².

A diferencia de la incautación, el estándar probatorio para su otorgamiento no está dirigido a determinar su plena licitud, pero sí exige la existencia de *elementos de convicción* que sustenten razonablemente la probabilidad de que el investigado es un *autor o partícipe* del delito de que se le investiga, así como el *riesgo fundado de su insolvencia o de ocultamiento o desaparición del bien*⁸³.

- **Bloqueo e inmovilización en el levantamiento del secreto bancario**

El Código Procesal Penal del 2004 también ha previsto, como consecuencia del levantamiento del secreto bancario, dos circunstancias a tratar:

⁷⁷ Cfr. Artículo 94 del Código de Procedimientos Penales, artículo 2, numeral 3 de la Ley N° 27379 y artículo 316 del Código Procesal Penal 2004.

⁷⁸ Cfr. Artículo 4 de la Ley N° 27379 y artículos 203 inciso 3 y 316 inciso 2 del Código Procesal Penal de 2004.

⁷⁹ Cfr. artículo 2, numeral 3 de la Ley N° 27379 y artículo 317 del Código Procesal Penal de 2004.

⁸⁰ De conformidad con el artículo 318, numeral 2, del Código Procesal Penal de 2004.

⁸¹ Cfr. Artículo 94 del Código de Procedimientos Penales, artículo 2 inciso 4 de la Ley N° 27379 y artículo 302 del Código Procesal Penal de 2004.

⁸² Cfr. Artículo 302 del Código Procesal Penal de 2004.

⁸³ Cfr. Inciso 3 del artículo 303 del Código Procesal Penal de 2004.

- La incautación de documentos, títulos valores, dinero y cualquier otro bien.
- El bloqueo e inmovilización de las cuentas, siempre que exista fundada razón para considerar que tiene relación con el hecho punible y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso.

En ambas circunstancias hay una exigencia probatoria de ilicitud cuyo estándar parece ser elevado⁸⁴, toda vez que, tanto para la incautación de documentos como para el bloqueo de cuentas, debe existir una relación directa con el hecho punible, tal como sería en el caso de una típica incautación⁸⁵. Esto tiene sentido en la medida que el bloqueo e inmovilización de cuentas no exceda de quince (15) días, prorrogables excepcionalmente por el mismo plazo, con lo cual se reafirma la finalidad indagatoria de esta medida⁸⁶; no obstante, vale aclarar que tal limitación temporal ha sido diseñada en el marco de determinados delitos que, incluso, puedan haberse cometido por integrantes de una organización criminal⁸⁷.

Del mismo modo, en el caso del bloqueo e inmovilización de cuentas, se produce una consecuencia colateral que es la imposibilidad de que ingresen nuevos fondos, lo cual exige que la entidad financiera se mantenga como administradora de dichas cuentas (y de los fondos que contiene) hasta un pronunciamiento judicial posterior, ya sea mediante una nueva resolución de incautación⁸⁸ o, finalmente, un decomiso.

- **Inhibición**⁸⁹

Consiste en impedir la disposición o la grabación de los bienes de la persona investigada o del tercero civil, mediante la inscripción de dicha medida en el registro público. Esta medida es de carácter asegurativa, debido a que busca evitar la pérdida de activos que puedan garantizar el cumplimiento pecuniario que imponga una

⁸⁴ Ciertamente, este nivel de exigencia probatoria puede ser excesivo en la medida en que no se encontrarían diferencias sustanciales entre estos supuestos (incautación de documentos y el bloqueo en inmovilización de cuentas) con el de la incautación, ya que ambos exigen una relación directa con el hecho punible; sin embargo, la diferencia se encontrará en la naturaleza de lo que es objeto de incautación/bloqueo y la finalidad de esta medida, que en el presente caso estará más orientada al *esclarecimiento* del caso que se investiga.

⁸⁵ Cfr. Artículo 235 del Código Procesal Penal del 2004.

⁸⁶ Cfr. Inciso 5 del artículo 2 de la Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares.

⁸⁷ Cfr. Inciso 5 del artículo 1 de la Ley N° 27379, Ley de procedimiento para adoptar medidas excepcionales de limitación de derechos en investigaciones preliminares.

⁸⁸ Cfr. Artículo 223 del Código Procesal Penal del 2004

⁸⁹ Cfr. Artículo 310 del Código Procesal Penal del 2004

sentencia condenatoria. En este caso, el estándar probatorio será equivalente al de una medida de embargo, toda vez que su fundamento no se basa en la ilicitud de los activos.

En comparación con las medidas limitativas antes mencionadas, la inhibición puede resultar una de las menos lesivas, ya que la intervención del derecho de propiedad es de baja intensidad. En efecto, lo que se impide es la disposición o pérdida de los activos que son inscribibles en el registro público, a diferencia del embargo, cuya consecuencia es la afectación directa de los activos como garantía de una eventual obligación.

A manera de resumen, se puede afirmar que el congelamiento es un mecanismo preliminar a cualquiera de estas medidas limitativas. La intervención del derecho de propiedad con el congelamiento es menos intensa y, como se verá más adelante, su estándar probatorio también será menor debido a la etapa en que se aplica y a la urgencia que la caracteriza; por ende, a este nivel, una valoración definitiva respecto de la licitud de lo que es materia de congelamiento, resulta prematura⁹⁰.

⁹⁰ Ver desarrollo del apartado 1.2 del Cuarto Capítulo.

CAPÍTULO TRES:

Tratamiento jurisprudencial del congelamiento administrativo de fondos en el Perú

1. La medida de congelamiento administrativo de fondos y su relación con el objeto de protección del delito de lavado de activos

Partiendo de la necesidad de recuperar activos ilícitos como una estrategia de lucha contra la criminalidad, es imposible desvincular la finalidad de una medida de congelamiento con la protección de lo que es objeto de interés jurídico para el Estado peruano, ya sea mediante una sanción penal como manifestación coercitiva, o de una labor preventiva mediante la incorporación de un sistema de prevención.

Esto fue reafirmado por la Corte Suprema de la República, cuando reconoció la finalidad teleológica del congelamiento en la Casación N° 033-2018/NACIONAL, al establecer en su fundamento OCTAVO que su finalidad es *“(...) garantizar el orden financiero y la tutela del bien jurídico tutelado por los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, así como evitar la impunidad y afirmar la seguridad ciudadana”*

Se puede notar la directa relación entre la aplicación de una medida administrativa que interviene el derecho de propiedad y la protección de bienes jurídicos como una forma de reafirmar una política de seguridad ciudadana. Y es que la posibilidad de impedir la realización de dos delitos a través del sistema financiero en forma inmediata es muestra clara de la capacidad de un Estado para contrarrestar este tipo de criminalidad⁹¹.

Ya que esta investigación aborda la aplicación de la medida de congelamiento en casos de lavado de activos, es necesario destacar su compatibilidad con la protección del bien jurídico en la tipificación de este delito, más allá de la doctrina y jurisprudencia peruana.

1.1. El bien jurídico protegido en el delito de lavado de activos

La protección del bien jurídico por el delito de lavado de activos en el Perú siempre ha sido materia de análisis y discusión en la doctrina, a partir del análisis que se realiza de acuerdo con la legislación comparada y su evolución en cada país⁹²; y también la jurisprudencia nacional, con ocasión de la definición establecida en el Acuerdo N° 3-2010/CJ-116 que adoptó una postura pluriofensiva.

No obstante, al considerar la medida de congelamiento como un mecanismo de prevención cuya finalidad teleológica es la tutela de bienes jurídicos protegidos por los delitos de LA/FT, es evidente que su contenido resulta fácilmente compatible con la postura de protección que se asuma en cualquier legislación. En ese sentido, corresponde observar cómo esta medida se justifica sin dificultad en cualquiera de las posturas uniofensivas o pluriofensivas que se desarrollarán a continuación⁹³.

⁹¹ En efecto, la Corte Suprema ha optado por reafirmar la jurisprudencia constitucional vinculante sobre la protección de bienes jurídicos como principio de legitimidad en el derecho penal, en particular, cuando se está regulando jurídicamente la intervención de un derecho fundamental (STC. 00012-2006 - AI/TC, Fj. 32). Sin embargo, esta exigencia constitucional del principio de protección de bienes jurídicos está referida a la construcción de tipos penales, pero nada impide que sea válidamente aplicable a una potestad administrativa a cargo de la UIF-Perú.

⁹² PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Grijley, Lima, 2007, p. 138.

⁹³ De acuerdo con García Caveró, al asumirse una postura uniofensiva del delito de lavado de activos, en la que se identifica sólo un bien jurídico, surge la discusión en torno a cuál sería ese único bien jurídico; en tanto que las posturas pluriofensivas parten del reconocimiento de que el delito de lavado de activos protege más de un bien jurídico. Cfr. GARCÍA CAVERO, Percy. El Delito de Lavado de Activos. Jurista Editores, Lima, 2015, p. 63.

1.1.1. Posturas uniofensivas

- **El bien jurídico protegido por el delito precedente**

Parte del reconocimiento de protección del bien jurídico del delito previo generador de activos o ganancias ilícitas, que es propia de los delitos de conexión. Al respecto, García Cavero indica que en *“el delito de lavado de activos se presenta una particularidad que no tiene lugar en los delitos de conexión y que lleva consigo un cambio en su configuración dogmática”*⁹⁴, ello a propósito de la consideración de que el delito de lavado de activos protegería una norma “de resguardo” del delito precedente, que es bastante más claro en el delito de receptación.

Sin embargo, el García Cavero advierte que en este escenario (receptación) el delito de lavado de activos *“centra su injusto penal en una afectación al mercado mediante la incorporación de bienes o dinero negro en el tráfico económico”*; con lo cual, este delito no apuntaría a la protección de bienes jurídicos sino a *“asegurar la propia estabilidad del mercado económico y financiero”*⁹⁵.

En cualquier caso, una medida de congelamiento puede satisfacer el interés de protección del bien jurídico del delito generador de los activos o ganancias ilícitas, al mismo tiempo que se asegura la estabilidad económica del mercado, esto por cuanto el impedimento de disposición de fondos u otros activos impide, por un lado, el agotamiento de un delito precedente y, por otro, que el mercado se contamine. En efecto, esto podrá notarse con mayor facilidad al momento de observar la casuística existente por cada bien jurídico que se abordará a continuación:

- **Salud Pública**

En el Perú, la necesaria tipificación del delito de lavado de activos (o de blanqueo de capitales) fue impulsada desde el ámbito del derecho internacional, específicamente, desde la Convención de Viena, como una forma complementaria de lucha contra el narcotráfico. Esto llevó a que la adaptación de normas internacionales en la legislación peruana esté sujeta a la protección del bien jurídico “salud pública”; sin embargo, ya en la actualidad, la separación del lavado de activos, del narcotráfico, en la

⁹⁴ Ibid., p. 64.

⁹⁵ Ibid., p. 65.

construcción del tipo penal, permite que exista *“más libertad para analizar cuál o cuáles serían los bienes jurídicos realmente involucrados”*⁹⁶ .

Sin embargo, parte de la vinculatoriedad que se hace entre el delito de tráfico ilícito de drogas (en cualquiera de sus modalidades) y el lavado de activos, permite apreciar con mayor facilidad cómo es que una medida de congelamiento contribuye a que las ganancias del narcotráfico no ingresen al sistema financiero (o al propio mercado), o que, de ingresar, puedan identificarse e impedir su mezcla con activos lícitos⁹⁷.

Así, una medida de congelamiento contra fondos u otros activos provenientes del narcotráfico, puede impedir no sólo la inyección de estos en la economía o el sistema financiero, sino también la paralización de la actividad criminal y la intervención de los instrumentos de los que se sirve para seguir cometiendo el delito, en menoscabo de la salud pública (afectación de naves o aeronaves, fondos bancarizados, entre otras). Incluso, en el caso Sotomayor de Azambuja⁹⁸ se planteaba la posibilidad de que dicha persona habría ingresado fondos provenientes del narcotráfico, que habría colocado en el sistema pensionario.

- **Administración de justicia**

Dada la forma en que el delito de lavado de activos se representa en la realidad, la afectación del bien jurídico Administración de Justicia está relacionada con la dificultad que tiene el Estado de identificar la ilicitud de los fondos, activos o ganancias generadas por un delito precedente, dada la apariencia de legalidad que hayan obtenido. Las consecuencias de esa protección legal impactan directamente en la efectividad de las investigaciones y procesos penales en donde es muy necesario evidenciar cualquiera de las fases de lavado (colocación, intercalación e integración)⁹⁹.

⁹⁶ Cfr. ABANTO VASQUEZ, Manuel. El delito de lavado de activo análisis crítico. Grijley, Lima, 2017, p. 76

⁹⁷ En lo que respecta al tema de mezcla de bienes es conveniente considerar la casuística ofrecida en: CARO CORIA, Dino Carlos. La imputación objetiva en los casos de contaminación/descontaminación del objeto de material en el blanqueo de capitales. En el libro de autoría conjunta por José Urquiza Olaechea, Luis E. Roy Freyre, Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Eduardo A. Oré Sosa, Eduardo Herrera Velarde, Jorge A. Pérez López, Elky Alexander Villegas Paiva, William Enrique Arana Morales, Fidel Nicolás Mendoza LLamacponcca, Alfredo Alpaca Pérez, Luis Miguel Reyna Alfaro, Leonardo Calderón Valverde, José Antonio Arbulú Ramírez y Godofredo André García León. El Delito de Lavado de Activos. Gaceta Jurídica, Lima, 2018, p. 100.

⁹⁸ Expediente Judicial N° 00030-2016-1-5001-JP-PE-01

⁹⁹ García Caveró sostiene que existen tres perspectivas para la protección de la administración pública como bien jurídico: investigadora, reparadora o preventiva. GARCÍA CAVERO, Percy. El Delito de Lavado de Activos. ob. cit. p 66.

Una medida de congelamiento contribuye con los actos de investigación del Ministerio Público, a pesar de que no sea su principal finalidad. Se podría afirmar que los aspectos procesales que se ven beneficiados están muy relacionados con la generación de prueba, así como de elementos de convicción para sustentar cualquier tipo de medida limitativa o la ampliación de hechos (e investigados) que sean materia de proceso penal.

En efecto, el congelamiento ofrece el detalle de saldos existentes que han sido afectados en el sistema financiero. Esto supone contar con parte de información que antes sólo era obtenida mediante una orden judicial de levantamiento bancario. Ofrece así la revelación de productos financieros cuya existencia era desconocida, sus saldos, los vínculos con otras personas, e incluso la posibilidad de “seguir la ruta del dinero”¹⁰⁰.

- **Orden económico o socioeconómico**

El orden económico quizás sea el principal interés de protección de todo Estado a través de la tipificación del delito de lavado de activos, dado el fuerte impacto distorsionador en la economía que puede ocasionar. Como se ha mencionado en la casuística del congelamiento identificada hasta el momento, es posible que fondos provenientes del narcotráfico se inserten en fondos de carácter intangible o que tienen una finalidad de soporte o de atención social, tales como: fondos de pensiones, fondos de financiamiento de organizaciones sin fines de lucro, fondos mutuos de inversión, entre otros.

Una medida de congelamiento también contribuye a eliminar la ventaja que pueda tener un autor del delito de lavado frente a los agentes económicos que lo identifican como una competencia; y es que el lavado de activos suele crear actividades económicas o empresas de fachada que introducen en el mercado productos y servicios por debajo del precio real, con la sola finalidad de obtener la cantidad suficiente de clientes u actividades para simular una actividad comercial ordinaria y sostenible en el tiempo.

¹⁰⁰ Al respecto, Pariona Arana, asumiendo la postura del bien jurídico representado por el correcto funcionamiento de la administración de justicia, sostiene que los comportamientos de los autores de este delito tienen por objeto “evitar que la justicia identifique los bienes objeto de lavado como bienes que provienen de la comisión de un delito previo”. PARIONA ARANA, Raúl. El Delito de Lavado de Activos. Comentarios artículo por artículo al Decreto Legislativo N° 1106. Instituto Pacífico, Lima, 2021, p. 51.

- **Seguridad interna**

También se considera la seguridad interna del Estado como el objeto de protección del delito de lavado de activos¹⁰¹, toda vez que se representa la capacidad de las organizaciones criminales de operar con las ganancias o efectos de la actividad ilícita previa, hayan o no participado de ella.

Sin duda, una medida de congelamiento puede limitar, disminuir o neutralizar dicha capacidad operativa en cualquier forma de organización criminal. Más allá del reconocimiento o respaldo que pueda tener este bien jurídico como propio del lavado de activos¹⁰², es más que evidente que el congelamiento también trae como consecuencia que las organizaciones criminales pierden la plena disponibilidad de las herramientas que les permite delinquir.

1.1.2. Postura pluriofensiva

Como se ha señalado anteriormente, el reconocimiento de la pluriofensividad de bienes jurídicos que se protegen con el delito de lavado de activos ya ha sido definido por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116; y, además, tiene un gran respaldo en la doctrina nacional, con especial énfasis en el orden económico¹⁰³.

Sin embargo, como se ha puesto en evidencia en el apartado anterior, la medida de congelamiento puede aplicarse indistintamente de la postura que se asuma en la protección del bien jurídico del delito de lavado de activos; en ese sentido, cualquiera que sea la fórmula pluriofensiva que adopte¹⁰⁴, esta medida administrativa encuentra

¹⁰¹ Aunque en términos constitucionales sería más adecuado utilizar el término "orden interno", según lo regulado en el artículo 137 de la Constitución de la República de 1993.

¹⁰² Cfr. MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. El delito de lavado de activos aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Instituto Pacífico, Lima 2017p. 184

¹⁰³ Por todos, se puede consultar a García Caveró, quien utiliza el término "orden socio-económico" y parte de la aceptación mayoritaria del reconocimiento pluriofensivo de dicho bien jurídico con el de administración de justicia. GARCÍA CAVERO, Percy. El Delito de Lavado de Activos, Op. Cit. p 70. También defienden esta postura Gálvez Villegas en GALVEZ VILLEGAS, Tomás Aladino. El delito de lavado de activos, p. 72; Bramont-Arias en BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis. Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06.02; en Estudios Penales: Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. San Marcos, Lima, 2013, p. 521.

¹⁰⁴ Por ejemplo, las fórmulas pluriofensivas: i) administración de justicia y protección del bien jurídico del delito previo; o, ii) Estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico financiero, el régimen contralor aduanero y la eficacia del sistema de justicia penal; ambos abordados por Mendoza Llamacponcca en: MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel. El delito de lavado de activos aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Ob. Cit., p. 195 a 197.

fundamento en la protección de los bienes jurídicos vinculados al lavado de activos, incluso, de sus delitos precedentes.

1.2. Aplicación del congelamiento administrativo de fondos en los supuestos contemplados por el Decreto Legislativo N° 1106

La legislación y jurisprudencia desarrollada hasta el momento no han establecido reglas, condiciones o prohibiciones sobre la aplicación de la medida congelamiento en alguna de las etapas del proceso de lavado de activos (colocación, intercalación e integración)¹⁰⁵, o si corresponde aplicar algún criterio jurisprudencial de especial relevancia frente a los supuestos contemplados en el Decreto Legislativo N° 1106.

Sin embargo, se puede afirmar que la ejecución de esta medida administrativa es perfectamente viable en cualquiera de las etapas del lavado de activos y compatible en cualquiera de los supuestos contemplados por el tipo penal, aunque, como se verá a continuación, puede existir algún inconveniente del tipo operativo, especialmente en la modalidad de transporte y traslado de dinero en efectivo o de títulos valores (o de instrumentos financieros) de origen ilícito.

1.2.1. Aplicación en supuestos de conversión y transferencia

El artículo 1 del Decreto Legislativo N° 1106 tipifica los actos de conversión y transferencia del “dinero, bienes, efectos o ganancias” cuya procedencia ilícita sea conocida, así como en los casos que dicha ilicitud debía presumirse. Se está ante dos fases de la etapa del lavado de activos: La colocación, representada con el comportamiento del autor orientado a la “recolección de los bienes o del dinero en efectivo o del prelavado”, a fin de identificar el ámbito en el que puede introducirse; y la de intercalación, en la que el autor procura el distanciamiento de los activos de la actividad ilícita que los genera, para lo cual se vale del propio sistema económico.

En estos dos comportamientos, el congelamiento administrativo es perfectamente aplicable, ya que es posible impedir que los fondos u otros activos que han sido

¹⁰⁵ Se asume la clasificación del GAFI conforme a sus 40 Recomendaciones, pero no se niega la posibilidad de considerar la posición minoritaria respecto a la existencia de cuatro fases del proceso de lavado de activos, a la cual se agregaría la etapa de “producción del capital ilícito”.

“colocados” en una determinada entidad financiera, puedan ser posteriormente “convertidos” en algún tipo de producto financiero que haga difícil su rastreo o intervención. Así se tiene: adquisición de títulos valores, la constitución de fondos mutuos o transferencias interbancarias, todos a nombre propio o de terceros.

Un ejemplo de coyuntura política es la aplicación de la medida de congelamiento sobre los fondos existentes en los productos financieros del secretario general del partido político Perú Libre, en el cual se identificó la adquisición de cheques a nombre propio¹⁰⁶ y a nombre de terceros¹⁰⁷, aparentemente, con la finalidad de evitar cualquier medida cautelar contra éstos dentro de la investigación fiscal.

Cabe mencionar que en este tipo de casos el congelamiento administrativo no se sustenta en la comisión de un nuevo delito de lavado o que este sea un presupuesto para aplicarlo, pero es posible que el comportamiento de un investigado de evitar la aplicación de medidas cautelares reales sobre sus fondos pueda significar, al mismo tiempo, un nuevo comportamiento típico. De hecho, en caso de comprobarse que un investigado tiene fondos de procedencia ilícita en una entidad financiera (colocación) y, ante el riesgo de que estos puedan afectarse con un embargo o incautación, decide retirarlos mediante la compra de cheques u ordenar transferencias a favor propio o de terceros (intercalación), se estaría configurando una nueva conducta delictiva.

1.2.2. Aplicación en supuestos de ocultamiento y tenencia

En el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1106 también se comprende la etapa de intercalación mediante la tipificación de las siguientes conductas: adquirir, utilizar, poseer, guardar, administrar, custodiar, recibir, ocultar o mantener en poder. Al margen de las discusiones sobre el contenido o alcance de cada uno de estos verbos rectores, es posible notar con facilidad una etapa posterior a la colocación e

¹⁰⁶ No ha sido posible encontrar alguna resolución de convalidación judicial de la medida de CAF de forma pública, pero sí ha trascendido a través de diversos medios de comunicación lo que fue materia de congelamiento: <https://ojo-publico.com/2990/fiscalia-sigue-la-ruta-del-dinero-en-investigacion-contra-cerron> (Fecha de consulta: 26/09/2021).

¹⁰⁷ Luego de la aplicación de la medida de congelamiento y la “captura” de los fondos que fueron “colocados” en “fondos mutuos” y, posteriormente, “convertidos” en cheque a favor del propio investigado, se logró identificar la existencia de un nuevo cheque a nombre de un tercero: <https://peru21.pe/politica/aparece-nueva-cuenta-de-vladimir-cerron-por-mas-de-364-mil-soles-noticia/> (Fecha de consulta: 26/09/2021).

intercalación, pues se está en los casos en que los fondos o activos ilícitos ya alcanzaron una apariencia ficticia de legalidad¹⁰⁸.

Pareciera que la medida de congelamiento es aplicable sólo en los casos de colocación o de intercalación, ya que este comportamiento es muy compatible con las acciones del autor que pretende evitar la pérdida o desvío de fondos u otros activos de procedencia ilícita; sin embargo, en el ocultamiento y la tenencia también se observa una acción contributiva a la realización del delito por los terceros y, por ende, la aplicación del congelamiento implica la afectación de los fondos u otros activos que se encuentran en poder de estos, así como de aquellos que han sido mezclados con los de origen lícito.

En efecto, según los medios de comunicación, el congelamiento aplicado por la UIF-Perú contra los fondos en el caso Cerrón Rojas, llegó a alcanzar a dos cheques: uno adquirido a su propio nombre y el otro, emitido a nombre de un tercero. A mi parecer, no existiría impedimento alguno para que el congelamiento se aplique contra este tercero, siempre que se cumplan con los criterios legales para adoptarlo: un caso de lavado de activos, la urgencia de las circunstancias, y la complejidad de la investigación.

1.2.3. Aplicación en supuestos de transporte, traslado, ingreso o salida por territorio nacional de dinero o títulos valores de origen ilícito

En teoría, no existe impedimento para aplicar una medida de congelamiento, bajo este supuesto, en los casos de investigaciones administrativas de la UIF-Perú o en las preliminares o preparatorias a cargo del Ministerio Público; sobre todo si, luego del análisis o indagación correspondiente, se determina que la persona intervenida registra otras operaciones compatibles con alguna otra tipología de lavado de activos.

Esta modalidad busca sancionar el traslado físico (dentro del territorio nacional o al momento de ingresar o de salir del país), de los fondos u otros activos de procedencia

¹⁰⁸ El término "ficticio" es utilizado por Prado Saldarriaga para referirse a la etapa final del proceso de lavado. Cfr. PRADO SALDARRIAGA, Víctor. Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo, Op. Cit. p. 221

ilícita o que no tengan un sustento lícito aparente. Sin embargo, en la práctica, esta modalidad requiere de un trabajo de inteligencia policial lo suficientemente precisa como para identificar o intervenir a una persona en posesión de dinero en efectivo de procedencia ilícita. Este tipo de intervenciones suele darse en las vías de transporte interprovincial o en algunos territorios en los que se desarrollan actividades económicas informales o ilegales (tala, minería, entre otras).

Por su parte, el tipo penal también contempla el ingreso o salida del país de dicho dinero en efectivo o de títulos valores que sólo pueden identificarse en las zonas de control aduanero o fronterizo. Sin embargo, en este último caso, la intervención del derecho penal será subsidiario al ámbito aduanero o tributario, en la medida en que el proceso administrativo fracase o se vea sobrepasado por el comportamiento del intervenido.

En ambos escenarios, la aplicación de la medida de congelamiento es viable en teoría, pues, en la práctica, las autoridades policiales o aduaneras tienen la potestad de “retener” el dinero que pretende ser ingresado o retirado del país para un procedimiento de acreditación; con lo cual, acudir a la UIF-Perú para que disponga y ejecute un congelamiento puede resultar bastante estéril, a menos de que existan elementos de convicción lo suficientemente razonables como para estimar que existen fondos de posible procedencia ilícita en el sistema financiero (o en cualquier otro sujeto obligado que esté en la capacidad de recibir y administrar dichos fondos).

2. Criterios establecidos por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República para la aplicación del congelamiento administrativo de fondos (Casación N° 033-2018/ NACIONAL).

Cuando se incorporó el numeral 11 en el artículo 3 de la Ley N° 27693, únicamente se consideraron de forma taxativa los principales requisitos (aunque no todos) de toda medida cautelar en el ámbito administrativo: peligro en la demora y necesidad.

La exposición de motivos no ofrece detalles sobre las razones del por qué se pone énfasis en tales requisitos y no se incorporaron expresamente aquellos que sustentan

toda medida cautelar propia de un proceso contencioso administrativo, sin embargo, ello no significa que la UIF-Perú, al analizar un requerimiento de convalidación judicial de congelamiento, tenga que dejar de lado tales requisitos, sino que supone que tenga que considerar también aquellos que dan consistencia a las medidas cautelares en general.

Debido a la estructura de la norma y a su propio contenido, no resulta extraño que se hayan generado muchas dudas sobre la naturaleza de la medida administrativa, pues no es dispuesta por un órgano jurisdiccional (cuya intervención es de control posterior), es emitida en un contexto de posible criminalidad (lavado de activos) y tiene repercusión directa en la investigación penal (aplicación de medidas cautelares convencionales). Estos y otros aspectos llevaron a la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República a considerar emitir un pronunciamiento de fondo que defina estos aspectos vía casación excepcional.

2.1. El caso de lavado de activos identificado por la UIF-Perú

Al culminar un proceso contencioso administrativo entre la ONP y una asociación de jubilados por reconocimiento de deudas pensionarias y pago de costas y costos, el Décimo Tercer Juzgado Contencioso Administrativo de Lima resolvió una demanda de beneficios pensionarios a favor de una Asociación de Jubilados que incluía el pago de honorarios profesionales por un monto aproximado de 5.6 millones de dólares, los cuales debían ser pagados por la ONP del Estado peruano.

El pago de honorarios no podía ejecutarse debido a las limitaciones presupuestales impuestas por el MEF; no obstante ello, la demandada solicitó la realización de una audiencia adicional (en etapa de ejecución de sentencia), con la intervención de un funcionario de este ministerio, a fin de que opine sobre la viabilidad de pago. Luego de la audiencia y de la habilitación de las partidas presupuestales (previa opinión favorable del MEF), la ONP ejecutó los pagos vía transferencia a las cuentas de la demandante.

La UIF-Perú identificó una serie de operaciones como transferencias, apertura de cuentas, adquisiciones de productos financieros y compra de activos. Entre las

transferencias realizadas se identificó una a favor del funcionario del MEF que participó en la audiencia sobre viabilidad de transferencias presupuestarias. El monto de dicha transferencia fue de aproximadamente 250 mil dólares.

Este hecho justificó la emisión de un Informe de Inteligencia Financiera sustentando un caso de lavado de activos proveniente de un posible delito de corrupción de funcionarios. Paralelamente, dado el movimiento de dinero en el sistema financiero y la adquisición de activos, se dispuso de oficio la medida de congelamiento, logrando impedir la disposición de un aproximado de 5 millones de dólares. Este congelamiento fue convalidado judicialmente por un plazo de 12 meses¹⁰⁹ y confirmado en segunda instancia, pero ésta la disminuyó en 8 meses para que su vigencia se corresponda con el plazo de la investigación fiscal¹¹⁰. Frente a esta decisión, se planteó el recurso de casación excepcional.

2.2. El interés casacional considerado por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República

La casación excepcional procede en situaciones debidamente justificadas, cuando la Corte Suprema de Justicia –de manera discrecional– lo considere necesario para el desarrollo de la doctrina jurisprudencial fundada en el denominado interés casacional.

Este interés casacional justifica la procedencia de un recurso de casación excepcional contra cualquier resolución emitida por una Sala Superior Penal (o Sala de Apelaciones, como en el presente caso), siempre que se sustente, además de las causales que lo motivan, una verdadera necesidad de desarrollo de la doctrina jurisprudencial de acuerdo con los criterios establecidos por la propia Corte Suprema, en la sentencia del 12 de febrero de 2010, en la Queja N° 66-2009-La Libertad. Dichos criterios son los siguientes:

¹⁰⁹ Resolución N° 01 de fecha 22/09/2017, emitida en el Expediente N° 025-2017-2-5201-JR-PE-01.

¹¹⁰ Resolución N° 05 de fecha 22/11/2017, emitida en el Expediente N° 025-2017-2-5201-JR-PE-01. La resolución que corresponde a este caso (con referencia a la resolución de primera instancia), se encuentra disponible en el siguiente link: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/44e1858047ea79e3b3acb31612471008/Exp.+N%C2%B0+25-2017-2+-+Convalidaci%C3%B3n+de+CAF+-+22+11+2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=44e1858047ea79e3b3acb31612471008> (Fecha de consulta: 26/09/2021).

- Cuando sea necesario unificar interpretaciones contradictorias —jurisprudencia contradictoria entre diversos órganos jurisdiccionales—, o afirmar la existencia de una línea jurisprudencial o de jurisprudencia vinculante de la máxima instancia judicial, frente a decisiones contrapuestas con ella expedidas por tribunales inferiores, o definir el sentido interpretativo a una norma reciente o escasamente invocada, pero de especiales connotaciones jurídicas.
- Ante la exigencia ineludible, por sus características generales, más allá del interés del recurrente —defensa del *ius constitutionis*—, de obtener una interpretación correcta de específicas normas de Derecho Penal y Procesal Penal.

Sobre la base de este parámetro, correspondía la determinación del interés casacional; sin embargo, más allá de la verificación de esta regla, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de República declaró bien concedido el recurso de casación excepcional¹¹¹ y determinó que era materia de Casación lo siguiente:

- La naturaleza de la medida de congelamiento teniendo en cuenta las facultados de la UIF-Perú y la necesidad de investigar un caso de lavado de activos.¹¹²
- El ámbito de análisis que necesita el juez para convalidar o rechazar la medida.
- La relación entre la medida de congelamiento y el tipo penal de lavado de activos.

2.3. Criterios jurídicos desarrollados en la sentencia de casación

La sentencia de Casación N° 033-2018/NACIONAL abordó la naturaleza jurídica de la medida de congelamiento, estableció lineamientos para la intervención del derecho de propiedad, definió su finalidad; y, entre otros aspectos no tan relevantes, reconoció un fundamento teleológico.

¹¹¹ Resolución S/N de fecha 23/02/2018, Calificación de Casación N.° 33-2018/NACIONAL

¹¹² Resolución S/N de fecha 23/02/2018, Calificación de Casación N.° 33-2018/NACIONAL. Segundo párrafo del fundamento CUARTO. “Segundo, que, en el presente caso, la causa de pedir excepcional tiene trascendencia institucional relevante, puesto que, de un lado, **la naturaleza de la medida de congelamiento administrativo de fondos merece ser definida, de cara a los poderes de la Unidad de Inteligencia Financiera y a las exigencias de una adecuada investigación por delito de lavado de activos, tanto más si no existen resoluciones judiciales no coincidentes en sede superior; y, de otro lado, es menester determinar qué ámbitos de análisis se necesita para convalidar o rechazar esa medida.**” (negrita propia)

2.3.1. Naturaleza jurídica del congelamiento

Según la Corte Suprema, el congelamiento administrativo de fondos implica una restricción de derechos realizada por la administración, dictada en el marco de una investigación (en su sentido más amplio) por lavado de activos y financiamiento del terrorismo. Es provisionalísima porque requiere confirmación judicial y corresponde acreditar no sólo un contexto de urgencia o peligro en la demora y demostrar las necesidades de investigación, sino también un respaldo necesario o fundamento (el caso de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, en estricto)

La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República destaca como primer elemento que se trata de una medida restrictiva de derechos que puede ser efectuada por un órgano administrativo. Aunque no lo indica de forma taxativa, se trata de una medida que tiene un impacto directo en la investigación y eventual procesamiento.

Tampoco se indica de manera expresa que el concepto de investigación es tan amplio (no limitada a la que realiza el Ministerio Público), que alcanza a aquellas que realiza la administración según sus competencias. Esto trae como consecuencia, que las reglas aplicables en la investigación administrativa estarán vinculadas con aquellas que determinan las funciones de la entidad; pero, a la vez, con el límite propio de las garantías de respeto de derechos fundamentales.

El segundo elemento que se identifica es la provisionalidad propia de toda medida cautelar, en ese sentido, no resulta extraño que la sentencia de casación avale la competencia de la UIF-Perú de intervenir un derecho de propiedad a este nivel, siempre que exista un control judicial posterior como garantía constitucional de validación de los criterios que llevaron a aplicar el congelamiento y, además, permite al juez controlar la lectura jurídico penal del caso que no ha sido desarrollada, previamente, por un fiscal.

2.3.2. Estándar probatorio requerido para aplicar el CAF

La Sala Penal Permanente, siguiendo los criterios desarrollados en la Sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433 que aborda, entre otros aspectos, la

progresividad del estándar probatorio necesario en cada nivel del proceso (diligencias preliminares, investigación preparatoria, acusación y sentencia), ha procurado mantener la coherencia respecto al nivel exigible para este tipo de medida limitativa.

De hecho, el congelamiento administrativo de fondos se puede aplicar antes de que el Ministerio Público tome conocimiento del caso (investigación administrativa de la UIF-Perú), y durante una investigación preparatoria o preliminar; por ende, es razonable que el estándar probatorio fijado por la Corte Suprema, para aplicar dicha medida, se corresponda con estas etapas.

El criterio que desarrolla la Corte Suprema se basa en las facultades de la UIF-Perú teniendo en cuenta su rol dentro del sistema de prevención antilavado. De hecho, es plenamente consciente de que un órgano administrativo (que no tiene como mandato constitucional la persecución del delito), tiene limitaciones para establecer calificaciones y categorías jurídico-penales reservadas para el Ministerio Público.

No obstante, reconociendo también su capacidad de órgano técnico especializado que actúa sobre la base de los estándares internacionales del GAFI, admite la posibilidad de que razonablemente pueda plantearse un *caso de lavado de activos y/o financiamiento del terrorismo* sujeto a control judicial. Esto se debe a su posición privilegiada en el sistema financiero y al acceso a información protegida constitucionalmente por el secreto bancario.

En ese sentido, el estándar razonable para atribuirle un caso de lavado de activos a una persona natural o jurídica, con el fin de justificar una medida de congelamiento administrativo *no puede ser elevado* (llegar a la sospecha reveladora, propia para dictar la disposición de formalización de la investigación preparatoria, o a la sospecha suficiente, distintiva de la acusación y el auto de enjuiciamiento, en los términos de la Corte Suprema, *no es aceptable*); por el contrario, a este nivel bastaría una “*sospecha plausible*”¹¹³.

¹¹³ Sobre la plausividad, la Sala Penal Permanente señala en el fundamento NOVENO de la Casación N° 033-2018/NACIONAL, lo siguiente: “*Se requiere, entonces, de una sospecha plausible –presencia de motivos admisibles o visos de mera posibilidad de realización de un hecho– para considerar que el imputado ha cometido el delito de lavado de activos*”.

Este nivel de estándar probatorio también es coherente con la ejecución de otras medidas limitativas de carácter real; en efecto, para aplicar una incautación o el bloqueo e inmovilización, debe sustentarse mínimamente que los activos sujetos a estas medidas tienen una vinculación ilícita y, por tanto, se requiere de un estándar probatorio elevado equivalente al de las investigaciones preliminares o preparatorias según su resultado.

Por su parte, en lo que respecta a las inhibiciones o embargos, el estándar probatorio requerido estará relacionado con la alta posibilidad de aplicar sanciones o resarcimientos pecuniarios mediante sentencias condenatorias.

2.3.3. Finalidad y fundamento teleológico

A pesar del nivel de intervención del derecho de propiedad y de los requisitos que deben evaluar los jueces al momento de decidir la convalidación judicial de la medida administrativa, la Corte Suprema reafirmó el carácter preventivo de este mecanismo y sostuvo que el fundamento teleológico del congelamiento administrativo de fondos es *“garantizar el orden financiero y la tutela del bien jurídico tutelado por los delitos de lavado de activos y financiamiento del terrorismo, así como evitar la impunidad y afirmar la seguridad ciudadana”*.¹¹⁴

Los términos utilizados por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República son bastante amplios, pero están bastante relacionados con la protección de los bienes jurídicos, mediante la tipificación de los delitos de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo.

En efecto, un congelamiento administrativo, en el marco de una investigación por lavado de activos, paraliza el flujo económico de fondos que puedan estar contaminando patrimonio lícito e incluso, impide que se realicen actos de conversión o transferencia e incluso la salida o ingreso del país de posibles fondos ilícitos.

¹¹⁴ Fundamento OCTAVO de la Casación N° 033-2018/NACIONAL.

Por su parte, en los casos de un congelamiento aplicado en el marco de una investigación por financiamiento del terrorismo, es evidente que se evita la posibilidad de que se cometa un atentado terrorista o de que se proporcionen los insumos para su realización. En este escenario, los criterios, tanto para la aplicación del congelamiento, como para su ejecución, deben ser los más laxos posibles, debido a que el riesgo de afectación ya no solo es el sistema económico, sino también la afectación de otros bienes jurídicos como la vida, integridad o la seguridad nacional.

2.3.4. Intervención del derecho de propiedad

Al reconocer la afectación del derecho de propiedad, la Corte Suprema señaló que dicha medida administrativa no se genera la pérdida o extinción de éste derecho, pero sí se limita su ejercicio; en consecuencia, considera que para que dicha intervención sea constitucionalmente válida, se deben cumplir dos requisitos: 1) Intervención indiciaria (sospecha suficiente) con un nivel de “*mera plausibilidad racional*” o probabilidad del delito; y, 2) Proporcionalidad o prohibición de exceso (sujeta a la existencia de una ley y al test de proporcionalidad).

Si se parte de la premisa de que el congelamiento tiene por finalidad evitar el desvío de fondos exclusivamente ilícitos, entonces lo que corresponde es una medida de incautación. Del mismo modo, si se excluye de la afectación los activos, fondos o productos financieros lícitos, se está evitando la naturaleza preventiva y asegurativa¹¹⁵ del congelamiento, toda vez que no sería posible aplicar las medidas limitativas compatibles con los bienes cuya licitud no ha sido cuestionada. Incluso, no congelar fondos evidentemente lícitos, podría conllevar al incumplimiento de las obligaciones internacionales en materia de recuperación de activos, ya sea desde la intervención del producto del delito o de su equivalencia en *valor*; y es que, tal como se ha sostenido en el primer capítulo del presente trabajo, la medida de congelamiento es preliminar a cualquiera de las medidas limitativas reales de la legislación peruana.

¹¹⁵ Sobre este aspecto, Caro Coria tiene una posición bastante firme en negar el carácter “asegurativo” de la medida de congelamiento, al señalar que “[e]l congelamiento de fondos implica más bien, conforme a la Recomendación N° 4 del GAFI, la inmovilización de todo tipo de bienes, una medida cautelar de no innovar o para mantener el status quo. En consecuencia, no tiene, per se, una finalidad asegurativa de una potencial reparación o decomiso (...)”. En CARO CORIA, Dino Carlos. Sobre la Facultad de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) de ordenar el congelamiento de fondos presuntamente vinculados al lavado de activos. A propósito del Auto del 8 de marzo de 2013 de la Sala Penal Nacional en el Expediente 638-2012-1. Revista *Advocatus* (2013), N° 028, p. 369-378. Disponible en el siguiente link: <https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/Advocatus/article/view/4212/4162> (Fecha de consulta: 26/09/2021)

Otro de los aspectos que no debe obviarse es que los casos de lavado de activos, por su natural complejidad, pueden estar contextualizados en escenarios de intercalación de los productos del delito, en cualquier ámbito del sistema financiero o económico, en los que la posibilidad de mezcla de fondos lícitos con los de origen criminal es manifiesta; de hecho, la posición de la Corte Suprema también debe ser coherente con el bien jurídico protegido del delito de lavado de activos y, por tanto, la naturaleza preventiva debe ir de la mano con los posibles riesgos de afectación que el tipo penal protege.

Sin duda, la posibilidad de congelar todo fondo o activo (incluso aquel que es evidentemente lícito), puede tener su régimen de excepción según el caso en que se aplica la medida administrativa. Como se verá más adelante, puede haber alguna circunstancia en la que la intervención del derecho de propiedad puede ser excesivo y desproporcional en términos constitucionales; sin embargo, la regla general, es que en cualquier caso de lavado de activos en los que no es posible tener certeza o claridad sobre la licitud de los fondos, corresponde la aplicación de la medida administrativa.

3. Criterios legales y jurisprudenciales para aplicar el congelamiento administrativo de fondos

El pronunciamiento de Sala Penal Permanente de la Corte Suprema no contiene un desarrollo profundo respecto de los requisitos legales para aplicar el congelamiento, con lo cual el contenido que pueda darse en la jurisprudencia dependerá en gran medida del caso en el que se aplica la medida administrativa y la respuesta de los órganos jurisdiccionales frente a ella; no obstante, sí existen aspectos que vale la pena destacar.

3.1. Peligro de pérdida de fondos

El aspecto más importante que llegó a abordar la Casación N° 033-2018/NACIONAL es determinar en qué circunstancias se encuentra en peligro la pérdida de fondos. La Sala Penal Permanente de la Corte Suprema hace un especial hincapié al respecto,

indicando que *“la medida administrativa de congelamiento de fondos precisa para su emisión (...) (ii) la presencia de un riesgo de ocultamiento de los fondos o activos que demanden, con urgencia, su congelamiento y, de este modo, evitar la imposibilidad o extrema dificultad de su futura incautación o decomiso”*¹¹⁶.

Para desarrollar este elemento, en el fundamento NOVENO de la Casación N° 33-2018/NACIONAL, se ha considerado en cuenta lo siguiente:

“El riesgo de ocultamiento de bienes, es decir, de posible desaparición de los fondos reputados delictivos parte de que, primero, se trata de una cuenta bancaria que por su propia naturaleza se presta a una rápida transferencia a otras cuentas del dinero respectivo; y, segundo, apenas se advirtió lo sospechoso del monto recibido como de las iniciales transferencias a otras cuentas, se congeló esas sumas, lo que evitó toda posibilidad de pérdida y/o dificultad de controlarlas por las autoridades. La necesaria dilación que entraña el proceso de declaración permitiría acciones de distracción del dinero cuestionado. La posibilidad concreta, durante este lapso de tiempo, de la distracción de los fondos es evidente. La configuración de este presupuesto requiere de urgencia –situación que requiere de atención sin demoras, esto es, de asegurar los activos sin dilación o en forma inmediata– y, en su caso, peligro en la demora –riesgo concreto ad causam por las circunstancias que rodean el específico delito investigado que obligan a una intervención rápida–; la entidad o cuantía de activo sospechoso, las iniciales transferencias realizadas por el imputado y la facilidad intrínseca de la disposición del activo, cumple este presupuesto”.

El factor determinante que se desarrolla en la sentencia de Casación es la facilidad con la que es posible la desaparición de fondos, dada la naturaleza del producto financiero que lo contiene. En efecto, que las autoridades policiales, fiscales o judiciales (que no tienen el mismo acceso a la información que la UIF-Perú) puedan impedir el desvío de fondos de manera inmediata es casi imposible. Basta que la persona interesada en que se desvíen o pierdan los fondos decida realizar operaciones de transferencia desde cualquier parte del mundo a través de los medios tecnológicos hoy disponibles.

¹¹⁶ Fundamento SÉPTIMO de la Casación N° 033-2018/NACIONAL.

3.2. Complejidad de la investigación

En lo que respecta a este criterio, la Corte Suprema no ha efectuado mayor aporte al que la naturaleza del caso pueda ofrecer. De hecho, se puede asumir que la complejidad de un caso de lavado de activos, para efectos de congelamiento, dependerá de los mismos factores que permiten al Ministerio Público calificar su investigación como compleja según el numeral 3 del artículo 342 del Código Procesal Penal:

- La existencia de una organización criminal
- La trascendencia o alcance territorial del hecho punible
- La cantidad de personas investigadas y de hechos a investigar
- La cantidad y dificultad de los actos de investigación que se deben realizar
- El tipo de información obtenida o que se pretende obtener, ya sea desde el ámbito nacional o internacional

Sin embargo, también ha sido oportunidad desaprovechada por la Corte Suprema para precisar si corresponde aplicar los criterios de complejidad de la investigación fiscal al “caso” de lavado de activos, o si estos criterios obedecen a la naturaleza de una investigación administrativa; es decir, si la complejidad está condicionada a la facilidad de determinar si los fondos congelados pueden ser materia de otra medida limitativa (incautación, embargo, inhibición, bloqueo, entre otros) o si para ello se requiere de varios actos procesales a realizar, con el riesgo de que los fondos puedan perderse.

3.3. Aspectos abordados por las Cortes Superiores no contemplados por la regulación del congelamiento administrativo de fondos

Hay una serie de aspectos que no han sido abordados por la Casación N° 033-2018/NACIONAL, ni por la regulación normativa del CAF y que han merecido diversos pronunciamientos a nivel de Cortes Superiores de Justicia.

3.3.1. Temporalidad para la vigencia del congelamiento administrativo

No todas las medidas limitativas de carácter real están sujetas a un plazo determinado por la legislación. El caso del congelamiento es uno de ellos a pesar de la provisionalidad reconocida normativamente. De hecho, puede haber una justificación razonable del por qué la medida de CAF no debe estar sujeta a un plazo de vigencia y eso obedece principalmente a dos aspectos:

El primero está relacionado con el nivel de intervención del derecho de propiedad. Al ser el congelamiento administrativo de fondos la medida limitativa menos intensa de todas las que existen en el marco de las investigaciones por lavado de activos, es posible considerar que su vigencia puede sujetarse a los plazos de investigación preliminar y preparatoria, respectivamente. En teoría, si la intervención del derecho es bastante leve, el daño que se causa también sería ínfimo; por tanto, mantenerla sujeta a la duración de la investigación, con sus respectivas ampliaciones, es constitucionalmente aceptable.

En efecto, si el congelamiento administrativo de fondos es una medida preliminar a las demás medidas limitativas de carácter real, entonces debe contar con el tiempo suficiente para que el Ministerio Público pueda reunir los elementos de convicción que necesite y así logre obtener cualquiera de las mencionadas medidas limitativas convencionales.

Por su parte, el segundo aspecto, es la garantía que ofrece un plazo de vigencia del CAF coherente con su carácter provisional y, por tanto, es totalmente viable que el juez de investigación preparatoria fije un plazo estrictamente necesario para que el Ministerio Público promueva cualquier otra medida limitativa.

Sin embargo, la tendencia es establecer un plazo de vigencia del congelamiento conforme ha sido posible observar en distintos casos emblemáticos¹¹⁷. Pese a ello, no existiría un criterio uniforme para determinar la fecha de inicio o de término del plazo

¹¹⁷ Por ejemplo, el caso Manuel Fernando Sotomayor de Azambuja, la medida de congelamiento no tuvo un plazo de vigencia. En el caso del expresidente de la República Alejandro Toledo Manrique, el congelamiento fue convalidado sin que se fije un plazo de vigencia, no obstante, en apelación se estableció un plazo de 18 meses. El caso del ciudadano de nacionalidad brasileña Jorge Enrique Simoes Barata tampoco tuvo un congelamiento con un plazo de vigencia, pero esta medida habría culminado en el contexto del proceso de colaboración eficaz del caso Odebrecht. En el caso del expresidente de la República Pedro Pablo Kuczynski Godard, el plazo de congelamiento fue de 7 meses. De manera más reciente, el caso de Vladimir Cerrón Rojas el plazo de vigencia del congelamiento es de 8 meses. Finalmente, el propio caso de congelamiento que motivó la Casación N° 033-2028/Nacional, fue convalidado inicialmente con un plazo de 12 meses, pero la Sala Superior redujo dicho plazo al equivalente por la investigación fiscal (8 meses).

que se fije, abriéndose paso a una nueva discusión. Así se tienen los siguientes escenarios para evaluar el inicio del cómputo de plazo:

- El plazo inicia desde que la UIF-Perú emite la orden de congelamiento en el sistema financiero.
- El plazo inicia desde que la entidad financiera logra impedir la disposición de fondos, en cuyo caso el plazo iniciará cuando se identifiquen todos los fondos en el sistema financiero.
- El plazo inicia desde la fecha de la resolución judicial de convalidación.

Cada uno de estos escenarios trae consigo un problema operativo que se da en la realidad. En el primer supuesto, debe considerarse la cantidad de sujetos obligados que administran fondos o activos a nivel nacional (bancos, cajas municipales de ahorro y crédito, cajas rurales, cooperativas nivel 1, 2 y 3, agente de bolsa, administradoras de fondos de pensiones, entre otras), en cuyo caso, es posible el cómputo de plazo se iniciaría cuando el último sujeto obligado tome conocimiento de la orden de congelamiento.

En el segundo escenario surge la siguiente pregunta: ¿si el congelamiento tiene un plazo de 6 meses y se identifican nuevos fondos en el quinto mes, el plazo se computa desde esta última identificación? Al respecto, existe la posibilidad de que un investigado aproveche la protección legal de algunos productos financieros para dificultar su ubicación (fideicomisos, cuentas mancomunadas, efectivo en cajas de seguridad, entre otras); en ese sentido, puede haber cierta demora por parte del sujeto obligado de identificar la totalidad de fondos que posea un investigado antes de congelarlos.

En el tercer escenario se tiene como problema la dilación procesal. Existe la posibilidad de que un juez no resuelva la convalidación dentro de las 24 horas exigidas por ley, o que las impugnaciones (incluyendo casaciones excepcionales) se resuelvan mucho después del plazo inicialmente otorgado. Otro aspecto relacionado es el hecho de que existiría un espacio de tiempo entre la orden de congelamiento y la resolución de convalidación judicial en el que los fondos afectados no serían afectados.

Particularmente, considero que el criterio más adecuado es el de computar el plazo desde la fecha de la convalidación judicial por ser el momento en que los fondos congelados ya pueden ser controlados. Incluso, la incertidumbre se limitaría al momento en que los interesados toman conocimiento formal de la efectividad de la medida (notificación a la UIF-Perú, a los investigados y al Ministerio Público).

Pese a ello, se puede considerar que este criterio no favorece al afectado con la medida, sobre todo si se llega a dar una dilación procesal indebida; sin embargo, debe recordarse que la medida de congelamiento se aplica de manera reservada con el fin de que el investigado no pueda realizar actos de contingencia para poner a buen recaudo los fondos que pudieran afectarse, con lo cual, ese periodo que existe entre la orden de congelamiento y la convalidación judicial es razonablemente aceptable para asumirlo como parte del periodo de identificación de fondos u otros activos.

3.3.2. Mecanismos procesales posteriores: Cese o Reexamen

Otro de los aspectos no desarrollados por la Casación ni por la regulación del congelamiento es el relacionado con las medidas de control judicial. Al igual que con el plazo de vigencia del CAF, no se ha contemplado los escenarios en que la medida queda sin efecto o si su cese o levantamiento puede ser promovido de oficio o por alguna de las partes interesadas mediante una solicitud de reexamen¹¹⁸.

Sin embargo, el numeral 8.4 del artículo 8 del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS señala que la medida de CAF (al no generar la pérdida del derecho de propiedad sobre los fondos u otros activos afectados), se mantiene *mientras no se revoque por decisión del Poder Judicial*. Con lo cual, en los términos de la Casación N° 033-2018/NACIONAL, queda en manos del juez competente *cualquier decisión ulterior* respecto de los fondos.

¹¹⁸ La normatividad del congelamiento tampoco prevé que sea el propio Ministerio Público o la UIF-Perú la que pueda plantear el cese, revocación, reexamen o levantamiento de la medida administrativa.

Esto implica que la medida de congelamiento será *revocada* siempre que, a criterio del juez, pueda darse alguno de los siguientes escenarios:

- El cumplimiento del plazo de vigencia del congelamiento en caso de que haya sido determinado por el juez.
- La sustitución de la medida de congelamiento por cualquier otra medida limitativa de carácter real.
- El cese o levantamiento de la medida de congelamiento a solicitud del afectado o del propio Ministerio Público.

La revocación del congelamiento tampoco ha sido desarrollada de forma adecuada. De hecho, puede ocurrir que a partir de una solicitud de cese o de reexamen, el juez considere que la medida de congelamiento debe subsistir únicamente respecto de algunos productos financieros, o si corresponde levantar la medida respecto de todos¹¹⁹. Esta situación genera un problema relacionado con el nivel probatorio que se le aplica a cada fondo o producto financiero afectado.

A mi consideración el levantamiento o cese o revocación de una medida de congelamiento de un determinado producto financiero, debe obedecer más a un criterio de necesidad que a un cuestionamiento o reafirmación de su licitud. Sin embargo, no se encuentra objeción alguna a que, por la naturaleza de la medida, puedan darse *revocaciones parciales* en tanto exista una justificación razonable por parte del juez.

3.3.3. Congelamiento de todos los productos financieros y de productos específicos

Finalmente, se vuelve a la discusión de los fondos o productos específicos que pueden ser materia de congelamiento, pero no desde la necesidad de ser afectados de

¹¹⁹ Un ejemplo de esto lo podemos en el caso del congelamiento administrativo de fondos aplicado a la empresa Alpha Consult en el Expediente N° 0018-2017-8-5201-JR-PE-01, la cual obtuvo el levantamiento de algunos de sus productos financieros vía levantamiento de la medida administrativa. Para mayor detalle, ver: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/33918d804814a77184ba871612471008/28-2017-8+LEVANTAMIENTO+DE+CAF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=33918d804814a77184ba871612471008> (Fecha de consulta: 26/09/2021)

acuerdo a un estándar probatorio o del plazo de su vigencia, sino de la naturaleza misma del producto.

Existen productos fondos, activos y/o productos financieros que por su naturaleza no pueden ser congelados, ya que en la práctica tampoco pueden ser dispuestos por su titular, a menos que cambien de condición. Al respecto se puede destacar:

- Los fondos de pensiones generados por aportes obligatorios, los cuales no pueden ser dispuestos a menos que la persona investigada se encuentre en alguna de las causales de jubilación ordinaria o anticipada.
- Los fideicomisos, los cuales no se encuentran en poder ni en administración de su titular.
- Los fondos en cuentas de compensación por tiempo de servicios (CTS), en tanto la persona se encuentre dentro del vínculo laboral, salvo que decida utilizar el excedente de cuatro remuneraciones anuales.
- Los fondos de pensiones y las remuneraciones, salvo el porcentaje que puede ser materia de embargo.
- Los seguros activados como consecuencia de un siniestro.
- Otros de similar naturaleza vinculados a la salud y subsistencia de la persona.

Sin embargo, es necesaria una evaluación de los productos según cada caso, pues es totalmente posible contaminar el sistema pensionario o de salud con fondos provenientes de la actividad criminal. De hecho, el caso que corresponde al expediente Judicial N° 00030-2016-1-5001-JP-PE-01 (Manuel Fernando Sotomayor de Azambuja) planteaba la posibilidad de haber ingresado fondos provenientes del narcotráfico en el sistema pensionario.



CAPÍTULO CUATRO:

Límites constitucionales para la aplicación del congelamiento administrativo de fondos: Criterios constitucionalmente válidos para la convalidación judicial

Como se ha señalado en el capítulo anterior, uno de los aspectos más relevantes que ha desarrollado la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República en la Casación N° 033-2018/Nacional, es la referida a las condiciones constitucionalmente válidas para intervenir o limitar el derecho de propiedad (específicamente, el poder de disposición), mediante la medida de congelamiento administrativo de fondos.

Al respecto, la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema establece que es posible intervenir el derecho de propiedad, en tanto la medida *“esté condicionada al cumplimiento de dos principios que se erigen en garantías constitucionales, de carácter implícito y transversal, inherentes a la noción de Estado de Derecho y ancladas en cada derecho fundamental”* que, para el caso del derecho de propiedad, señala que son los de *intervención indiciaria* y el de *proporcionalidad*.

Respecto a la *“intervención indiciaria”*, la Corte Suprema señala que está referida a los *“elementos de convicción”* que motivan la medida cuyo estándar probatorio será graduable, mientras que la *“proporcionalidad”* está referida a la verificación de una tipicidad procesal y al test de proporcionalidad propiamente dicho.

No es objeto de este capítulo reiterar el análisis de lo establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema; por el contrario, considero que estos parámetros constitucionales si bien son válidos, no son los únicos; y, por el contrario, insuficientes frente a las diversas situaciones que la medida de congelamiento representa. En todo caso, lo que se plantea en este capítulo es desarrollar aspectos no contemplados por la legislación o jurisprudencia y ofrecer criterios constitucionales que impidan la vulneración directa o indirecta, no solo del derecho de propiedad, sino de otros derechos fundamentales conexos como el trabajo, la pensión, salud, integridad, entre otros.

En ese sentido, si bien los criterios postulados por la Corte Suprema, consistentes en *“intervención indiciaria”* y *“proporcionalidad”* están orientados especialmente a la verificación del *Principio de Interdicción de la Arbitrariedad*, muy ligado al deber de

motivación de la administración pública frente a la intervención de derechos y a una prohibición de exceso en su ejecución; es pertinente considerar otros principios relacionados con el actuar de la administración pública y, específicamente, los que corresponden a la entidad responsable del sistema de prevención de lucha contra el lavado de activos.

Así se tiene, que la validez constitucional de la medida de congelamiento será plena, en tanto se cumplan también con otros principios tales como el de *oportunidad*, la *garantía de la inclusión financiera*, la *exclusión de productos financieros relacionados con la dignidad de la persona* y la *oposición del derecho a la intimidad* (intervención mínima del secreto bancario y reserva tributaria).

1. Garantía de prohibición de Interdicción de la arbitrariedad

El que la Constitución Política del Perú de 1993 no haya recogido de manera expresa el principio de interdicción de la arbitrariedad, no ha impedido que la justicia constitucional pueda desarrollarla partiendo de una concepción bastante amplia de un Estado de Derecho, a fin de poner límites a las decisiones de la administración pública o de cualquier poder público.

En efecto, el Tribunal Constitucional, en reiterada jurisprudencia¹²⁰, ha sostenido que partiendo de este principio es exigible la *“prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta”*¹²¹, principio que va a servir como parámetro de medición del comportamiento de toda entidad del Estado que ejerza algún tipo de poder sobre las personas.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional señala en materia disciplinaria lo siguiente:

“[E]l establecimiento de disposiciones sancionatorias -tanto por entidades públicas, privadas, particulares, así como por autoridades judiciales- no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que en ella debe efectuarse una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta las particulares circunstancias que lo rodean. El resultado de esta valoración y

¹²⁰ STC N° 0090-2004-AA/TC, fundamento 12; STC 0535-2009-PA/TC, fundamento 17.

¹²¹ STC N° 1803-2004-AA/TC (25/08/2004), fundamento 14.

*evaluación llevará pues a adoptar una decisión **razonable, proporcional y no arbitraria***". (Negrita propia)

De esta manera, el Tribunal Constitucional introduce un criterio de *razonabilidad* en el ejercicio del poder público que, a su vez, servirá para medir si el comportamiento de las entidades públicas se ejerce justificadamente y no de manera arbitraria. Para ello, parte de una interpretación conjunta de los artículos 3 y 43 de la Constitución, respecto de los cuales señala lo siguiente:

“[A]l reconocerse en los artículos 3º y 43º de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, se ha incorporado el *principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta*. **Este principio tiene un doble significado: (i) en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; (ii) en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión**. Es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo”¹²²
(Negrita propia)

Con este parámetro, se advierte una estrecha vinculación entre el principio de interdicción de la arbitrariedad, con el deber de motivación de las decisiones de la administración pública, buscando evitar toda decisión carente de lógica y que pueda ser comprendida por los administrados en todos sus términos.

En ese sentido, se puede considerar que un primer criterio constitucionalmente válido exigible a la UIF-Perú para disponer una medida de congelamiento, en el marco de una investigación por lavado de activos, es el ***principio de interdicción de la arbitrariedad***, el cual debe ser manifestado a través de una adecuada motivación de la decisión administrativa.

En efecto, el juez de investigación preparatoria (o quien asuma competencia para evaluar la convalidación judicial de la medida de congelamiento) debe partir de una evaluación respecto a si la Unidad de Inteligencia Financiera ha emitido una decisión debidamente sustentada bajo un criterio de *razonabilidad* en función a las

¹²² STC N° 0090-2004-AA/TC, Fundamento 12.

competencias que tiene asignada en el sistema de prevención. Es decir, verificar que los motivos que llevaron a la UIF-Perú a disponer esta medida administrativa no se limitan exclusivamente al cumplimiento de los requisitos que establece la ley para su aplicación, sino de los motivos razonablemente expuestos para realizar un control de la argumentación sobre los requisitos legales en que se sustenta.

En esta tarea, sin duda, cobra relevancia el *estándar de motivación* que debe ser verificado por el juez en los términos expuestos por la Corte Suprema, apuntando especialmente a la discrecionalidad que tuvo la UIF-Perú para disponer el congelamiento, sobre la base de los argumentos, hechos, indicios o cualquier otro elemento que haya utilizado para ejecutar su decisión.

Corresponde así rechazar cualquier medida de congelamiento que resulte arbitraria, es decir, de aquella decisión que no tenga una justificación lógica o sea carente de motivación razonable a tal punto que no sea posible entender qué circunstancias (conforme a los supuestos que establece la ley) llevan a la UIF-Perú a evitar que una persona natural o jurídica se vea impedida de disponer de sus fondos.

Así lo ha entendido también la Corte Suprema, aunque no lo explica de manera tan clara, toda vez que la carga de control de la discrecionalidad administrativa ha sido llevada por el lado de la *motivación* de la decisión administrativa, y por el lado de la *proporcionalidad* de la medida frente a la restricción o intervención del derecho de propiedad.

Considero, sin embargo, que esta exigencia de control a la que hace referencia el fundamento SÉTIMO de la Casación N° 033-2018/Nacional (sobre el cumplimiento de los principios de Intervención Indiciaria y Proporcionalidad) está orientada al razonamiento que debe tener el juez que decide la convalidación judicial de la medida de congelamiento, pero en un segundo nivel (esto es, el razonamiento que emplea para verificar que la medida administrativa es proporcional al caso concreto).

Por su parte, el primer nivel de evaluación corresponderá a la verificación de que la UIF-Perú ha adoptado una decisión razonable, lógicamente fundamentada y carente

de arbitrariedad, sustentada estrictamente en los supuestos normativos que la autorizan a tomar su decisión.

De esta manera, se afectaría el principio de interdicción de la arbitrariedad, por ejemplo, si la UIF-Perú aplicara una medida de congelamiento (requerida por el Ministerio Público) durante la etapa intermedia del proceso o durante la etapa de enjuiciamiento. No es pues, necesario realizar un análisis de proporcionalidad ahí donde la norma especial no admite la posibilidad de un congelamiento, toda vez que, por la etapa procesal, el Ministerio Público se encuentra en condiciones de sustentar el requerimiento de otra medida limitativa en función a los elementos recabados durante la investigación preliminar y preparatoria.

También se vulnera el principio de interdicción de la arbitrariedad si la UIF-Perú dispone una medida de congelamiento en casos donde no es posible apreciar operaciones financieras vinculadas a un caso de lavado de activos o de financiamiento del terrorismo, sino que se enmarcan en la posible comisión de cualquier otro delito.

Cierto es que bajo este parámetro puede resultar particularmente difícil sustentar razonablemente un congelamiento si es que sólo se ha llegado a establecer una posible ilicitud de los fondos (por ejemplo, provenientes de una extorsión, corrupción, defraudación, entre otros) y no se aprecian actos posteriores a la colocación de dichos fondos en el sistema financiero.

A manera de ejemplo, se puede considerar el depósito de dinero que recibe un funcionario público en su cuenta bancaria, producto de un soborno. A este nivel, puede resultar prematuro referirnos a la existencia de un caso de lavado de activos y, por tanto, la argumentación dependerá del comportamiento financiero que pueda tener dicho funcionario con posterioridad.

En dicha circunstancia, corresponderá a la UIF-Perú ampararse en el carácter “preventivo” de la medida de congelamiento a fin de evitar que se cometa el delito de lavado. Para que ello sea posible, en caso de que el funcionario público solicite una compra de cheque con dichos fondos, solicite que estos se transfieran a su fondo de pensiones y/o consigne como origen de los mismos que son producto de sus ahorros,

una herencia o una actividad lícita, es posible sustentar no solo la posibilidad de desvío de fondos, sino también que el comportamiento financiero tiene por objeto pretender darle apariencia de legalidad a algo que no lo tiene.

En resumen, cuando la Corte Suprema exige al juez de convalidación judicial de la medida que verifique la *proporcionalidad* de ésta, se está en un segundo nivel de análisis y/o control judicial, esto es que judicialmente se ha comprobado que dicha proporcionalidad existe, más no se refiere a la interdicción de la arbitrariedad propiamente dicha. Por su parte, cuando el juez evalúa que la decisión de la UIF-Perú no ha sido arbitraria, sino que se trata de una decisión razonable y lógicamente fundamentada, se encuentra en un primer nivel de valoración judicial.

Si bien la Corte Suprema no lo detalla de esa manera, sí lo refiere en el fundamento DÉCIMO de la Casación N° 033-2018/Nacional, pero vinculándola a los estándares de motivación propios de las resoluciones judiciales y no desde las competencias propias de los órganos de la administración pública. Así señala:

*“DÉCIMO. Que, finalmente, desde el presupuesto formal de esta singular medida restrictiva de derechos, no necesariamente se requiere de un acto administrativo plasmado en una resolución previa a la propia ejecución de la misma. **La justificación –imprescindible, por cierto– ha de encontrarse en el oficio por el que se pide la convalidación judicial de la medida** y en su relación o correspondencia, de existir, con las disposiciones emitidas y actos de investigación realizados por la Fiscalía. **Este es el acto administrativo –el oficio-informe de la UIF-Perú– que debe evaluarse para considerar que se trata de una medida que cumple con los principios de intervención indiciaria y de proporcionalidad (requisito externo de motivación), y en su caso con las exigencias legales correspondientes**”.* (Negrita propia)

Como se observa, la Corte Suprema opta por exigir al juez de convalidación judicial que verifique lo que denomina “*los principios de intervención indiciaria*” y de “*proporcionalidad (requisito externo de motivación)*” poniéndolos en un mismo nivel de análisis que, sin duda, considero incorrecto e incluso dogmáticamente y

jurisprudencialmente erróneo¹²³, pero que en esencia están orientados a la validación del principio de interdicción de la arbitrariedad antes que de la proporcionalidad.

1.1. Justificación en la pluriofensividad del bien jurídico protegido del delito de lavado de activos

La Casación 033-2018/NACIONAL resalta como una de las finalidades del congelamiento la protección de bienes jurídicos. Si bien no indica de forma expresa que estos deben corresponder a la pluriofensividad que pretende atender el tipo penal de lavado de activos, es evidente que no corresponde realizar una interpretación distinta del alcance del Acuerdo Plenario N° 3-2010/CJ-116.

Y es que los efectos del delito de lavado de activos en la economía justifican holgadamente una intervención inmediata de un derecho fundamental como la propiedad, más aún si ésta no es de forma absoluta, sino que apenas afecta un elemento de este derecho (disposición de la propiedad). En ese sentido, para que una medida de congelamiento sea constitucionalmente válida, debe fundamentarse en la necesidad urgente o apremiante de proteger bienes jurídicos, según el caso del que se trate.

De esta manera, la medida de congelamiento se constituye como un mecanismo estatal eficaz que interviene un derecho fundamental de manera leve, en cuya convalidación judicial corresponderá sustentar la justificación sobre el fin constitucionalmente válido de proteger estos bienes jurídicos, más allá del delito precedente que generó el activo o el fondo materia de congelamiento.

¹²³ Sobre el derecho a la debida motivación de resoluciones judiciales, el Tribunal Constitucional ha establecido en la STC N° 0896-2019-PHC/TC; fundamento 7, lo siguiente:

“(…) c. Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas. El control de la motivación también puede autorizar la actuación del juez constitucional cuando las premisas de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica. Esto ocurre por lo general en los casos difíciles, como los identifica Dworkin, es decir, en aquellos casos donde suele presentarse problemas de pruebas o de interpretación de disposiciones normativas. La motivación se presenta en este caso como una garantía para validar las premisas de las que parte el Juez o el Tribunal en sus decisiones. Si un Juez, al fundamentar su decisión: 1) ha establecido la existencia de un daño; 2) luego, ha llegado a la conclusión de que el daño ha sido causado por equis, pero no ha dado razones sobre la vinculación del hecho con la participación de equis en tal supuesto, entonces se está ante una carencia de justificación de la premisa fáctica y, en consecuencia, la aparente corrección formal del razonamiento y de la decisión podrá ser enjuiciada por el juez [constitucional] por una deficiencia en la justificación externa del razonamiento del juez.”

1.2. Justificación en el estándar probatorio acorde con la etapa en que se aplica.

Otro de los principales aciertos de la Casación N° 033-2018/NACIONAL, es el establecimiento de un estándar probatorio para la validez constitucional del congelamiento. Sin embargo, tal como se ha indicado, no se ha precisado si este estándar corresponde al delito de lavado de activos o a la ilicitud de los fondos.

Al respecto, se tiene como premisa que la medida de congelamiento debe ser consecuente con la etapa procesal en la que se aplica, pudiendo ser durante: i) una investigación administrativa de la UIF-Perú, esto es, antes de que el Ministerio Público tome conocimiento del caso; o, ii) durante una investigación preliminar o preparatoria a cargo del Ministerio Público.

Esto exige interpretar la Casación N° 033-2018/NACIONAL en el sentido de que el estándar probatorio está referido al delito y no a los fondos, por las siguientes razones:

- Dada la etapa prematura en que se aplica el congelamiento, no tendría sentido pretender sustentar un estándar probatorio sobre la ilicitud de fondos u otros activos, ahí donde es necesario desarrollar muchos actos de investigación.
- Quien realiza la evaluación inicial sobre la necesidad de aplicar el congelamiento es un órgano administrativo (UIF-Perú) que no tiene competencias para realizar actos de investigación o diligencias de campo (como el Ministerio Público), por lo cual su capacidad argumentativa se limitará a la información a la que tiene acceso.
- Si el análisis del estándar probatorio se dirige a los fondos, es posible que solo se haga respecto de los fondos que son de conocimiento de la UIF-Perú o del Ministerio Público; sin embargo, tanto por la pluriofensividad del delito lavado de activos, como por las máximas de la experiencia, existe una alta probabilidad de que los fondos estén

protegidos bajo una apariencia de legalidad, de los cuales solo el investigado tiene conocimiento.

- Si el análisis del estándar probatorio se dirige a los fondos, también es posible que se determine la plena ilicitud del origen de los fondos a congelar, en cuyo caso correspondería adoptar otro tipo de medida limitativa (por ejemplo, incautación), con lo cual la medida de congelamiento quedaría sin efecto.
- El hecho de que la Sala Penal Permanente haya fijado un estándar bastante bajo para aplicar la medida de congelamiento guarda coherencia con los elementos de convicción que se hayan desarrollado al inicio de una investigación preliminar o preparatoria. Es bastante probable que exigir un estándar elevado no tenga el efecto que se busca.

A mi parecer, todos estos aspectos nos muestran que el estándar probatorio “plausible” o mínimo que fijó la casación, **es respecto del delito de lavado de activos** y no de los fondos que serán congelados eventualmente.

2. Oportunidad en la aplicación previa o concurrente con otras medidas limitativas convencionales

Si el objeto de la medida de congelamiento es que puedan adoptarse otras medidas típicas que se ejecutan durante la investigación fiscal (Incautación, embargo, inhibición, bloqueo e inmovilización, entre otras), puede parecer evidente que la medida tiene sentido únicamente si estas otras medidas no se han ejecutado.

Sin embargo, pueden presentarse situaciones en las que las medidas convencionales se aplican antes o de manera simultánea. En este contexto, es pertinente considerar un criterio de *oportunidad procesal o temporal*¹²⁴ para la aplicación de la medida de

¹²⁴ Puede ser aplicable el concepto desarrollado en el Acuerdo Plenario 05-2009/ CJ-116 sobre terminación anticipada, en cuyo fundamento 18 señala lo siguiente: “(...) El objeto del principio de oportunidad, entonces, es aquel que busca,

congelamiento, la cual está estrechamente vinculada a la interdicción de la arbitrariedad desarrollada en el punto anterior.

Así, por ejemplo, si durante la investigación preliminar o preparatoria del delito de lavado de activos se han ejecutado medidas de inhibición de inmuebles o de embargo, es posible que el Ministerio Público tome conocimiento de que el investigado ha mantenido dinero en efectivo en su poder que podría estar circulando en el sistema financiero a través de terceros.

Sin duda, para que el congelamiento en este supuesto sea constitucionalmente válido, deben cumplirse los criterios establecidos por la Corte Suprema en lo que respecta al estándar probatorio del delito (estándar plausible) y la posibilidad de los fondos en poder de la persona investigada puedan ser retirados o alejados del alcance de las autoridades nacionales (peligro de pérdida de fondos).

Es en este escenario en el que el criterio de oportunidad cobra relevancia, pues aplicar una medida de congelamiento cuando convergen los supuestos exigidos por la legislación y los desarrollados por la Corte Suprema, puede ser innecesario si el Ministerio Público no tiene forma de aplicar medidas convencionales posteriores. Estos son los casos en que se trata de fondos o activos que están en poder de personas no investigadas por el Ministerio Público (posibles testaferros o beneficiarios legítimos de los activos del investigado) o cuando ya no se está en la etapa de investigación preliminar o preparatoria.

Sin duda, lo expuesto en el párrafo anterior se aplica en los casos en que el congelamiento es promovido por el Ministerio Público, quien justificará los requisitos que exige la legislación y el estándar probatorio que fijó la Corte Suprema; pero, además, deberá evidenciar que se encuentra en la capacidad de poder obtener cualquiera de las medidas convencionales que la normativa procesal le permite.

en clave material, la dispensa de pena o una respuesta distinta de la reacción punitiva propia del sistema de sanciones del Código Penal, y, como tal, según nuestras normas procesales, sólo puede estar destinada a la aplicación de los supuestos o criterios contemplados en el artículo 2° NCPP". Para mejor ilustración, se puede acceder al contenido del acuerdo plenario en el siguiente link: <http://spij.minjus.gob.pe/Graficos/Jurisp/2010/Enero/08/AP-5-2009-CJ-116.pdf> (Fecha de consulta: 26/09/2021).

En el caso de los congelamientos promovidos de oficio, solo será posible en tanto se identifique un nuevo caso de lavado contra personas no investigadas, contra las cuales se pueda iniciar una investigación, pero será igualmente contraria al criterio de oportunidad si es que la medida se aplica de oficio, cuando ya no es posible para el Ministerio Público promover otro tipo de medidas cautelares. Entonces, ¿Es posible considerar constitucionalmente válida la aplicación de una medida de congelamiento si es que ya se han emitido otras medidas limitativas?

En efecto, la verificación de que existan otras medidas limitativas ya aplicadas dentro de la investigación fiscal, que persigan una finalidad similar a la del congelamiento es un análisis del criterio de necesidad inocuo (hasta cierto punto); ya que, en primer lugar, ninguna de las medidas convencionales dentro de la investigación es menos lesiva que el congelamiento visto desde una perspectiva estrictamente jurídica (aún cuando en lo fáctico puedan darse consecuencias o efectos más agresivos en términos económicos en perjuicio del investigado); y, en segundo lugar, la finalidad de la medida de congelamiento (criterio vinculado estrictamente al de idoneidad), es totalmente diferente a cualquiera de las medidas que posteriormente se pretenda adoptar que, además, sólo son viables siempre que se cumpla con el estándar que corresponde a cada tipo de medida cautelar¹²⁵. En el escenario antes expuesto, se tienen dos supuestos en los que el criterio de oportunidad determina la ejecución de una medida de CAF válida.

Ejemplo: Una persona, en el marco de una investigación preparatoria por lavado de activos, pretende realizar una transferencia hacia el exterior de una alta suma de dinero, cuyo beneficiario será una offshore en Islas Vírgenes Británicas. De acuerdo con la información obtenida por el Ministerio Público a través del secreto bancario, el investigado no cuenta con fondos en el sistema financiero, con lo cual, la procedencia del dinero que se pretende transferir hasta el momento es desconocida.

Supuesto A: El Ministerio Público siempre tuvo conocimiento de que el investigado contaba con mucho dinero en efectivo (al margen de la certeza de su origen o procedencia), que podía ser transferido a su *offshore* en Islas Vírgenes Británicas; sin

¹²⁵ Ahora bien, un criterio de oportunidad está vinculado al momento en que corresponde aplicar la medida administrativa y, con ello, tener claro si tanto la UIF-Perú como el Ministerio Público contaban con la información suficiente para evaluar el criterio de urgencia o peligro en la demora o de pérdida de fondos en un caso concreto.

embargo, nunca solicitó alguna medida limitativa convencional aplicable contra fondos lícitos (por ejemplo, embargo) o contra fondos ilícitos (por ejemplo, incautación).

En este supuesto, bajo el criterio de oportunidad, el Ministerio Público debe justificar las razones por las cuales no requirió que se ejecuten otras medidas convencionales antes de solicitar un congelamiento; de lo contrario, aplicar esta medida administrativa, podría significar una limitación arbitraria al ejercicio del derecho de propiedad ya que, en la práctica, optar por la medida de congelamiento es depender de un estándar probatorio menos exigente que el de cualquier otra medida limitativa.

Es decir, si el Ministerio Público cuenta con información suficiente respecto del investigado y de los fondos que pretende afectar, la medida de congelamiento no debería ser la primera opción por cuanto se encuentra en la posibilidad de adoptar otras medidas limitativas que resultan más oportunas para los fines de la investigación. Para estos casos la medida de congelamiento debe tener un carácter residual.

Supuesto B: El Ministerio Público no tuvo conocimiento de que el investigado contaba con mucho dinero en efectivo, tampoco de que tenía la titularidad de una *offshore* en Islas Vírgenes Británicas, o que haya ordenado una transferencia hacia dicho país.

En este supuesto, es evidente que el Ministerio Público nunca tuvo la *oportunidad* de evaluar esta información y, por ende, siempre estuvo imposibilitado de promover alguna medida limitativa contra dichos fondos. La medida de CAF en este caso, además de cumplir con los requisitos legales y los fijados por la Corte Suprema, resulta oportuna.

2.1. Reafirmación del criterio de urgencia de pérdida de fondos u otros activos

Aunque pueda parecer evidente que una medida de congelamiento responda a un criterio de urgencia o peligro en la demora, lo cierto es que la Casación N° 033-2018/NACIONAL, hace referencia a la posibilidad de “pérdida o desvío de fondos” vinculados al caso de lavado de activos. Esta apreciación es relevante toda vez que no se han desarrollado criterios específicos de cómo entender este supuesto.

Sobre este aspecto, las siguientes preguntas son pertinentes: ¿cuándo existe riesgo de pérdida o desvío de fondos?, ¿acaso basta con la existencia de dinero en entidades financieras que son fácilmente transferibles o extraíbles?, ¿o es que se requiere de un determinado comportamiento del investigado que evidencie la intención de alejar sus fondos a la acción de la justicia?

A mi parecer, la aplicación de una medida de congelamiento es constitucionalmente válida siempre que, del comportamiento del investigado, se pueda desprender la intencionalidad de “desviar” o de “perder” sus fondos. Este es aspecto es realmente complicado, ya que supone ingresar a la esfera subjetiva del investigado representada por su comportamiento en la realidad.

Ejemplo: Un funcionario público es intervenido por el Ministerio Público por un posible delito de corrupción. Mientras está detenido y a la espera de una audiencia de prisión preventiva, solicita que se le faciliten los servicios notariales, a fin de otorgar un poder general de representación a su cónyuge. En dicho poder se consigna la posibilidad de que el representante abra o cierre cuentas bancarias a nombre del representado.

En este caso, el comportamiento del detenido evidencia un interés de poner a buen recaudo los fondos u otros activos que posee. La sola posesión de fondos no es suficiente para atribuir un riesgo de pérdida de riesgo o de desvío. Lo que se requiere es que dicha persona represente su voluntad de seguir generando efectos jurídicos sobre su patrimonio, a través de un tercero.

2.2. Ineficacia de las medidas limitativas convencionales vigentes

Otro de los elementos que justifica la aplicación de una medida de congelamiento administrativo de fondos, es aquella que guarda relación con un criterio de necesidad y pertinencia, dependiendo de la etapa de investigación en la que se pretenda aplicar.

Al ser una medida administrativa y preventiva, si se está frente a un congelamiento de oficio (previa al inicio de una investigación preliminar), es evidente que no hay forma de evaluar la necesidad o pertinencia de una medida cautelar convencional, pues para ello se requerirá de un impulso por parte del fiscal, quien aún no toma conocimiento del caso.

Por el contrario, si la UIF-Perú recibe un pedido de aplicación de congelamiento del Ministerio Público, esta solicitud debería ir acompañada de una justificación del por qué se requiere de la aplicación de esta medida administrativa, teniendo en cuenta que el fiscal tiene muchos mecanismos de intervención de derechos que pueden ser avalados por un órgano jurisdiccional.

Esto muestra que en los casos en que el Ministerio Público solicita una medida de congelamiento, se debe sustentar por qué las medidas convencionales que están bajo su impulso (embargo, incautación, inmovilización, inhibición, entre otras), no serían eficaces u oportunas. En resumen, es necesario que se sustenten las razones por las cuales el Ministerio Público no acude a un órgano jurisdiccional, a pesar de tener las facultades para hacerlo.

Ejemplo: Un fiscal que investiga un caso de narcotráfico, advierte documentación que evidencia la existencia de fondos colocados en una cooperativa de ahorro y crédito, los que podrían estar vinculados a este delito y corren el riesgo de perderse si espera una orden judicial de levantamiento del secreto bancario o si promueve una incautación.

En este caso, el fiscal deberá sustentar que, acudir a los mecanismos convencionales de aseguramiento, podría ser tardío y hasta podría generar la posibilidad de filtración de información a favor del investigado. En casos como éste, la vía más rápida y oportuna será la UIF-Perú para procurar el aseguramiento de estos fondos.

3. Exclusión de productos financieros vinculados a la dignidad de la persona

Existen productos financieros que, por su naturaleza, guardan directa relación con el bienestar, la integridad y el libre desarrollo de la persona; por lo que su intervención

sólo puede estar justificada constitucionalmente en tanto sea proporcional con la medida de intervención.

En este contexto, cobran relevancia los productos vinculados con la salud e integridad. Los seguros de salud, supervivencia, o aquellos que cubren invalidez temporal o permanente podrían quedar sin efecto en caso de algún incumplimiento de las reglas de contratación entre una entidad aseguradora y el contratante, pero, para efectos de una medida de congelamiento, puede resultar desproporcionado impedir la activación de alguno de estos productos, sin una mínima justificación que cuestione razonablemente la licitud de la cobertura.

Es necesario entonces identificar dos escenarios: el primero, consistente en la adquisición de seguros usando fondos de procedencia lícita; y, el segundo, en la adquisición de estos productos con fondos de origen criminal. En el primero, no encuentro razón para congelar la indemnización generada como consecuencia de un siniestro contra la vida, salud o integridad; por el contrario, la intervención a este nivel afecta directamente la dignidad de la persona.

En el segundo escenario, la situación no es muy diferente, ya que en caso se identifique la adquisición de productos de esta naturaleza con fondos de procedencia ilícita, lo que corresponde es la resolución contractual y la cancelación de productos de no haberse producido siniestros y; de generarse y activarse los beneficios aplicables, corresponderá una evaluación del criterio de necesidad para aplicar el congelamiento considerando la salud, integridad y dignidad de la persona.

Igual escenario se presenta en los casos del congelamiento de fondos contenidos en las remuneraciones de los investigados. Es posible que al momento de aplicarse una medida de congelamiento se afecten las cuentas en las que se abonan remuneraciones.

En este escenario, el caso de lavado de activos juega un rol fundamental. No es lo mismo afectar los fondos contenidos en la “cuenta sueldo” de una persona que aparece como gerente general de una empresa con características de fachada, que

aplicar la medida de congelamiento a un funcionario o servidor público cuyas remuneraciones provienen del presupuesto público¹²⁶.

En efecto, en el caso del gerente general, es posible que la apariencia de legalidad que haya procurado la empresa de fachada tenga como consecuencia el pago de los beneficios laborales u obligaciones exigidas por ley (pago de CTS, AFP, EsSalud, impuesto a la renta u otros). Tampoco encuentro impedimento alguno de aplicar el congelamiento en un caso como éste, pues al margen de las protecciones legales que puedan subsistir sobre estos productos, ni la Constitución ni el Estado protegen el producto del delito más aún cuando se ha procurado darle una apariencia de legalidad.

No obstante, en el caso de que la medida de congelamiento se haya aplicado contra una persona cuya actividad laboral es lícita, considero que es posible prescindir de determinados productos generados por dicha actividad, siempre que no existan pretensiones asegurativas en caso de sentencia condenatoria o en la medida en que esta necesidad se encuentre satisfecha de otra forma (embargos sobre bienes muebles o inmuebles).

3.1. No afectación de derechos fundamentales: Salud y Trabajo

Al momento de aplicar una medida de congelamiento, es posible que se afecte todo lo que exista en el sistema financiero y se colisiona, eventualmente, con productos vinculados con la subsistencia y el bienestar de un investigado. Esto es posible dado que el estándar exigido para impedir la disposición de fondos es bastante bajo. Ello, sin embargo, no significa que el juez no pueda ejercer un control posterior razonable sobre la necesidad de mantener afectado un determinado producto financiero.

Como el estándar probatorio exigido para aplicar el congelamiento es bajo, siempre cabe la posibilidad de afectar cuentas “sueldo” y, por ende, impedir el cobro de

¹²⁶ En el caso Halabi Gómez (vinculado al caso ONP), la Sala Penal Nacional de Apelaciones Especializada en Delitos de Corrupción de Funcionarios – Colegiado A, mediante Resolución N° 03 (Expediente N° 0025-2017-3-5201-JR-PE-01), dispuso la liberación de una parte de los fondos que fueron afectados con la medida de congelamiento, debido a que estos corresponderían al “depósito de su sueldo”. Para mejor apreciación, la resolución se encuentra disponible en: <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b0d90f0047ea7bd8b3cbb31612471008/Exp.+N%C2%B0+25-2017-3+-+CAF+-+RESERVADO+04+12+2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b0d90f0047ea7bd8b3cbb31612471008>. (Fecha de consulta: 26/09/2021)

remuneraciones y con ello afectar de manera indirecta, otro tipo de derechos como la salud. Esta situación, sin embargo, no implica un acto desproporcionado si el caso de lavado está referido a la existencia de empresas de fachada en las que la existencia de trabajadores sólo es una ficción y los pagos son meras simulaciones de formalidad.

En la medida en que el Estado no puede proteger el uso de fondos de origen ilícito, será totalmente razonable mantener una medida de congelamiento sobre cuentas de remuneraciones simuladas. La misma situación puede ocurrir, en los casos antes mencionados, en que se han constituido determinados productos de seguros de salud y el investigado requiere de atención médica o percibir indemnizaciones por causa de algún siniestro en su perjuicio. Nuevamente, en la medida en que el estándar probatorio del caso de lavado de activos es bajo, puede ser muy razonable permitir que el investigado goce de los efectos de los seguros de salud o de vida frente a la ocurrencia de un siniestro no esperado.

3.2. Otros supuestos: Alimentos y Tributación.

Sin duda, puede ocurrir que la aplicación de una medida de congelamiento tenga como consecuencia el impedimento de disposición de fondos que están en una cuenta que es utilizada para recibir el pago de alimentos. A menos que se encuentre en un supuesto en que se consignan depósitos de dinero en efectivo por alimentos con dinero ilícito, no existe razón válida para mantener una medida vigente la medida administrativa.

Considero que no puede ser finalidad del congelamiento restringir el acceso a los alimentos de sus beneficiarios, salvo se trate de fondos ilícitos, en cuyo caso corresponde que la justificación de la medida de congelamiento alcance un mínimo de vinculación de dichos fondos con una actividad ilícita.

Un ejemplo de este supuesto, lo encontramos en la afectación de una cuenta de ahorros de una persona investigada por lavado de activos en la que, además de haber colocado fondos de procedencia ilícita, también percibe depósitos en efectivo por concepto de alimentos para hijos menores de edad.

El otro escenario relacionado con la subsistencia (en este caso, empresarial), es el relacionado con el congelamiento de cuentas en el Banco de la Nación que están destinadas al pago de “detracciones”¹²⁷.

En principio, las cuentas de detracciones sirven para recibir los depósitos de clientes o proveedores de una empresa destinados al pago de impuestos. Sin embargo, también puede ocurrir que un falso proveedor realice pagos simulados de impuestos que terminan en Sunat (fondos ilícitos), pero respecto de los que, posteriormente, soliciten su devolución por pago en exceso.

La afectación de cuentas de detracciones mediante la medida congelamiento también contribuye a evitar que el sistema tributario sirva de instrumento para la canalización de fondos de origen ilícito y retornen al investigado bajo la figura de devolución; sin embargo, es de reconocer que el principal objetivo de esta cuenta es ingresar fondos al erario público como producto del pago de impuestos a las ventas, con lo cual la posibilidad de devolución es mínima.

Considero que el congelamiento de la cuenta de detracciones es constitucionalmente válida, siempre que permita garantizar dos aspectos: el primero, que es el de evitar ingresar al erario nacional posibles fondos ilícitos mediante el pago de impuestos; y, el segundo, contribuir a la investigación fiscal respecto al comportamiento financiero del investigado en el mercado, así como a la administración tributaria en la determinación de las obligaciones y responsabilidades de índole tributario. Cualquier otra justificación para mantener una medida de congelamiento, fuera de estos dos aspectos, no tendría respaldo constitucional, incluso, por interdicción de la arbitrariedad.

4. Garantía de la inclusión financiera

La medida de congelamiento, al no valerse de un estándar de prueba elevado, no puede tener como consecuencia la exclusión de una persona investigada del sistema financiero. De hecho, sería un contrasentido disponer un congelamiento administrativo

¹²⁷ Para mejor ilustración sobre las cuentas de Detracciones, y su utilidad, se puede obtener información en el siguiente link: <https://www.gob.pe/702-depositar-detracciones-a-la-sunat> (Fecha de consulta: 26/09/2021).

de fondos en el marco de un caso de lavado de activos y, a la vez, generar un estímulo perverso de actuación fuera del sistema.

Al encontrarse en una etapa prematura para determinar responsabilidades penales, no puede ser admisible que la persona afectada con la medida de congelamiento deba actuar fuera del sistema financiero o que se le impida actuar dentro de este. Sin embargo, se debe reconocer que, ni la legislación, ni la jurisprudencia abordan este aspecto y podrían ocurrir escenarios de exclusión ahí donde la Constitución lo prohíbe¹²⁸.

En estos casos, un pronunciamiento judicial puede permitir que la persona sujeta a congelamiento pueda actuar en el sistema financiero a través de alguna de las cuentas con fondos afectados; no obstante, al no estar regulada normativamente esta circunstancia, queda bajo el criterio judicial la autorización de uso de alguna cuenta o de los fondos.

Considero entonces que la medida de congelamiento es constitucionalmente válida en la medida en que no implique una exclusión del sistema financiero de la persona investigada, más aún cuando estamos en el ámbito de la plausibilidad del estándar probatorio del delito de lavado de activos. Por el contrario, de darse este escenario, la medida administrativa puede ser desproporcionada y contraria al sentido teleológico establecido por la Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de la República.

Ejemplo: Una de las consecuencias de aplicar una medida de congelamiento es que las entidades financieras toman conocimiento de medidas limitativas contra sus clientes por estar bajo el alcance de alguna investigación penal. Sin duda, las entidades financieras prefieren dejar de tener relaciones comerciales con dicha persona o, de tratarse de una nueva entidad financiera, muy probablemente se reserve el derecho de tener relaciones comerciales hasta que el investigado deje de serlo¹²⁹.

¹²⁸ Constitución Política del Perú. Artículo 87°. *“El Estado fomenta y garantiza el ahorro (...)”*. En el mismo sentido, La Política Nacional de Inclusión Financiera, aprobada mediante Decreto Supremo N° 255-2019-EF, señala en su primer considerando que el *“(...) Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria; facilita y vigila la libre competencia; defiende el interés de los consumidores y usuarios; así como fomenta y garantiza el ahorro.”*

¹²⁹ Pese a ello, cuando se reguló el procedimiento de acceso a información protegida por el secreto bancario por parte de la UIF-Perú, el artículo 7.4 del Decreto Supremo N° 020-2017-JUS, estableció que *“[l]a entidad requerida no puede negarse a iniciar relaciones comerciales o a efectuar la operación, ni puede terminar la relación comercial iniciada con la persona sobre la que recae el pedido, por el solo levantamiento del secreto bancario y/o la reserva tributaria por parte de la autoridad judicial (...)”*; es decir que, al margen de las discusiones sobre la libertad para contratar, se



CONCLUSIONES

prohibió a las entidades financieras dar término a las relaciones comerciales con sus clientes por el solo hecho de que exista una orden de levantamiento del secreto bancario promovida por esta institución.

1. La medida de congelamiento administrativo de fondos, cuya provisionalidad y naturaleza preventiva ha sido reconocida por la Corte Suprema de la República, tiene por finalidad impedir el retiro o desvío de fondos sin la necesidad de establecer su origen lícito o criminal debido a la etapa de investigación en que se aplica (preliminar o preparatoria).
2. El estándar probatorio fijado por la Corte Suprema para la aplicación del congelamiento administrativo de fondos (sospecha plausible), está referida únicamente a la existencia razonable de un delito de lavado de activos y/o de financiamiento del terrorismo, más no de la licitud de los fondos u otros activos que son afectados.
3. Aplicar un estándar probatorio al origen de los fondos, activos y otros productos por su vinculación a un caso de lavado de activos, sólo es necesario cuando exista la necesidad de aplicar una medida limitativa convencional (embargo, incautación, inhibición, entre otras).
4. La medida de CAF es una medida limitativa preliminar o anterior a cualquiera de las medidas limitativas de carácter real que pueden ejecutarse en el transcurso de una investigación preliminar o preparatoria, sean éstas contra bienes lícitos o de procedencia criminal.

5. Existen aspectos que no han sido abordados por la regulación normativa del congelamiento administrativo de fondos o por la jurisprudencia nacional; como, por ejemplo, el plazo de vigencia de la medida administrativa, su cese o levantamiento, los criterios para la intervención de otros derechos fundamentales como la salud, la integridad, el trabajo y la dignidad de la persona.
6. Para que la aplicación de la medida de congelamiento administrativo de fondos sea constitucionalmente válida, es necesario que ésta se encuentre debidamente justificada (interdicción de la arbitrariedad). La motivación debe estar relacionada con los bienes jurídicos protegidos por el delito de lavado de activos cuyo estándar probatorio es plausible.
7. La aplicación de la medida de congelamiento administrativo de fondos debe regirse bajo criterios de necesidad y oportunidad; para lo cual, puede ejecutarse indistintamente de manera previa o concurrente con otras medidas limitativas de carácter real, siempre que se reafirme un criterio de urgencia o peligro de pérdida o desvío de fondos u otros activos.
8. La medida de congelamiento administrativo de fondos no tiene respaldo constitucional si de su aplicación se advierte una afectación injustificada de derechos fundamentales vinculados directamente con la dignidad de la persona; en particular, con la salud y el trabajo.
9. La aplicación de una medida de congelamiento sobre fondos vinculados a productos financieros en los que se colocan pagos de alimentos o de tributos, tiene reconocimiento constitucional, siempre que se evidencie la posibilidad de su mezcla con fondos ilícitos.
10. La medida de congelamiento administrativo de fondos debe garantizar la inclusión financiera; por ende, no es válida aquella medida administrativa que trae como consecuencia la imposibilidad del afectado de interactuar dentro del sistema financiera o se le obligue a tener relaciones comerciales fuera de este.



BIBLIOGRAFÍA

1. Libros y Artículos

- ABANTO VASQUEZ, Manuel: El delito de lavado de activo análisis crítico. Grijley, Lima, 2017
- AMBOS, Kai, La defraudación tributaria como hecho previo del lavado de dinero en Alemania. En AMBOS, Kai, CARO CORIA, Carlos y MALARINO Ezequiel (coordinadores). Lavado de Activos y Compliance: Perspectiva internacional y derecho comparado, Jurista Editores, Lima, 2015.
- ARROYO ZAPATERO, Luis y NIETO MARTIN, Adán: El derecho penal económico en la era Compliance. Tirant Lo Blanch, Valencia 2013.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, Luis A: Algunas precisiones referentes a la ley penal contra el lavado de activos, Ley N° 27765, 27-06.02; en Estudios Penales: Libro homenaje al profesor Luis Alberto Bramont Arias. San Marcos, Lima, 2003.
- CARO CORIA, Dino Carlos: Sobre la Facultad de la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú) de ordenar el congelamiento de fondos presuntamente vinculados al lavado de activos. A propósito del Auto del 8 de marzo de 2013

de la Sala Penal Nacional en el Expediente 638-2012-1. Revista Advocatus (2013), N° 028.

- CARO CORIA, Dino Carlos. La imputación objetiva en los casos de contaminación / descontaminación del objeto de material en el blanqueo de capitales. En el libro de autoría conjunta con José Urquiza Olaechea, Luis E. Roy Freyre, Víctor Roberto Prado Saldarriaga, Eduardo A. Oré Sosa, Eduardo Herrera Velarde, Jorge A. Pérez López, Elky Alexander Villegas Paiva, William Enrique Arana Morales, Fidel Nicolás Mendoza LLamacponcca, Alfredo Alpaca Pérez, Luis Miguel Reyna Alfaro, Leonardo Calderón Valverde, José Antonio Arbulú Ramírez y Godofredo André García León. El Delito de Lavado de Activos. Gaceta Jurídica, Lima, 2018.
- CERVINI, Raúl, CESANO, José Daniel y TERRADILLOS BASOCO, Juan María: El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo. Cuestiones dogmáticas y político criminales. Un enfoque comparado: Argentina – Uruguay – España, Alveroni Editores, Córdoba, 2008.
- GARCÍA CAVERO, Percy: El Delito de Lavado de Activos. Jurista Editores, Lima, 2015.
- LAMAS PUCCIO, Luis: Lavado de Activos y Operaciones Financieras Sospechosas. Instituto Pacífico, Lima 2016.
- LAMAS PUCCIO, Luis: La Prueba en el Delito de Lavado de Activos. Instituto Pacífico, Lima 2017.
- MENDOZA LLAMACPONCCA, Fidel: El delito de lavado de activos aspectos sustantivos y procesales del tipo base como delito autónomo. Instituto Pacífico, Lima 2017.
- PARIONA ARANA, Raúl. El Delito de Lavado de Activos. Comentarios artículo por artículo al Decreto Legislativo N° 1106. Instituto Pacífico, Lima, 2021.

- PAUCAR CHAPPA, Marcial Eloy: La sentencia Plenaria Casatoria N° 1-2017/CIJ-433: La primera Piedra para la edificación de una doctrina seria y responsable en el delito de lavado de activos. En HEIDEGGER Francisco R (Coordinador): El delito de Lavado de Activos Cuestiones Procesales y Sustanciales. Comentarios a la Sentencia Plenaria 1-2017/CIJ-433. Instituto Pacífico, Lima 2018.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo. Grijley, Lima, 2007.
- PRADO SALDARRIAGA, Víctor: Criminalidad Organizada y Lavado de activos. Idemsa, Lima, 2013.
- TALAVERA ELGUERA, Pablo: La Prueba Penal. Instituto Pacífico, Lima 2017.

2. Jurisprudencia relevante

- Casación N° 033-2018/NACIONAL (Lavado de activos: Presupuestos del congelamiento administrativo de fondos)
- Sentencia Plenaria Casatoria 1-2017/CIJ-433: Alcances del delito de lavado de activos y estándar de prueba para su persecución y condena.
- Acuerdo Plenario 7-2011/CJ-116: Delito de lavado de activos y medidas de coerción reales
- Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116: Delito de lavado de activos
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 06-2014-PI/TC (Caso Comunicación de Operaciones sospechosas)
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 012-2016-PI/TC (Caso Colegio de Abogados contra el Decreto Legislativo 961, Código de Justicia Militar)

- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 090-2004-AA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0535-2009-PA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 1803-2004-AA/TC
- Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0896-2019-PHC/TC

3. Links utilizados:

- Informe de Evaluación Mutua realizada por el GAFILAT al Perú (2018):
<https://www.gafilat.org/index.php/es/espanol/19-noticias/78-informe-de-evaluacion-mutua-del-peru>
- Estadísticas Operativas de la UIF-Perú, periodo enero 2012 a mayo 2021:
<https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/ESTADISTICAS-OPERATIVAS/2021/Bolet%C3%ADn%20estad%C3%ADstico%20mayo%202021.pdf>
- Unidades de Inteligencia Financiera - Panorama General. Fondo Monetario Internacional, Grupo del Banco Mundial (2004)
<https://www.imf.org/external/pubs/ft/FIU/esl/FIUs.pdf>
- Estadísticas Operativas de la UIF-Perú, periodo septiembre 2003 a diciembre 2009:
https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/est-op_2009122/ESTADISTICAS%20OPERATIVAS%20UIF-PERU-%20Dicimebre%202009.pdf
- Estadísticas Operativas de la UIF-Perú, periodo enero 2011 a julio 2020:
https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/ESTADISTICAS-OPERATIVAS/Bol_%20julio_2020.pdf
- Producción y Empleo Informal en el Perú, Cuenta Satélite de la Economía Informal 2007-2017 del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI)

- https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1589/libro.pdf
- Tipologías de LA/FT ¿Qué es una tipología? <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/tipologias-de-laft>
 - Victimización en el Perú 2010-2017, Principales Resultados del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) https://www.inei.gov.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1519/index.html
 - Prácticas fiscales aburridas – El caso de Andorra, por Cecilia Martínez Caldez. Trabajo Final de Máster Universitat de Barcelona. http://diposit.ub.edu/dspace/bitstream/2445/66259/1/TFM_MOI_Mart%C3%ADn_ez-Cald%C3%A9s-Cecilia-my2015.pdf
 - Intercambio de Información y las expediciones de pesca. Centro Interamericano de Administraciones Tributarias (CIAT). <https://www.ciat.org/intercambio-de-informacion-y-las-expediciones-de-pesca/>
 - Acuerdos internacionales suscritos por la UIF-Perú con las UIF de otros países. <http://www.sbs.gob.pe/prevencion-de-lavado-activos/memorandum-de-entendimiento>
 - Principios para el intercambio de información entre unidades de inteligencia financiera del Grupo Egmont (2013) <http://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/egmont/files/Principios%20para%20el%20intercambio%20de%20informaci%C3%B3n%20entre%20UIF.pdf>
 - Resolución N° 30 de fecha 01/03/2018 – Expediente N° 016-2017-17-5001-JR-PE-01. Resolución de ampliación de Medida de Congelamiento Administrativo de Fondos aplicada contra Alejandro Toledo Manrique https://92077a40-23fd-4c03-9c4f-f50e31b8c619.filesusr.com/ugd/4eb535_97a736c819754e4e8f0c5c3eba5450a9.pdf

- Resolución N° 5 de fecha 19/09/2018 – Expediente N° 019-2018-3-5001-JP-PE-01. Resolución que confirma la medida de Congelamiento Administrativo de Fondos aplicada contra Pedro Pablo Kuczynski Godard
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/9035c90047c8d2f3b18eb31612471008/Exp.+N%C2%B0+19-2018-6+--+CAF+--+Dra.+CASTA%C3%91EDA+OTSU-watermark.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9035c90047c8d2f3b18eb31612471008>
- Resolución N° 4 de fecha 23/11/2018 – Expediente N° 0028-2017-8-5201-JR-PE-01. Resolución que declara fundado en parte el pedido de levantamiento de la medida de Congelamiento Administrativo de Fondos aplicada algunos productos financieros de la empresa Alpha Consult SA.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/33918d804814a77184ba871612471008/28-2017-8+LEVANTAMIENTO+DE+CAF.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=33918d804814a77184ba871612471008>
- Resolución N° 3 de fecha 04/12/2017 – Expediente N° 0025-2017-3-5201-JR-PE-01. Resolución que confirma la medida de congelamiento administrativo de fondos contra Christian Dagoberto Halabi Gómez y dispone la liberación de una parte de los fondos vinculados a remuneraciones.
<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/b0d90f0047ea7bd8b3cbb31612471008/Exp.+N%C2%B0+25-2017-3+--+CAF+--+RESERVADO+04+12+2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=b0d90f0047ea7bd8b3cbb31612471008>
- Guía rápida para solicitar a la UIF-Perú la aplicación de una medida de congelamiento administrativo de fondos (CAF) por casos de lavado de activos o financiamiento del terrorismo (LA/FT)
https://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/Cong_Fondos/Gu%C3%ADa%20r%C3%A1pida%20CAF.pdf

4. Links de Noticias

- [https://diariocorreo.pe/politica/caso-ecoteva-eliane-karp-reitera-oposicion-al-congelamiento-de-su-fondo-de-pension-afp-746640/.](https://diariocorreo.pe/politica/caso-ecoteva-eliane-karp-reitera-oposicion-al-congelamiento-de-su-fondo-de-pension-afp-746640/)

- <https://www.mpfm.gob.pe/?K=364&id=4000>
- <https://diariocorreo.pe/politica/juez-rechaza-pedido-de-jorge-barata-para-descongelar-sus-fondos-de-afp-757639>
- <https://ojo-publico.com/2990/fiscalia-sigue-la-ruta-del-dinero-en-investigacion-contra-cerron>
- <https://peru21.pe/politica/aparece-nueva-cuenta-de-vladimir-cerron-por-mas-de-364-mil-soles-noticia/>
- <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/44e1858047ea79e3b3acb31612471008/Exp.+N%C2%B0+25-2017-2+-+Convalidaci%C3%B3n+de+CAF+-+22+11+2017.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=44e1858047ea79e3b3acb31612471008>

