

## EL ROL DEL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Marcial Eloy Páucar Chappa

**Sumario:** I. El Ministerio Público en la investigación de lavado de activos a nivel mundial. II. El rol del fiscal en la investigación. A. Funciones en la investigación de lavado de activos. B. Principios que rigen su actividad. 1. Principio de legalidad. 2. Principio de objetividad. 3. Principio de independencia. C. Coordinación con la Unidad de Inteligencia Financiera. 1. Ámbitos de coordinación del fiscal. a) De comunicación inmediata. b) De participación conjunta. c) De aplicación probatoria. III. El fiscal y las principales pericias. A. La auditoría financiera forense. B. La pericia contable. C. Valoración del informe contable por parte del fiscal. IV. El fiscal y las medidas restrictivas de derechos. A. Medidas aplicables en la investigación. B. El levantamiento del secreto bancario. C. El levantamiento de la reserva tributaria. D. El levantamiento del secreto de las comunicaciones. E. La interceptación, incautación y apertura de correspondencia. F. La intervención y grabación de comunicaciones telefónicas. V. Técnicas especiales de investigación aplicadas por los fiscales. A. La entrega vigilada. B. El agente encubierto.

VI. Propuesta de *lege ferenda* para la regulación de las técnicas especiales de investigación y medidas restrictivas de derechos en el delito de lavado de activos.

I. EL MINISTERIO PÚBLICO EN LA INVESTIGACIÓN DE LAVADO DE ACTIVOS A NIVEL MUNDIAL

La investigación del delito de lavado de activos<sup>1</sup> es un asunto de vital importancia para el sistema de represión penal de este delito. El ámbito de la vigencia de la norma o de la impunidad, el camino de la protección del sistema económico o de la ruina financiera a largo plazo, se requiere estudiarla profundamente. Por ello, existe gran preocupación que los operadores jurídicos y en especial los fiscales se embarquen en ella sin la debida reflexión.

A nivel mundial, el delito de lavado de activos obedece a una investigación altamente especializada por parte del Ministerio Público. En el Perú, recientemente, mediante la resolución 842-2013-MP-FN, se creó una «Fiscalía Superior Nacional Especializada Contra la Criminalidad Organizada», la cual tendría competencia para el conocimiento de casos complejos, entre otros, en materia de lavado de activos. Lo mismo ocurre en América Latina. Por ejemplo, en Chile existe la «Unidad Especializada en Lavado de Dinero de la Fiscalía Nacional» (actualmente ULDDCO), creada por resolución del Consejo General del Ministerio Público el 16 de noviembre de 2001; en Argentina, encontramos a la «Unidad fiscal de investigación de lavado de dinero y financiamiento del terrorismo» a cargo de un fiscal general; en tanto que en Colombia tenemos la «Unidad nacional para la extinción del derecho de dominio y contra el lavado de activos». En Europa, específicamente en España, el delito de blanqueo de capitales lo investiga la Fiscalía Especializada en Delitos Económicos; mientras que en Alemania la fiscalía o «*Staatsanwaltschaft*» afronta las investigaciones de lavado de activos<sup>2</sup> a través de las denominadas «*Zentralstelle für die Bekämpfung der Organisierten Kriminalität und*

1 Cfr. Abel Souto, 2002, pp. 32 y ss. Para este autor, tres son las denominaciones acostumbradas en el plano internacional: «reciclaje», «blanqueo» y «lavado». La primera es traducción literal de *riciclaggio* y se estila en Italia y en la parte helvética de habla italiana. Respecto a la segunda, se utiliza en Bélgica y Francia (*blanchiment*) y la Suiza francesa (*blanchissage*), así como en Portugal (*blanqueamento*) y España. Por último, el término «lavado» es el más extendido y de él se sirven los países anglófonos (*money laundering*) como Alemania (*Geldwäsche*), Austria y la Suiza de habla germánica (los austriacos y los suizos, añadiendo la partícula iterativa -erei, prefieren referirse al *Geldwäscherei*).

2 Cabe precisar que incluso en Alemania tienen una ley penal especial de lavado de activos (*Geldwäschegesetz* o *GwG*), denominada «*Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten*».

*der Geldwäsche*» u «Oficinas centrales de lucha contra la criminalidad organizada y lavado de activos».

## II. EL ROL DEL FISCAL EN LA INVESTIGACIÓN

### A. Funciones en la investigación de lavado de activos

Concretamente, dentro de las investigaciones de lavado de activos, el fiscal es el que recibe los informes de inteligencia financiera que son remitidos por la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF-Perú). A partir de ellos, iniciará la formulación de su estrategia para el direccionamiento de las diligencias a realizarse. Igualmente, también cabe la posibilidad que de oficio, tomando conocimiento de la noticia criminal o mediante denuncia de parte, inicie las investigaciones correspondientes<sup>3</sup>. En efecto, el fiscal, dentro de un proceso acusatorio, debe abandonar la actitud pasiva y burocrática con que actúa en el marco del CPP y tiene que cambiar radicalmente el método de investigación<sup>4</sup> y abandonar el método de la entrevista para adoptar el método científico, recurriendo a la criminalística<sup>5</sup>. Entonces podemos afirmar que hoy el fiscal lleva sobre sus hombros el peso de la dirección de las investigaciones del delito de lavado de activos en una perspectiva distinta, donde quedan cortas las herramientas procesales clásicas, para dar paso a nuevas técnicas de investigación radicalmente orientadas en una lógica diferente a las anteriores.

De esta forma, se pone en evidencia el rol del fiscal, quien debe reunir cualidades y aptitudes especiales. De todas, consideramos que dos son las más importantes: 1. Contar con conocimientos especializados sobre el lavado de activos<sup>6</sup>, incluyendo nociones básicas sobre otras ramas del derecho que pueden servir de apoyo en la investigación, tales como: derecho mercantil o comercial, corporativo, tributario, aduanero, financiero, civil, administrativo, societario<sup>7</sup>, registral, notarial y bancario,

---

3 Ministerio Público del Perú, 2011, pp. 4 y ss.

4 Tong, Bryant & Horvath, 2009, p. 1.

5 Cubas Villanueva, 2009, p. 425; Nickell & Fischer, 1999, p. 2.

6 Buquet señala: «La rápida evolución de la tecnología requiere del experto un esfuerzo permanente de actualización, para permanecer al tanto de la actualidad científica y las tecnologías de punta» (2006, p. 32).

7 Piénsese en figuras societarias tan complejas en la ley general de sociedades (ley 26887) como la «transformación» (artículo 333), la «fusión por incorporación» y la «fusión por absorción» (artículo 344) o la «disolución» (artículo 407), «liquidación» (artículo 413) y «extinción» (artículo 421) de sociedades.

así como una aproximación a los principales actores del sistema de prevención; y 2. Estar investido de un profundo sentido de responsabilidad y compromiso<sup>8</sup>.

Justamente, el terreno donde el fiscal ejerce su rol más libremente es la investigación preliminar, la cual constituye la primera subetapa prejurisdiccional del proceso, donde aquel está facultado, en virtud de las atribuciones que le otorga la ley procesal, de seleccionar los casos en los que debe realizarse una investigación formal y para ello dispone de una investigación preliminar encaminada a reunir los requisitos necesarios para la formalización de la investigación, entre ellos, individualizar al autor y reunir la prueba mínima<sup>9</sup>.

No menos importante es resaltar que el ejercicio y funciones del fiscal no son omnipotentes. Efectivamente, la obligatoriedad de la investigación aparece delimitada por el hecho de que la actividad fiscal, en relación con cualquier justiciable, solo podrá efectuarse si existe fundamento suficiente y reunirlo es objeto de la investigación<sup>10</sup>. En el plano constitucional, según los incisos 4 y 5 del artículo 159 de la Constitución, corresponde al Ministerio Público conducir desde su inicio la investigación del delito, así como ejercitar la acción penal de oficio o a petición de parte<sup>11</sup>.

En tanto que, tal como lo señala el artículo 329 del nuevo CPP, el fiscal inicia los actos de investigación<sup>12</sup> cuando tiene conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres de delito y, por consiguiente, promueve la investigación de oficio o a petición de los denunciantes. El artículo 330, por su parte, igualmente establece que el fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria. Finalmente, el artículo 65 del nuevo CPP también señala:

1. El Ministerio Público, en la investigación del delito, deberá obtener los elementos de convicción necesarios para la acreditación de los hechos delictivos, así como para identificar a los autores o partícipes en su comisión.

---

8 Sánchez-Palacios Paiva (2008, pp. 48 y ss.) formula comentarios sobre el caso de la fiscal Loayza y el proceso Zevallos, así como las implicancias que atraviesan algunos fiscales en una investigación por delito de lavado de activos.

9 Cfr. Neyra Flores, 2010, pp. 287 y ss.

10 Cfr. Angulo Arana, 2009, p. 180.

11 Cfr. Oré Guardia, 2011, p. 534.

12 Cfr. *Manual para el desarrollo del plan de investigación*, elaborado por convenio de cooperación y coordinación interinstitucional, aprobado mediante resolución 1517-2011-MP-FN, del 10 de agosto de 2011.

2. El Fiscal, en cuanto tenga noticia del delito, realizará —si correspondiere— las primeras Diligencias Preliminares o dispondrá que las realice la Policía Nacional.
3. Cuando el Fiscal ordene la intervención policial, entre otras indicaciones, precisará su objeto y, de ser el caso, las formalidades específicas que deberán reunir los actos de investigación para garantizar su validez. La función de investigación de la Policía Nacional estará sujeta a la conducción del Fiscal.
4. Corresponde al Fiscal decidir la estrategia de investigación adecuada al caso. Programará y coordinará con quienes corresponda sobre el empleo de pautas, técnicas y medios indispensables para la eficacia de la misma. Garantizará el derecho de defensa del imputado y sus demás derechos fundamentales, así como la regularidad de las diligencias correspondientes.

## **B. Principios que rigen su actividad**

### ***1. Principio de legalidad***

En primer lugar, se encuentra el principio de legalidad, el cual rige en todo el ordenamiento procesal penal, consistiendo en que toda conducta delictuosa debe ser materia de investigación, juzgamiento y sanción. Precisamente, en cuanto a la labor del fiscal, se aplica mediante el principio de *investigación oficial*, que significa que se encuentra a cargo de la dirección de la investigación por delegación constitucional y normativa. Este principio, entonces, rige durante todas las etapas del proceso penal, por ende también la investigación preparatoria, y se puede afirmar que se mantiene en tanto el representante del Ministerio Público dirige la investigación del delito hasta que propone el sobreseimiento del proceso o se decide por la instancia superior en caso de consulta, o cuando se dicta sentencia condenatoria y expresa su conformidad con la misma, o existiendo sentencia absolutoria impugnada<sup>13</sup>. Es decir, que el respeto de este principio implica que el Ministerio Público ejerce la acción penal por todo hecho que revista los caracteres de un delito, sin perder de vista que su labor se ejecuta en función de la justicia y teniendo como parámetros a la Constitución y a la ley<sup>14</sup>. Por consiguiente, el fiscal está llamado a aplicar las normas específicas que rigen la investigación, tanto para el inicio de ella, el sobreseimiento, así como para ejercitar la acción penal<sup>15</sup>.

---

13 Sánchez Velarde, 2009, p. 72.

14 Neyra Flores, 2010, p. 231.

15 Páucar Chappa, 2013, p. 76.

## 2. Principio de objetividad

Luego encontramos el principio de objetividad<sup>16</sup>, que orienta la actuación del fiscal a la recopilación de pruebas durante la investigación que conlleven a demostrar la responsabilidad del investigado, pero también se dirijan a establecer la inocencia de este; por ello, la labor de investigación del fiscal en el delito de lavado de activos ha de ser lo más profunda y minuciosa posible a efectos de alcanzar un pronunciamiento de calidad y con arreglo a ley<sup>17</sup>. Un sector de la doctrina sostiene que la objetividad de la función del fiscal, plasmada en muchos casos en sus propias decisiones, debe ser principio rector para decidir el inicio de una investigación preliminar o preparatoria, o decidir las diligencias necesarias o recopilación de elementos probatorios para alcanzar los fines del proceso y, principalmente, para formular el requerimiento acusatorio<sup>18</sup>. Efectivamente, por dicho principio los fiscales deben actuar con plena objetividad indagando los hechos constitutivos de delito, los que determinan la responsabilidad o inocencia del imputado<sup>19</sup>, a diferencia del juez que actúa con imparcialidad.

## 3. Principio de independencia

Como tercer principio rector encontramos al principio de independencia, el cual debe alcanzar tanto el ámbito interno-subjetivo como externo-objetivo de la labor del fiscal. El principio de independencia establece que el fiscal ha de someterse solo a la Constitución y a la ley, sin que deba ser influenciado por algún elemento dentro o fuera del Ministerio Público, tomando como base que dicho órgano es constitucionalmente autónomo y no depende de ningún poder del Estado. En otras palabras, el fiscal asume su dirección con plenitud de autonomía e iniciativa<sup>20</sup>; pues se exige que aquel, en tanto órgano judicial que dirige la investigación preliminar y preparatoria, actúe como órgano neutral, asegurando a las partes su libre acceso a la causa, posibilitando en ellos la misma oportunidad de recursos y ofrecimiento de pruebas, las notificaciones, así como su intervención en las diligencias que le son propias<sup>21</sup>. En la investigación por delito de lavado de activos, este principio se

---

16 Bovino (1998, p. 40) señala que, cuanto mayor objetividad se atribuya a la tarea persecutoria, menor será la importancia que se otorgará al deber de controlar la legalidad de los actos del acusador.

17 Sobre el particular, también se debe tener presente el principio de *interdicción de la arbitrariedad*, desarrollado en la sentencia 6167-2005-PHC/TC (caso Cantuarias Salaverri).

18 Sánchez Velarde, 2009a, p. 73.

19 Cubas Villanueva, 2009, p. 183.

20 San Martín, 2012, p. 205.

21 Sánchez Velarde, 2009a, p. 74.

debe reflejar en actos que conlleven al ejercicio pleno del derecho de defensa del investigado, a través de la admisión de las pericias contables o financieras de parte, testigos que puedan corroborar la fuente de sus ingresos, documentación para sustentar o complementar otras pruebas sobre su patrimonio, tacha de pruebas, entre otros.

### **C. Coordinación con la Unidad de Inteligencia Financiera**

Antes, pasemos a explicar, paso a paso y en forma breve, el procedimiento de los mecanismos de prevención y control en materia de lavado de activos:

- a) Primero, ante la existencia de una transacción en el sistema financiero que tenga características de una operación sospechosa por presentarse varias «señales de alerta» que evidencien una posible operación de lavado de activos, los «sujetos obligados»<sup>22</sup> elaboran un «reporte de operaciones sospechosas»<sup>23</sup> y lo remiten a la UIF-Perú dentro de un plazo legal establecido.
- b) Segundo, la UIF-Perú, al recibir dicho «reporte de operaciones sospechosas»<sup>24</sup>, realizará una investigación sumaria a efectos de contrastar la información proporcionada en el reporte, para lo cual efectuará un análisis de inteligencia. Si la UIF-Perú considera que existen elementos suficientes sobre la posibilidad de una operación de lavado, elaborará un «informe de inteligencia» y lo remitirá al Ministerio Público.
- c) Tercero, el Ministerio Público, al recibir dicho «informe de inteligencia», iniciará una investigación con el propósito de contar con elementos que puedan determinar la existencia o no de una operación de lavado de activos. De encontrarse responsabilidad penal, el Ministerio Público

---

22 Para identificar a los «sujetos obligados» a reporte, se debe tomar en cuenta a los treinta y dos entes enlistados en el artículo 8 de la ley 27693 (modificado por ley 28306).

23 Conforme lo establece el artículo 10-A.1 de la ley 27693, 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.

24 El artículo 11.2 del decreto supremo 018-2006-JUS (Reglamento de la ley 27693) señala: «Constituye operación sospechosa aquella operación detectada como inusual y que, en base a la información con que cuenta el sujeto obligado de su cliente, lo lleve a presumir que los fondos utilizados en esa operación proceden de alguna actividad ilícita por carecer de fundamento económico o legal aparente».

formulará la denuncia penal correspondiente o, en su caso, formalizará la investigación preparatoria.

En consecuencia, tal como se había señalado anteriormente, el fiscal<sup>25</sup> se apoya desde un inicio y a lo largo de toda la investigación en la UIF-Perú. Desde que recibe el «informe de inteligencia financiera» para empezar la construcción de la estrategia de las diligencias, o incluso durante estas, a través de solicitud de información confidencial mediante las «notas de inteligencia».

Finalmente, para establecer cuál es el plazo que tiene el agente para realizar el reporte, también se deberá recurrir al artículo 11.1 del citado cuerpo normativo, el cual establece un plazo no mayor de treinta días calendario, contado desde la fecha en que estas han sido detectadas. Nuestra posición sobre este plazo es que resulta muy extenso, siendo necesario que se adecúe a espacios de tiempo más cortos, con el propósito de no dejar tiempo a los lavadores de ponerse a buen recaudo ante la detección de sus operaciones de lavado o incluso recurrir a la corrupción<sup>26</sup>.

### *1. Ámbitos de coordinación del fiscal*

Ahora bien, los ámbitos en que se desarrollan las coordinaciones que realizan el fiscal y la UIF-Perú<sup>27</sup> son básicamente tres, como veremos a continuación.

#### a) De comunicación inmediata

A manera de ilustración, el artículo 3, inciso 5 *ab initio*, de la ley 27693 (modificada por DL 1106), señala que una de las obligaciones es comunicar al Ministerio Público aquellas operaciones que, luego del análisis e investigación respectivos, se presume que estén vinculadas a actividades de lavado de activos y el financiamiento del terrorismo<sup>28</sup>, para que proceda de acuerdo a ley. De modo similar, la sexta disposición complementaria, transitoria y final de la ley 28306 fija en su numeral 6.4 que, en los casos de declaración de ingreso y/o salida de dinero en efectivo, en que el agente no pueda acreditar el origen lícito del dinero o de los instrumentos financieros negociables emitidos «al portador» en el plazo establecido —lo cual se considera indicio de la comisión del delito de lavado de activos, sin perjuicio

25 Lamas Puccio, 2008, p. 230.

26 Savona & De Feo, 2000, p. 23.

27 Fondo Monetario Internacional-Grupo del Banco Mundial, 2004, pp. 9 y ss. En este trabajo se hace una clasificación de las unidades de inteligencia financiera, las cuales pueden ser de tipo administrativo, policial, judicial o asimilable a una fiscalía, o híbrida.

28 Cfr. Páucar Chappa, 2012, pp. 135 y ss.

de la presunta comisión de otros delitos—, la UIF-Perú debe informar al Ministerio Público para que proceda conforme a sus atribuciones.

b) De participación conjunta

De manera particular, también en el artículo 3, inciso 7, de la ley 27693, se establece la participación de la UIF-Perú, 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<sup>29</sup> del delito de lavado de activos y el financiamiento de terrorismo.

c) De aplicación probatoria

De forma análoga, el texto actual del artículo 3, inciso 5 *in fine*, de la ley 27693, contiene la posibilidad de que el informe de inteligencia de la UIF-Perú tenga valor probatorio, en tanto es asumido por el fiscal como elemento sustentatorio para la investigación y proceso penal. Para tal caso, se deberán hacer las coordinaciones pertinentes a efectos de que el Ministerio Público pueda recibir las orientaciones técnicas correspondientes para el uso de dicho informe.

### III. EL FISCAL Y LAS PRINCIPALES PERICIAS

#### A. La auditoría financiera forense

En definitiva, el fiscal a cargo de una investigación de lavado de activos casi siempre requerirá de la opinión de los especialistas en análisis financiero a través de una pericia, pues debemos recordar que uno de los principales lugares donde se realizan

---

29 En Alemania (§ 261.1 del StGB): «[...] *der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt* [...] *Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind* [...]»; España (artículo 301.1 del CP): «[...] que estos tienen su origen en un delito [...]»; Italia (artículo 648 bis CP): «[...] *provenienti dai delitti di* [...], *ovvero ostacola l'identificazione della loro provenienza dai delitti suddetti* [...]»; Estados Unidos (título 18, parte I, capítulo 95 § 1956 del USC): «[...] *of some form of unlawful activity*»; Francia (artículo 324-1 del CP): «[...] *d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect*»; Suiza (artículo 305 bis del CP): «[...] *sapendo o dovendo presumere che provengono da un crimine*»; Argentina (artículo 278 del CP): «[...] provenientes de un delito en el que no hubiera participado»; Uruguay (artículo 54 del decreto ley 14294): «[...] que procedan de cualquiera de los delitos tipificados por la presente ley o delitos conexos»; Colombia (artículo 323 del CP): «[...] que tengan su origen mediato o inmediato en actividades de [...]»; Chile (artículo 27.a de la ley 19.913): «[...] el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de alguno de los delitos contemplados en [...]»; México (artículo 400 bis del CP): «[...] de que procede o representa el producto de una actividad ilícita».

las operaciones de lavado son las entidades financieras; por consiguiente, el investigador debe asistirse de un pronunciamiento especializado en esta materia respecto de la información financiera que reúna en la investigación<sup>30</sup>.

De manera que el investigador financiero no puede ser cualquier especialista, sino uno que reúna ciertas habilidades. A la misma conclusión llega Vogel cuando refiere que «dicho investigador lleva consigo un único juego de habilidades para cualquier investigación y que requieren ser en parte policía, en parte investigador, en parte contador, en parte sociólogo, en parte informático y en parte abogado para combatir y resolver la mayoría de los crímenes de hoy y detectar los crímenes del mañana»<sup>31</sup>. De modo similar, se afirma que un programa de confiscación de activos funcionará solo si es acompañado por sistemas de identificación de clientes financieros —tal como lo desarrolla, por ejemplo, el FBI<sup>32</sup>— y una capacidad de investigación financiera para seguir los complicados rastros del dinero<sup>33</sup> en lugares tan inaccesibles como los paraísos fiscales (*tax haven*)<sup>34</sup>.

Por cierto, las evidencias que pueden ser recogidas para el análisis en la auditoría pueden ser documentos contables<sup>35</sup>, financieros o electrónicos, evidencias físicas o técnico-periciales; todas ellas deben ser conservadas conforme a las normas que regulan la cadena de custodia<sup>36</sup>, para efectos de poder garantizar su fuente y su utilización apropiada en el contradictorio.

## B. La pericia contable

Ante todo, la contabilidad forense es una especialidad fundamentada en una teoría específica que, a través de un proceso, obtiene y comprueba información

30 Cfr. Madinger, 2012, pp. 79 y ss., sobre los alcances de la investigación financiera de los delitos de lavado de activos.

31 Vogel, 1999, pp. 8 y ss.

32 FBI-Federal Bureau of Investigation, 1984, pp. 5 y ss.

33 Commonwealth Secretariat, 2006, p. 108.

34 Respecto al término «*tax haven*», consultar Ferro Veiga (2011, p. 104), quien sostiene que dicho término ha sido incorporado erróneamente a nuestro idioma al traducirlo como «paraíso fiscal», cuando el verdadero significado de «*haven*» es «refugio», «abrigo», «puerto»; lo cual eliminaría la connotación negativa que se ha implantado con la indicada traducción. Sin embargo, prefiere denominarlo indistintamente «refugio fiscal» o «paraíso fiscal».

35 Chavarría & Roldán, 1995, p. 5.

36 Ver el reglamento de la cadena de custodia de elementos materiales, evidencias y administración de bienes incautados, aprobado por resolución 729-2006-MP-FN del 15 de junio de 2006. Según su artículo 7, la cadena de custodia es el procedimiento destinado a garantizar la individualización, seguridad y preservación de los elementos materiales y evidencias, recolectados de acuerdo a su naturaleza o incorporados en toda investigación de un hecho punible, destinados a garantizar su autenticidad para los efectos del proceso.

financiera sobre transacciones celebradas por entidades económicas. En el proceso de investigación en donde se ha suscitado un hecho delictuoso, se encarga de verificar, comprobar y analizar la información contable de una persona física o moral, relacionada con delitos que sean susceptibles de cuantificación monetaria y que afecten el patrimonio de un ente económico<sup>37</sup>.

Por otra parte, un primer alcance de la doctrina sobre el uso de la pericia contable<sup>38</sup> en la investigación del delito de lavado de activos hace alusión a que en estos casos de discusión de la legitimidad del patrimonio del inculcado, al igual que en los delitos de enriquecimiento ilícito, se hace necesaria la determinación de los bienes y activos que integran el patrimonio, así como su legitimidad, y ello solo será posible a través de una pericia contable, así como una pericia de valorización de los bienes y activos. Por esta razón, son importantes en la investigación de estos delitos<sup>39</sup>.

En el terreno propio de las investigaciones por lavado de activos, una de las dificultades que se presenta es la existencia de dos o más pericias contables, principalmente una realizada por la policía y una elaborada por la defensa<sup>40</sup>. Aquí la labor del fiscal girará en la torno al análisis de ambas, tanto más si se tienen pericias contables practicadas a personas naturales y a personas jurídicas por separado.

### **C. Valoración del informe contable por parte del fiscal**

Ahora bien, la experiencia y la praxis han demostrado que el fiscal no debe allanarse o adherirse en forma inmediata a las conclusiones del informe contable<sup>41</sup>; por el contrario, este exige del fiscal su lectura, estudio y examen completo, detenido y profundo. De manera que la simple conclusión de la inexistencia de desbalance patrimonial no siempre llevará a afirmar una base para el archivamiento de la investigación; pues se han de verificar otros detalles, tales como el intervalo de tiempo en que el *capital social inicial* se incrementa y cuánto es el monto,

---

37 Hikal, 2009, p. 99.

38 Cano & Lugo, 2009, pp. 327 y ss.

39 Gálvez Villegas, 2004, p. 227.

40 Aquí es importante tener en cuenta los alcances sobre la pericia y el derecho a un juez imparcial, desarrollados en el FJ 17 del expediente 2568-2011-PHC-TC/Lima: «[...] considerar que no era necesaria la incorporación de una pericia contable efectuada porque bastaba con la incorporada por la Sunat, no resulta de recibo, pues el informe elaborado por dicho organismo era un documento de parte, en tanto y en cuanto el agraviado en el proceso que se le seguía a la hoy recurrente era el Estado y la Sunat es el ente recaudador oficial del mismo [...]».

41 No debe perderse de vista los alcances del FJ 17 del acuerdo plenario 02-2007/CJ-116 respecto al «valor probatorio de la pericia no ratificada».

así como cuál es su procedencia, contrastar si las adquisiciones de bienes muebles o inmuebles aparecen en el *registro contable* de la empresa o si se trataba de una compra paralela, si los precios de los inmuebles han sido materia de tasación y si aquellos corresponden al *valor real* en el mercado.

Tampoco se debe perder de vista el uso indiscriminado de *otorgamiento de poderes* a terceros para determinados actos comerciales, así como las *transferencias de acciones* a empresas donde el mismo investigado también es propietario, entre otros detalles que a la vista parecen simples, pero que en realidad pueden ofrecer elementos de prueba para la construcción del caso y sobre todo el debate pericial a que dé lugar con respecto a una pericia de parte<sup>42</sup>. Por cierto, la información recibida y/o recabada para la pericia contable ha de ser contrastada analíticamente con lo referido o sostenido por las personas involucradas o que estén en conexión con dicha información, en sede preliminar; es decir, sus manifestaciones policiales o declaraciones indagatorias<sup>43</sup>.

#### IV. EL FISCAL Y LAS MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS

##### A. Medidas aplicables en la investigación

Para comenzar, hacemos mención que el texto referido a las «reglas de investigación» se reubica sistemáticamente en el artículo 7 del decreto legislativo 1106, cuyo texto legal es el siguiente: «Para la investigación de los delitos previstos en el presente Decreto Legislativo, el Fiscal podrá solicitar al Juez el levantamiento del secreto bancario, el secreto de las comunicaciones, la reserva tributaria y la reserva bursátil. La información obtenida en estos casos solo será utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron». Con ello podemos afirmar que el derecho penal de emergencia, o lo que se conoce como «derecho penal del enemigo» (*Feindstrafrecht*), sigue manteniendo presencia irrefutable en nuestro ordenamiento jurídico<sup>44</sup>.

En otro orden de cosas, de la revisión del texto actual de la citada norma advertimos la previsión de las siguientes medidas específicas que se pueden adoptar en una investigación por delito de lavado de activos: el levantamiento del secreto bancario, el levantamiento de la reserva tributaria, el levantamiento de la reserva bursátil y el levantamiento del secreto de las comunicaciones.

42 Ver RN 4765-2009/Loreto, del 21 de julio de 2010.

43 Ver RN 1254-2007/Callao, del 18 de diciembre de 2007.

44 Cfr. Caro John, 2010, pp. 115 y ss.; García Caveró, 2012a, pp. 195 y ss.; Meini Méndez, 2007, pp. 151 y ss.; Prado Saldarriaga, 2009, p. 457; Páucar Chappa, 2012, pp. 135 y ss.; Alcócer Povich, 2009, pp. 91 y ss.; Montero Cruz, 2012, pp. 53 y ss.; Talavera Elguera, 2011, pp. 35 y ss. En la jurisprudencia nacional, ver también las sentencias del Tribunal Constitucional 003-2005-PI/TC y 0014-2006-PI/TC.

En este sentido, en la doctrina se han establecido algunos criterios que deben ser verificados en este tipo de medidas, a efectos de evitar cuestionamientos acerca de la protección de derechos fundamentales<sup>45</sup>, tales como: indicios razonables que puedan evidenciar que la persona estaría cometiendo un hecho delictivo, que el hecho delictivo realizado sea uno de especial trascendencia, y debe evitarse una actividad criminal o el cese de la misma de forma adicional a la sola búsqueda de prueba, como una medida de anticipación<sup>46</sup>.

Pasando a otro ámbito, resulta plausible haber mantenido incólume el «principio de instrumentalidad probatoria restringida» debido a que la información obtenida en estos casos solo puede ser utilizada en relación con la investigación de los hechos que la motivaron. Actualmente, respecto a estas restricciones o «prohibiciones de uso», en el derecho comparado existen ciertas normas vinculadas con el aprovechamiento y la valoración de la prueba que representan *barreras complementarias* al poder coactivo del Estado: las así llamadas «prohibiciones de uso» (*Verwendungsverbote*) y que pueden ser reducidas, ellas sí, a normas de función puramente limitadora. Ejemplos de ello en el derecho alemán son los § 98b III (comparación de datos), 100 b V (intervenciones telefónicas), 100d II (utilización secreta de medios técnicos de observación y escucha), 110e (agentes encubiertos). El derecho argentino contiene una limitación similar en la ley de estupefacientes, que autoriza el levantamiento de la reserva bancaria o tributaria en la investigación de delitos incluidos en ella y, al mismo tiempo, impide la utilización de la información obtenida para la investigación de otros delitos (artículo 26)<sup>47</sup>.

## **B. El levantamiento del secreto bancario**

La primera pregunta que nace es qué debemos entender por secreto bancario<sup>48</sup> (*banking secrecy*). Al respecto, la doctrina lo define<sup>49</sup> como «el derecho correspondiente a la obligación de un banco de no dar ninguna información, sea sobre las cuentas de sus clientes o sobre aquellos hechos ulteriores que hayan llegado a conocer en razón de sus relaciones con sus propios clientes o como consecuencia de la confidencialidad que brindan al público, a fin de resguardar los intereses personales de los clientes a los que brindan diferentes tipos de servicios»<sup>50</sup>. A continuación, resulta también vital partir por reconocer que este encuentra

---

45 Stessens, 2000, p. XIV.

46 Talavera Elguera, 2011, p. 44.

47 Guariglia, 2005, pp. 152 y ss.

48 Klein, 2008, pp. 20 y ss.

49 Cfr. el FJ 14 de la sentencia 02838-2009-PHD/TC.

50 Lamas Puccio, 2008, p. 116.

cimientos constitucionales al ser regulado sobre la base del segundo párrafo del numeral 5, del artículo 2 de la Carta Fundamental.

Por cierto, en el ámbito administrativo, se encuentra los casos donde el secreto bancario se «flexibiliza» y cabe levantar información protegida por este. Así, el artículo 143 de la ley 26702 —Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros— establece que el secreto bancario no rige cuando la información sea requerida por los jueces, el fiscal de la nación, gobiernos con el que tengamos convenios, el presidente de una comisión investigadora del Poder Legislativo y el Superintendente.

En el ámbito procesal penal, la ley 27379 desarrolla, en su artículo 2, dicha medida. En ella dispone que el fiscal provincial, en casos de estricta necesidad y urgencia, tenga la posibilidad de solicitar al juez penal el levantamiento del secreto bancario. Más aún, en el caso de levantamiento del secreto bancario, cabe precisarlo, la orden comprenderá las cuentas vinculadas con el investigado, así no figuren o estén registradas a su nombre. Esto se explicaría por cuanto en la mayoría de las investigaciones de lavado de dinero, las cuentas que han de ser afectadas se encuentran a nombre de terceros<sup>51</sup> o testaferros<sup>52</sup>. En el terreno de dicha medida, el fiscal tiene la opción de solicitar al juez el «bloqueo e inmovilización» de las cuentas que aparezcan a nombre del investigado o las que se presume se encuentren relacionadas a este. Sin embargo, esta última medida, según la norma analizada, no podría durar más de quince días, aunque excepcionalmente podría prorrogarse por quince días más, previo requerimiento del fiscal y resolución motivada del juez. De forma análoga, dicha medida también se encuentra regulada en el artículo 235 del nuevo CPP de forma muy similar.

También existe la posibilidad que, luego de haberse recibido el informe ordenado, el juez, previo pedido del fiscal, pueda adoptar dos decisiones complementarias:

- a) Proceder a la «incautación» del documento, títulos valores, sumas depositadas y cualquier otro bien, siguiendo el procedimiento regulado en el artículo 223.
- b) Proceder al «bloqueo e inmovilización» de las cuentas.

Estas alternativas, claro está, procederán siempre que exista fundada razón para considerar que tiene relación con el hecho punible investigado y que resulte indispensable y pertinente para los fines del proceso, aunque no pertenezcan al imputado o no se encuentren registrados a su nombre, regla contenida también en la ley 27379.

---

51 Hernández Higuera, 2005, p. 171.

52 Bongard, 2001, p. 134; Hufnagel, 2004, p. 54.

En cierto modo, el juez de la investigación preparatoria, también a solicitud del fiscal y en tanto existan fundadas razones para ello, podrá autorizar la «pesquisa» o «registro» de una entidad del sistema bancario o financiero y, asimismo, la incautación de todo aquello vinculado al delito; en este caso, lavado de activos. En suma, se precisa que las «operaciones no comprendidas» por el secreto bancario serán proporcionadas directamente al fiscal a su requerimiento cuando resulte necesario para los fines de la investigación del hecho punible<sup>53</sup>.

En otro orden de cosas, tal como se ha destacado, el levantamiento del secreto bancario (*lifting of banking secrecy*) es una medida restrictiva de derechos muy importante en la investigación del delito de lavado de activos<sup>54</sup> y su aplicabilidad a los casos concretos conlleva a las siguientes reflexiones:

1. La propia naturaleza del delito lavado de activos relacionada al ámbito financiero crea las condiciones propicias para que determinadas «cuentas bancarias»<sup>55</sup> sean materia de afectación con la medida.
2. El levantamiento del secreto bancario es una medida que tiene gran presencia mundial en su aplicación al delito de lavado de activos, precisamente por su «carácter internacional»<sup>56</sup>.
3. La correcta tramitación de la medida del levantamiento del secreto bancario<sup>57</sup> otorgará a la investigación de lavado de activos mayor «garantía de legalidad probatoria» a la conclusión del mismo, así como para la elaboración y construcción del caso llevado a las autoridades jurisdiccionales. Evita, pues, incurrir en la obtención de prueba ilícita o prohibida.
4. El levantamiento del secreto bancario se va dirigir tanto a cuentas bancarias de «personas naturales» como de «personas jurídicas»<sup>58</sup>. Incidir en este aspecto tan particular del lavado de activos guarda relación con la constante utilización de empresas *off-shore*, de fachada (*shell companies*<sup>59</sup>) o de papel para la realización de las operaciones de lavado.

---

53 Cubas Villanueva, 2009, p. 344.

54 Resulta neurálgico tomar en cuenta que la flexibilización del secreto bancario para las investigaciones de lavado de activos tiene sus antecedentes más remotos en el artículo 296-B (DL 736, del 12 de noviembre de 1991): «En la investigación de los delitos previstos en este decreto legislativo no habrá reserva o secreto bancario o tributario alguno [...]».

55 Salazar Landínez, 2007, p. 153.

56 Fijnaut & Paoli, 2004, p. 38.

57 Gómez Iniesta, 1994, p. 146.

58 Cfr. García Caveró, 2012b, pp. 411 y ss.

59 Beare & Schneider, 2007, p. 120.

Como es conocido por muchos, adquiere singular importancia en las investigaciones por delito de lavado de activos, el *momento posterior* al levantamiento del secreto bancario, pues la inactividad de la disposición del bloqueo o inmovilización de los fondos brindaría muchas ventajas a los lavadores<sup>60</sup> para extraerlos, extrapolarlos o desaparecerlos, sobre todo cuando gran parte de las entidades financieras se encuentran en el extranjero<sup>61</sup> y existen carencias de coordinación interinstitucional para la aplicación oportuna de tales medidas a través de cartas rogatorias (*letters rogatory*<sup>62</sup>).

### C. El levantamiento de la reserva tributaria

Debemos partir por mencionar que la reserva tributaria, al igual que el secreto bancario, se encuentra comprendida en el numeral 5 del artículo 2 de la *norma normarum*, en tanto que su estructura y elementos que la componen se hayan previstas y reguladas en el artículo 85 del decreto legislativo 816 (Código Tributario).

Como bien sabemos, el levantamiento de la reserva tributaria ubica su procedimiento y pautas en el artículo 236 del nuevo CPP:

1. El fiscal debe solicitar el levantamiento de la reserva tributaria directamente al juez penal.
2. El juez penal, de encontrar amparable el pedido del fiscal, ha de formular un requerimiento a la administración tributaria<sup>63</sup> respecto de:
  - a) «Exhibición» de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder.
  - b) «Remisión» de información, documentos y declaraciones de carácter tributario que tenga en su poder.

Sobre el particular, reflexionando sobre la ejecución de esta medida, la cual se relaciona con una parte muy sensible de la esfera de protección de los derechos amparados en la *norma normarum*, tanto en el caso de levantamiento del secreto bancario como de la reserva tributaria, las autoridades fiscales y judiciales deberán

---

60 Gálvez Villegas, 2004, p. 239.

61 Rose-Ackerman, 1999, p. 190.

62 Cfr. Convención Interamericana sobre Exhortos o Cartas Rogatorias, adoptada en Panamá en 1975, donde se establece dicho término en el idioma inglés.

63 Arias Minaya (2011, pp. 366 y ss.) resalta la importancia de la Sunat en la lucha contra el lavado de dinero dado que, en sus procesos de fiscalización tributaria si está obligada a detectar incrementos patrimoniales que no son consistentes con los ingresos declarados.

proceder con suma cautela y siempre que exista motivo fundado para recabar dicha información, precisamente por lo sensible que resulta a los derechos que la misma Constitución reconoce a las personas<sup>64</sup>.

Sobre el rol que juega el contenido de dicha información, se puede precisar que la que proporcione la administración tributaria respecto a las declaraciones o pagos que hubiese realizado el investigado, nos dará una idea exacta de las declaraciones que el imputado no hizo respecto al patrimonio que ostenta y que quiere demostrar su licitud<sup>65</sup>; pues, como se sabe, ordinariamente pretenderá probar que el incremento patrimonial determinado en la investigación proviene de operaciones lícitas, pero como no las ha declarado, se constituye en un indicio de su ilicitud<sup>66</sup>.

#### **D. El levantamiento del secreto de las comunicaciones**

A manera de preámbulo, es necesario recordar que, de acuerdo al inciso 6 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, es garantía constitucional de la persona el derecho a la protección de datos personales: «Toda persona tiene derecho: 6. A que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal y familiar». El alcance del precepto constitucional citado es recogido por el artículo 13 del Texto Único Ordenado del Reglamento General de la Ley de Telecomunicaciones, amparando el derecho a la inviolabilidad y secreto de las telecomunicaciones, fijando que los concesionarios de los servicios públicos de telecomunicaciones están obligados a salvaguardar el secreto de las comunicaciones y la protección de los datos personales<sup>67</sup>. Efectivamente, esta medida debe ser excepcional y cuidadosa de no afectar el derecho a la intimidad de las personas en los aspectos no sometidos a investigación<sup>68</sup>.

Por otro lado, la medida de levantamiento del secreto de las comunicaciones en las investigaciones de lavado de activos puede estar dirigida, por ejemplo, a:

- a) La autorización para la recopilación de información relacionada a registros de llamadas telefónicas entrantes y salientes (incluso en tiempo real)

---

64 Sánchez Velarde, 2009b, p. 319.

65 García Cavero, 2011, p. 68.

66 Gálvez Villegas, 2004, pp. 239 y ss.

67 Sobre el principio de autodeterminación informativa o protección de datos personales, ver las sentencias 1797-2002-HD/TC, 04739-2007-PHD/TC y 0051-2010-HD/TC.

68 Sánchez Velarde, 2009b, p. 315.

que puedan proporcionar las empresas de telefonía móvil, así como de mensajes de texto o de voz y correos electrónicos.

- b) La apertura y lectura de contenido de disco duro de equipos informáticos, incluso dispositivos de almacenamiento digital o analógico y archivos, aún cuando posean contraseña.

### E. La interceptación, incautación y apertura de correspondencia

También el artículo 12 del DL 1106 regula dentro de las «facultades especiales» para la lucha contra el lavado de activos, las cuales pueden ser utilizadas por el fiscal a cargo de las investigaciones. La primera de ellas es la interceptación, incautación y apertura de correspondencia (*postal interception*), para lo cual aquel deberá solicitar su autorización al juez. Aquí, la norma prevé la realización de la medida de interceptación, incautación y apertura de correspondencia, aún cuando esta se encuentre bajo nombre supuesto o identidad falsa, siempre que tenga conocimiento de que se trata del investigado. Esta regla permisiva encuentra su fundamento en poder contrarrestar abiertamente la tipología usada habitualmente por los lavadores consistente en el uso de *identidades falsas*<sup>69</sup>.

Dentro de la correspondencia objeto de la medida, se incluye aquella que, en razón de las especiales circunstancias se presumiera que emana del investigado o existan «motivos razonablemente fundados» para inferir que existe información útil para la investigación. El criterio político-criminal seguido por el legislador pasa por comprender a las empresas de mensajería especializada, tanto públicas como privadas, para el suministro de información sobre los detalles de envíos realizados por el imputado o direccionados hacia él, medida acondicionada para reducir el transporte o traslado de dinero en efectivo a nivel internacional o nacional y que es desarrollado en la tipología de estructuración conocida como «pitufo»<sup>70</sup>.

### F. La intervención y grabación de comunicaciones telefónicas

Bajo la misma perspectiva, el artículo 12 del DL 1106 también fija las pautas para que el fiscal pueda solicitar la intervención y grabación de comunicaciones (*interception of communications*) telefónicas, radiales, electrónicas u otras formas de

---

69 Aquí el fiscal podrá encontrar muchas veces que los nombres de las personas investigadas o que se encuentren relacionadas con la investigación no se encuentren registrados en el Reniec; sin embargo, ha de tener en consideración los alcances del acuerdo plenario 07-2006/CJ-116 sobre «cuestión previa e identificación del imputado».

70 Lamas Puccio, 2008, pp. 96 y ss.; Hernández Higuera, 2005, p. 170.

comunicación, en el marco de una investigación por delito de lavado de activos. Respecto al estándar de calidad probatoria que debe ir de la mano de la presente medida, San Martín Castro, analizando la jurisprudencia<sup>71</sup> de la CEDH, señala:

La ley que desarrolla la interceptación de comunicaciones, siguiendo la doctrina del CEDH en las Sentencias Kruslin, Huving y Valenzuela Contreras —sentencia de la CEDH del 24.4.1990 y 30.7.1998—, debe contemplar las siguientes cinco garantías:

- a) Que se definan las categorías de personas susceptibles de ser sometidas a vigilancia telefónica judicial;
- b) Que se identifique la naturaleza de las infracciones susceptibles de dar lugar a las escuchas;
- c) Que se fije un límite de duración de la ejecución de la medida;
- d) Que se determinen las condiciones de establecimiento del procedimiento de transcripción de las conversaciones interceptadas, incorporando las precauciones necesarias para conservar intactas y completas las grabaciones realizadas, a los fines del eventual control por el Juez y la defensa; y
- e) Que se determinen las circunstancias en las que se puede o debe realizar el borrado o la destrucción de las cintas<sup>72</sup>.

Manteniendo el eje central de la esencia de dicha medida, la doctrina coincide en afirmar que la medida procesal penal del enemigo no puede ser ilimitada temporalmente. A diferencia de lo que sucede con las medidas sustantivas, las medidas procesales tienen un límite máximo de tiempo. De esta forma, las escuchas telefónicas no pueden ser realizadas por siempre<sup>73</sup>. Particularmente, en Alemania la información recopilada en la intervención de las comunicaciones (*Telekommunikationsverbindungsdaten*) posee un carácter instrumental restringido; en ese sentido, Kai Ambos señala que, con respecto a los informes sobre los datos vinculados a las telecomunicaciones (§ 100g), limitaba también el anterior § 100h III la utilización de conocimientos en otros procesos penales que sirven a la averiguación de delitos catalogados (§ 100g I1) y que además esto se sigue ahora del (recién mencionado) § 477, 2.<sup>a</sup> Ap., 2.<sup>a</sup> oración<sup>74</sup>.

De cualquier modo, para la adopción de la citada medida deberá tenerse en consideración los *presupuestos generales* y el *procedimiento* establecidos

---

71 Cfr. Montero Aroca, 1999, pp. 35 y ss.

72 San Martín, 2012, p. 134.

73 Talavera Elguera, 2011, p. 43.

74 Ambos, 2009, p. 114.

en el artículo 230 del nuevo CPP, el cual se encuentra dentro del subcapítulo II sobre «la intervención de las comunicaciones y telecomunicaciones»; el cual, a su vez, pertenece al capítulo VII referido al «control de las comunicaciones y documentos privados». Al mismo tiempo, el citado dispositivo normativo prevé que el fiscal puede solicitar al juez penal la intervención y grabación de las comunicaciones telefónicas bajo dos presupuestos:

- a) Que existan suficientes elementos de convicción para considerar la comisión de un delito sancionado con pena superior a los cuatro años de privación de libertad —en este caso concreto el delito de lavado de activos.
- b) Que la intervención sea absolutamente necesaria para proseguir las investigaciones.

Por consiguiente, tanto el requerimiento del fiscal provincial<sup>75</sup>, como la resolución emitida por el juez penal, han de consignar mínimamente lo siguiente: nombres y apellidos de los afectados, dirección del afectado, identificación del medio de comunicación a intervenir y grabar, forma de la interceptación, alcance de la interceptación, duración de la interceptación y autoridad que ejecutará la medida. Por añadidura, el legislador, en el DL 1106, ha tenido a bien involucrar a las empresas vinculadas a este rubro a fin de obligarlas a prestar las facilidades necesarias para la realización de la diligencia y a guardar reserva acerca de la misma, salvo que sean citados como testigos. Pero lo que resulta útil en esta disposición es que aumenta el rango a terceros que reciben o realizan comunicaciones por cuenta del investigado<sup>76</sup>. Para concluir, la medida sometida a estudio ha de ejecutarse también previa orden judicial y además deberá ser un trámite «estrictamente reservado» y «sin conocimiento del afectado»; mientras que el tiempo de duración de dicha medida no podrá excederse de treinta días naturales, prolongándose por plazos sucesivos en forma excepcional.

Por la propia naturaleza que vincula al lavado de activos con organizaciones criminales, se ha apostado por insertar a la ley penal sobre la materia la utilización específica de esta medida<sup>77</sup>. Ahora bien, una situación que podría presentarse para el fiscal en el curso de las investigaciones con el uso de esta técnica es la aparición

---

75 Cfr. San Martín (2004, p. 55) señala que la intervención de las comunicaciones tiene dos fases: la recolección y el control a cargo del fiscal y que la intervención del juez se limita a la autorización de la intervención.

76 Cfr. Zaffaroni, 2006, p. 115; critica abiertamente que al permitirse la intervención de las comunicaciones privadas para individualizar a los enemigos, se afectará la intimidad de todos los habitantes, pues en esta búsqueda también se intervendrán las comunicaciones de miles de personas que no son enemigos.

77 Cfr. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, 2009, p. 309.

de nuevos hechos que evidencien la comisión de otras operaciones de lavado de activos, respecto de personas diferentes a las investigadas; en ese sentido, la doctrina mayoritaria<sup>78</sup> concluye que no habrá violación a las garantías constitucionales y que podrán valorarse los datos obtenidos relacionados a hechos independientes del investigado, mediando los siguientes requisitos:

- a) Legitimidad de la orden inicial (dispuesta con respecto a todos los resguardos legales).
- b) Desconocimiento previo de los hechos o datos ajenos a la investigación que podrían descubrirse (implica la buena fe de los funcionarios actuantes).
- c) Autorización expresa o tácita del magistrado que dispuso la intervención para que sean escuchadas en otra investigación.
- d) Señalamiento de la nueva información a la autoridad judicial competente y el pedido de una nueva intervención al juez si se quisiera seguir con la intervención, escuchando las conversaciones protegidas por el sistema constitucional.

Desde luego, no se debe perder de vista que la presente norma comprende también las comunicaciones electrónicas<sup>79</sup> y otras formas de comunicación<sup>80</sup>; claro está, alcanza además las comunicaciones por internet<sup>81</sup>, correo electrónico y mediante redes sociales como Facebook, Twitter, entre otros<sup>82</sup>.

## **V. TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACION APLICADAS POR LOS FISCALES**

### **A. La entrega vigilada**

La entrega vigilada (*controlled delivery*) es una de las modernas técnicas de investigación de lucha contra la criminalidad organizada utilizada por los fiscales, que ha pasado de un plano informal e improvisado a un plano de legitimidad y altamente técnico y operativo<sup>83</sup>.

---

78 Hairebedián y Gorgas, 2004, p. 163.

79 Bajo esa perspectiva es que resultará muy útil recurrir al apoyo de la División de Investigación de Delitos de Alta Tecnología, perteneciente a la Dirección de Investigación Criminal de la Policía Nacional del Perú.

80 Cfr. Goodman, 2003, pp. 4 y ss.

81 Cfr. Fernández Rodríguez, 2004, p. 199.

82 Mill De Pereyra, 2008, p. 120.

83 En efecto, la Convención de Viena de 1988 la promovió por primera vez en su artículo 11, al igual que la Convención de Palermo del año 2000.

Ahora bien, dicha técnica especial de investigación ha sido recogida en nuestro CPP en su artículo 340, bajo el nombre de «Circulación y entrega vigilada de bienes delictivos», siendo formalmente uno de los actos especiales de investigación. No obstante ello, el DL 1106 —nueva ley de lavado de activos—, lo desarrolla en forma específica en el artículo 14; así, su primer párrafo señala el siguiente texto legal:

Quando sea necesario para los fines de una investigación por el delito de lavado de activos, vinculado especialmente a la minería ilegal u otras formas de crimen organizado, y siempre que existan motivos razonablemente fundados para estimar que se produce el transporte de armas, explosivos, municiones, moneda falsificada, insumos químicos o cualquier otro bien de carácter delictivo, o cuando haya información de agente encubierto acerca de la existencia de una actividad criminal continua en ese sentido, el fiscal, de oficio o a instancia del procurador público, podrá disponer la realización de entregas vigiladas de objetos cuya posesión, transporte, enajenación, compra, alquiler o simple tenencia se encuentre prohibida.

A todo esto, el criterio abordado por el legislador encuentra un antecedente en el DL 824 (del 24 de abril de 1996), donde, en el artículo 29 de su título IV —«Procedimientos especiales de investigación policial»—, configuró los alcances de la remesa controlada y el agente encubierto para las investigaciones por delito de tráfico ilícito de droga.

A continuación, la operatividad de esta medida encuentra su fuente de dos formas<sup>84</sup>: *directa* e *indirecta*. En la primera, la información devendrá de las actuaciones propias realizadas en la investigación que brinden motivos razonables y datos objetivos de la existencia de actos de transporte de objetos ilícitos. En cambio, en la segunda, dicha información vendrá suministrada por un agente encubierto en relación a una actividad que se desarrolla en forma permanente.

Un punto medular a considerar gira en torno a la *autoridad competente* para su realización, planificación y ejecución en el marco de las investigaciones de lavado de activos. Así, al igual que lo establecido en el inciso 1 del artículo 340 del nuevo CPP, será el fiscal quien podrá autorizar la viabilidad de dicha medida; pero esta podrá ser de oficio o a pedido de la procuraduría pública correspondiente,

---

84 Williams y Savona (1996, p. 59) sostienen que la experiencia de muchos países sugiere que existen muchas ventajas a ser tomadas en el uso de información obtenida con la ayuda, entre otros, tanto de la remesa controlada y los agentes encubiertos, como de métodos de investigación preliminar para la recolección de evidencia.

pues también comprende un rol activo dentro de las investigaciones de lavado de activos<sup>85</sup>.

La *oportunidad procesal* en que debe desarrollarse la entrega vigilada, especialmente en materia de lavado de activos, es la que corresponde a la etapa de la investigación preliminar; es decir al inicio de las primeras diligencias adoptadas por el fiscal. Con igual criterio, la doctrina calificada concluye que, tanto para los tratados internacionales como para el derecho interno de los países, la entrega vigilada debe tener lugar en la etapa de la investigación preliminar. Por lo general, este procedimiento se aplica durante la etapa prejurisdiccional y con anterioridad a la formulación de la denuncia fiscal<sup>86</sup>.

En otro plano, la *aplicación* de la técnica especial de entrega vigilada a las investigaciones de lavado de activos resulta muy efectiva en tanto existan dos componentes objetivos: regulación de su procedimiento y no existencia de obstáculos legales formales para su desarrollo<sup>87</sup>. En ese sentido, Gilmore desataca que, «aún donde es claro que los fondos son de origen criminal, una operación de entrega vigilada [...] puede ser de gran valor en ayudar a identificar y recolectar evidencia, tanto como sea posible, en contra de los criminales involucrados, ofreciendo una vía hacia los criminales de más alto nivel y los propietarios beneficiados de los fondos<sup>88</sup>. Por su parte, Stessens advierte su utilidad incluso desde que algunas operaciones sospechosas de lavado de activos son detectadas solo a nivel financiero, partiendo por denominarlo «lavado de activos vigilado»<sup>89</sup>. Otro autor que resalta las bondades de esta técnica en las investigaciones de lavado de activos es Bowden, quien incluso sostiene que no deberían existir obstáculos en los sistemas legales para el uso de las técnicas de entrega vigilada, incluyendo la autorización judicial para la realización de tales operaciones<sup>90</sup>.

Respecto a la «entrega vigilada internacional» —que puede ser utilizado en el ámbito de las investigaciones de lavado de activos—, el nuevo CPP desarrolla, en sus artículos 550 a 553, los presupuestos para su ejecución. Un primer componente que se encuentra regulado en rigor por el artículo 550 es la disposición de entrega vigilada al exterior, el cual señala que la fiscalía provincial del lugar donde ocurra

---

85 A manera de ilustración, podemos señalar que una de las formas que expresa mejor la participación de la procuraduría pública especializada en delito de lavado de activos y procesos de pérdida de dominio es su intervención en las declaraciones de los investigados en representación de la defensa del Estado.

86 Prado Saldarriaga, 2009, p. 200.

87 Páucar Chappa, 2013, p. 143.

88 Gilmore, 1999, pp. 129 y ss.

89 Stessens, 2000, p. 175.

90 Bowden, 1997, p. 56.

el hecho, previa coordinación con la Fiscalía de la Nación y mediando solicitud expresa y motivada de la autoridad competente extranjera, podrá autorizar la entrega vigilada con el fin de descubrir a las personas implicadas en delitos de naturaleza internacional o transnacional y de entablar acciones penales contra ellas.

El artículo 551, por su parte, introduce tres pautas importantes, entre ellas, lo concerniente a la «jurisdicción nacional»; pues este dispositivo normativo señala que la Fiscalía de la Nación es quien resguarda que el ámbito de la jurisdicción nacional no se limite indebidamente, lo cual resulta trascendental. Al respecto, Prado Saldarriaga opina: «Merece un comentario especial la preocupación del derecho peruano por evitar que se afecte la jurisdicción nacional<sup>91</sup>».

## B. El agente encubierto

Si bien es cierto, la nueva ley de lavado de activos no hace un desarrollo individual de la técnica especial de investigación denominada «agente encubierto» (*undercover agent*), se hace mención a su utilización; pues señala la norma que una de las reglas que se conjuga con la participación del agente encubierto dentro de los actos de *entrega vigilada* es que este solo está facultado para entregar por sí o por interpuesta persona el objeto de la transacción ilegal, o facilitar su entrega por iniciativa del investigado, es decir que la circulación de la mercancía ilícita deba ser propiciada por el investigado y no provocada por el agente encubierto. Y es que la participación de agentes encubiertos en las investigaciones de lavado de activos es una práctica constante<sup>92</sup> y de gran apoyo para el acopio de información básica para conocer aspectos fundamentales de las organizaciones criminales: quiénes son, a qué actividades se dedican, en qué espacio o ámbito desarrollan sus actividades, entre otros, tal como lo fue en su momento la famosa «Operación piscis» dirigida por la DEA en Estados Unidos<sup>93</sup>.

En el derecho comparado, Reuter y Truman inciden en su alta efectividad para alcanzar los objetivos de la investigación de lavado, señalando que una de las técnicas de investigación que ha recibido mejor acogida es la autorización explícita, mediante la ley norteamericana contra el tráfico de drogas de 1988, para el uso de operaciones encubiertas con la finalidad de obtener evidencia de lavadores de dinero convictos, el cual ha probado ser una herramienta importante de persecución<sup>94</sup>. Ahora bien, el íntegro del procedimiento a seguir para el desarrollo de esta técnica

91 Prado Saldarriaga, 2009, p. 207.

92 Cfr. extradición 35-2009/Callao, del 18 de mayo de 2009, Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema.

93 Páucar Chappa, 2013, p. 147.

94 Reuter & Truman, 2004, p. 68.

especial requiere cumplir lo señalado en el artículo 341 del nuevo CPP; el que, de conformidad con la primera disposición complementaria, transitoria y final de la ley 28950 (publicada el 16 enero de 2007), entró *vigencia* en todo el país desde el día siguiente de su publicación.

De tal forma, dicha técnica especial de investigación, por su especial naturaleza procedimental, debe ser utilizada en diligencias preliminares; pero, además, deberá verificarse dos supuestos. El primero es que estas vayan a afectar directa o indirectamente actividades realizadas por la criminalidad organizada; y segundo, que concurren indicios mínimos para su perpetración o comisión.

Al final, luego de corroborarse materialmente ambos presupuestos, el fiscal tiene la potestad de otorgar autorización a miembros especializados de la Policía Nacional del Perú sobre tres puntos específicos:

1. Realizar operaciones bajo identidad supuesta, que puede ser creada, ficticia, reemplazada, interpolada de algún miembro ya existente de la organización, etc.
2. Adquirir y transportar los objetos, efectos e instrumentos del delito; en este caso específico —delito de lavado de activos—, dinero, bienes, efectos o ganancias ilícitas.
3. Diferir la incautación de los mismos, lo cual constituye una de las facultades más importantes; pues de esta forma se conceden más posibilidades para poder recopilar información valiosa tanto para la operación como para la investigación.

La autorización ha de expedirse a través de una disposición fiscal y teniendo en cuenta su necesidad a los fines de la investigación, motivando tal decisión en qué objetivos concretos —generales y específicos— se desean alcanzar o conseguir con dicha técnica especial. Luego de haber aprobado la designación de los agentes encubiertos, en la misma disposición fiscal se deberá consignar el nombre verdadero y la identidad supuesta con la que actuarán en el caso concreto.

Un punto crítico radica en el «plazo de vigencia» de la autorización concedida al agente encubierto. Aquí la norma, como regla general, concede un plazo de seis meses; sin embargo, por la propia naturaleza de la medida, este tiene carácter flexible, pues puede ser extendido o prorrogado por el fiscal por períodos de tiempo iguales, en tanto la supervisión ofrezca muestras de condiciones mínimas para su operatividad, para lo cual los agentes quedan legítimamente habilitados a participar en el tráfico jurídico y social bajo tal identidad, en la medida que ello se encuentre en proporción y relación directa con la investigación concreta.

Resulta muy interesante la previsión que tuvo el legislador de insertar una figura derivada del agente encubierto, que es el «agente informante»; el cual viene a ser un ciudadano que, por el rol o situación en que está inmerso dentro de una organización criminal, opera para proporcionar las evidencias incriminatorias del ilícito penal, no debiendo perderse de vista que aquel no necesariamente ha de ser un colaborador eficaz, pues puede tratarse de un agente neutral (abogado, médico, vendedor, ama de llaves, etc.) que no tiene ninguna responsabilidad penal.

Todo el ritual descrito precedentemente tiene como objeto recabar *información* importante para los fines de la investigación; en este caso concreto, por delito de lavado de activos. Dicha información, por ejemplo, puede estar relacionada a aspectos como:

1. Posible existencia de cuentas bancarias en entidades financieras del exterior.
2. Vínculo con terceras personas que puedan ser usadas o brinden sus servicios como testaferros.
3. Identificación de personas involucradas con operaciones de lavado de activos específicas.
4. Ubicación de propiedades en provincia y que no se encuentren registradas formalmente.
5. Antecedentes financieros de las personas involucradas que no se encuentran documentados en alguna base de datos, entre otros.

La norma prevé dos posibilidades para la reserva de la identidad del agente encubierto:

1. La primera se puede dar al término de la investigación donde intervino, es decir, diligencias preliminares.
2. La segunda posibilidad para la reserva es en curso de un proceso instaurado, en este caso, deberá existir un acuerdo plasmado en una resolución judicial debidamente motivada, asimismo, deberán existir motivos razonables para prever que la revelación de la identidad del agente encubierto o agente especial «informante» originará un peligro a sus vidas, integridad o libertad, o incluso que justifique la posibilidad de mantenerlos operando.

El otro punto gravitante de la actuación propia de los agentes encubiertos en las investigaciones por delito de lavado de activos estriba en la posibilidad de afectación de derechos fundamentales. En estos casos, la norma fija como pauta obligatoria la solicitud de una autorización al juez de la investigación preparatoria para los casos que establezca la Constitución y la ley, solicitud que deberá ser

tramitada en reserva. En cuanto a las coordinaciones y colaboración en materia de investigaciones encubiertas, la doctrina ofrece como visión cruda y real, la falta de información actual en este dominio<sup>95</sup>.

**VI. PROPUESTA DE *LEGE FERENDA* PARA LA REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS ESPECIALES DE INVESTIGACIÓN Y MEDIDAS RESTRICTIVAS DE DERECHOS EN EL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS**

Si bien es cierto, actualmente se han incorporado, en el DL 1106, técnicas especializadas que el fiscal puede adoptar en una investigación por delito de lavado de activos, la praxis demuestra que estas no son suficientes en la medida que no se encuentran reglamentadas integralmente; por consiguiente, urge regular sus aspectos técnicos y operativos, tales como «presupuestos», «perfil de los agentes encubiertos», «contrainteligencia», «cadena de custodia», «investigaciones internacionales», «autoridades competentes» y «plazos de duración».

Se hace completamente necesario que se regule también los criterios de admisibilidad y procedencia de las medidas limitativas de derechos a efectos de no obstaculizarse la labor de los fiscales. La praxis demuestra igualmente que todos los órganos jurisdiccionales tienen criterios diferentes y no uniformes.

Proponemos el siguiente texto para el DL 1106, artículo 7, segundo párrafo: «Las medidas restrictivas de derechos solicitadas por el Fiscal deberán ser declaradas procedentes, bajo responsabilidad, si el pedido acredita identificación completa de los afectados, la forma, alcances, duración y autoridad que ejecutará la medida, y cuenta con indicios suficientes que la sustenten».

---

95 Passas & Groskin, 1995, p. 301.