

UNIVERSIDAD PERUANA DE LAS AMÉRICAS

FACULTAD DE DERECHO

INSTITUTO DE INVESTIGACIÓN



INFORME DEL TRABAJO DE INVESTIGACIÓN

**EL PLAZO EN LA INVESTIGACIÓN PREPARATORIA DEL
DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS, PERÚ.**

INVESTIGADORES:

CONCEPCIÓN PASTOR, LUIS

CARBONELL PAREDES, ANGÉLICA

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN: Derecho penal y procesal penal

Sublínea: Lavado de activos

LIMA, PERÚ

2018

Resumen

Este trabajo analiza y describe la importancia de la operabilidad del plazo en la investigación preparatoria del delito de lavado de activos; dado a que resulta inoportuno e incongruente a la naturaleza de la investigación por:

1. La pluralidad de sujetos activos, distinguidos por un perfil de alto nivel: económico- político-social y jerárquico
2. La conectividad variada de actos ilícitos
3. La extensión globalizada del contexto criminal (local, regional, nacional e internacional)

Los delitos de mayor incidencia pre-escénica criminógena son: contrabando, minería ilegal, tráfico ilícito de drogas, delitos contra la administración pública, trata de blancas.

Palabras clave: Lavado de activos, investigación preparatoria, pluralidad de sujetos, incidencia escénica criminógena.

ÍNDICE

Carátula.....	1
Resumen.....	2
Índice.....	3
Introducción	6
1. Antecedentes institucionales de concientización al delito de lavado de activos.	08
2. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional	10
3. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.....	10
4. La Organización de Estados Americanos	11
5. Legislación nacional sobre lavado de activos.	14
6. Definición de lavado de activos	15
7. Elementos característicos del acto criminal de lavado de activos.....	18
8. Empresas o formas de empresas de fondos en lavado de activos, según la Unidad de Inteligencia Financiera del Perú.....	19
8.1. Empresas de transferencias de fondos	19
8.2. Amnistías tributarias	19
8.3. Adquisición de loterías y juegos de azar ganadores.....	20
8.4. Ocultamiento bajos negocios lícitos.....	20
8.5. Utilización de cuentas de terceros.....	21
8.6. Créditos ficticios.....	21
8.7. Fondos colectivos.....	22
8.8. Metas e incentivos.....	22

8.9. Sobrefacturación de exportaciones	23
8.10. Estructura o hacer “trabajo de pitufo” o trabajo hormiga.	23
8.11. Complicidad de un funcionario u organización	24
8.12. Negocio o empresa de fachada.....	24
8.13. Mal uso de las listas de clientes habituales.....	25
8.14. Transferencias electrónicas.....	25
8.15. Transferencias entre corresponsales.....	26
8.16. Cambiar la forma de productos ilícitos por medio de compra de bienes o instrumentos monetarios.....	27
8.17. Ventas fraudulentas de bienes inmuebles.	27
9. Características criminológicas del lavado de activos.....	27
9.1. La lesividad del lavado de activos en el sistema económico.	28
9.2. El modelo de fases del lavado de activos:.....	28
A. La colocación.....	29
B. El ensombrecimiento.....	30
C. La integración	32
D. Conductas periféricas	33
10. la criminalidad organizada multiagente del lavado de activos.....	34
11. La Convención de Naciones Unidas de Palermo del 2000.	37
12. Crimen organizado.....	39
13. Características principales del crimen organizado:	42
13.1. Existencia de una organización para cometer el negocio criminal	42
13.2. La posición y suministro de servicios y bienes legales e ilegales.....	42
13.3. La búsqueda de beneficios económicos y el empleo del blanqueo de capitales	42

13.4. Continuidad y tradición en el negocio.	43
13.5. Utilización de la violencia hacia el interior y el externo de las organizaciones	43
13.6. Utilización de formas de corrupción en el desarrollo del negocio criminal. ..	43
13.7. Confusión con empresas legales.	44
13.8. Desde una perspectiva material:	44
a) Una organización criminal con cúpula de mando.....	44
b) Jerarquía con modelo de estratificación.....	44
c) Especialización criminal	45
d) Finalidad permanente de delinquir.	45
e) Objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política.....	46
f) Utilización de una sofisticada logística.	47
g) Transnacionalidad directa o vínculos internacionales.	47
h) Niveles de disciplina, fungibilidad de miembros inferiores y distribución de roles..	48
i) Capacidad de corrupción, penetración y vinculación con centro de poder estatal...	48
j) Sentido de pertenencia de los miembros a la organización.....	48
14. La prueba indiciaria.....	50
14.1. Introducción	50
14.2. Antecedentes históricos.....	55
14.3. Presunciones.....	68
14.4. Prueba indirecta y prueba indiciaria.....	77
Referencias bibliográficas.....	

INTRODUCCIÓN

El plazo en el delito de lavado de activos, o blanqueo de dinero, es de categórica importancia en la investigación preparatoria, teniendo en cuenta, que es, en este acto, en el cual debe determinarse la comisión, responsabilidad e individualidad del ilícito, en cuestión; pero dada la complejidad de la acción, la práctica nos ha demostrado que el plazo señalado, resulta deficiente; consecuentemente muchas veces no se concluye la investigación, y la causa termina en un sobreseimiento. Y el Estado es el perdedor. Tanto por dejar de ejercer autoridad como por recabar medios económicos por concepto de resarcimiento y reparación civil.

Ocho meses o dieciséis meses, no es suficiente para poder establecer responsabilidad de la comisión ni en los delitos previos, denominados de conexión o de base; tráfico ilícito de drogas, terrorismo, delitos contra la administración pública, secuestro, extorsión, proxenetismo, trata de blancas, tráfico ilícito de migrantes, defraudación tributaria, delitos contra el patrimonio en su forma agravada, minería ilegal y otros; sin contar el escenario criminal, que es global por el establecimiento de sus redes a nivel nacional e internacional, por lo que el Tribunal Constitucional, ha solicitado vía sentencia: Exp. N° 03987-2010-HPC/T:

En este orden de ideas el Tribunal Constitucional, exhorta al Poder Legislativo; la modificatoria del plazo previsto, para los fines de investigación en delito de lavado de activos y de tráfico ilícito de drogas, a efectos de evitar la impunidad; ya que vencido el plazo se puede ordenar la conclusión de la investigación preparatoria con lo cual el Estado pierde autoridad para sancionar. Por lo que pensamos que el plazo,

en el debido proceso, elementalmente para estos fines y en general, debe ser oportuno a la correspondencia y pertinencia; sin trasgresiones por dilación ni por brevedad.

Contexto político criminal del delito de lavado de activos

En verdad, no podemos hablar de los términos político-criminal, en lavado de capitales, sin referirnos a la gestión de movimiento que realizan los llamados “partidos políticos”, ya que por fragilidad ideológica; ya no existen, son agrupaciones más bien con ideas personales; fuertemente influenciadas por el régimen blanqueo de dinero; de distinto origen, naturaleza o función; pero de lavado; que además corre con gran velocidad por amplitud de escenario criminal que poseen, agrupados en todo contexto nacional o en su defecto por estados o federaciones, basta que haya un grupo de personas con interés de ganar- ganar, en el ámbito en el que se encuentre. Sino, pensemos en los inicios de la organización del hombre sobre la tierra, como es el caso de la usura (interés por el contrato de préstamo) Moisés, líder hebreo; prohibió la usura entre judíos, pero permitió usura con extranjeros y la biblia prohibía el mutuo oneroso.

1. Antecedentes institucionales de concientización frente al delito de lavado de activos

Entre los primeros antecedentes del delito de lavado encontramos sanción de penas espirituales, establecido en la Biblia por estar prohibido el mutuo oneroso, más adelante vemos la presencia de ilícito en el ocultamiento de las ganancias que se obtenían por el oro robado por los corsarios, el producto del contrabando (España, Portugal, Inglaterra, Holanda-1976-) luego se perfecciona a principios del siglo XX, hasta ubicarse como un mal o un bien entrecomillas en las economías anómalas.

El primer instrumento internacional, que establece una legislación doméstica represiva de blanqueo de bienes ilegales que proceden de actividades ilícitas, aunque restringida a TID, únicamente es aquél que fue dado en la Convención de Viena. Por lo que podemos observar siempre que se hizo algo para punir estos actos y a sus actores; pues era imprescindible el plazo, sino la punición elementalmente; sin embargo al transcurrir del tiempo vemos que las distintas puniciones vigentes requieren una modificatoria respecto del plazo en la etapa de la investigación preparatoria a efectos de poder comprender la multiplicidad de activos y comisiones pertinentes.

La punición de este tema, toma el nombre de lavado, en EE.UU. donde al disfrazar el dinero producto del contrabando de bebidas alcohólicas, prostitución, extorsión de tráfico de armas, que por ser pagado en efectivo se

mesclaba con pago de lavado de textiles, impidiendo a los norteamericanos distinguir el hecho propiamente dicho lavado o no.

Pero cuando rebaza el reciclaje de dinero a consecuencia del tráfico ilícito de drogas. Se celebran convenios regionales, se crean iniciativas policiales y un exorbitante número de organizaciones supranacionales dedicadas al monitoreo y reforzamiento del control policial internacional, Omar G. Orsi (2009).

2. Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional

ONU 1998: La delincuencia es una organización transnacional; cuyos rasgos:

- a) Es una organización, grupo estructurado de tres o más personas
- b) Es temporal; existe durante cierto tiempo
- c) Tener como fin la obtención directa o indirecta de un beneficio económico
- d) Comisión u omisión de penas máximas
- e) Intrínseca relación de la organización con los capitales de ilícito origen

Como vemos este Tratado de Convención es una corroboración del Tratado de Viena, reiterando el rol central que tienen todas las instituciones convencionales que se agrupan a fin de hacer frente a las organizaciones criminales transnacionales; por ellos ambos tratados, buscaban punir a los gestores, organizadores, estrategas, financiadores y encubridores del lucro obtenido vía acciones delictivas, debido a que las ingentes sumas de dinero inyectadas en la economía lícita generan un serio peligro (C.NN.UU. Contra la Delincuencia Organizada Transnacional-2003).

3. Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción

Bien sabido es que como EE.UU. es la locomotora de Latino América Y un gran brazo de Europa, bueno del mundo digámoslo, pues por ello allí se celebra la mayor cantidad de convenios de control de la criminalidad y sobre todo tratándose de limpiar capitales; por temas que hemos mencionado líneas arriba.

Esta Convención se celebró en Mérida, México, por los datos que encontramos, vemos que el fin es influenciar a las demás legislaciones del mundo, para hacer frente a este flagelo que avanza con pasos claros y seguros en base un conglomerado de delitos subyacentes Sourriganes (1990)

4. ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS

La OEA, vía la Asamblea Nacional aprueba en 1986, los Estados miembros sostuvieron que se establezca una norma que tipifique como delito el lavado de activos, relacionados con el tráfico ilícito de drogas y que facilite la identificación, el rastreo, la aprehensión, el decomiso y la confiscación de tales activos; consecuentemente el 23 de mayo de 1992, una comisión de expertos de la CICAD, conformada por trece países miembros de la OEA, elaboró el “Reglamento Modelo Concerniente a Delitos de Lavado relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y sus Delitos Conexos”. Reconoce además que la tipificación del lavado de dinero por este delito, emana de la Convención de las Naciones Unidas.

La norma de la Asamblea Nacional de la OEA, reproduce a su vez la política seguida por la Unión Europea y las Naciones Unidas, créase la Convención Interamericana contra la Corrupción, Cartesana Fernández (2004)

La Recomendación R (80) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros; declara que la transferencia de capitales de origen criminal de un país a otro, para su blanqueo, mediante reinserción en línea económica limpia, origina nuevos delitos, contextualizando el crimen a nivel nacional y transnacional. Por lo que se exigía a los firmantes el cumplimiento de las medidas que coadyuven el intercambio de aseveraciones vinculadas y la comparación de informaciones que

correspondan, el esclarecimiento delincencial. Otra iniciativa de gran relevancia es el Convenio de Estrasburgo, sobre seguimiento, embargo y confiscación de los productos del delito de lavado. Para actuar con estricta eficacia en esta comisión, sin tener en cuenta el lugar donde se produzca el acto, imponiendo, además el impedimento del secreto bancario como obstáculo para obtener la información necesaria. Siguiendo la ruta de antecedentes encontramos, la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (91/308/CEE), que con carácter de obligatoriedad señala; que el blanqueo de capitales es especialmente lesivo para las instituciones financieras y de crédito, dañando no sólo la credibilidad sino también el sistema financiero. Este daño se extiende a las organizaciones criminales de rango alto y acrecienta la lista variada de ilícitos; por supuesto que sobre todo apunta a los de TID.; pero deja abierta la posibilidad a todos los estrados miembros incorporar los delitos a los que dé lugar el lavado de activos, aun cuando el delito subyacente se haya cometido en otro país.

Alvares Pastor (1998), queda claro que afecta la credibilidad y rentabilidad, veamos, ningún empleado, querrá que le depositen sus honorarios en un banco que tiene problemas de lavado, menos aún; será objeto de credibilidad para capturar cuentas de ahorro y otras.

El crimen organizado, producto del lavado de dinero, ha propiciado y sigue promoviendo la creación de distintas organizaciones humanas, con fines de controlar y prevenir este flagelo que sin límites está soterrada o abiertamente avanzando cual red amalgamada para limpiar el dinero sucio. Entre éstas, encontramos los grupos:

FATF Financial Action Task Force o GAFI Group d' Action Financiere Sur de Blanchiment de Capitaux, convocada por la Cumbre Económica de Paris de 1989; porque este grupo; conocido como el de las 40 Recomendaciones, tendentes a establecer un programa multilateral de judicialización y procedimientos de extradición, incluye mejoras de represión.

Otros grupos como el APG; Asia Pacific Group on Money Laundering, el ESAAMLG o Grupo antibloqueo de África del Sur y del Este, el Grupo de Acción Financiera del Caribe, el grupo de Acción Financiera de América del Sur, estas instituciones, recogen tal cual las 40 Recomendaciones del GAFI e incorporan otras 19 sugerencias en el Caribe, a fin de adoptarse a lo dispuesto por el CICAD/OEA.

El Convenio Centroamericano para la Prevención y la Represión de los Delitos de Lavado de Dinero y de Activos Relacionados con el Tráfico Ilícito de Drogas y Delitos Conexos, donde suscriben: Nicaragua, Costa Rica, El Salvador, Honduras, Guatemala y PNAMÁ, documento basado en el de la Convención de Viena, en el del PNUFID y el modelo de la CICAD.

Comentario aparte requiere el GAFISUD, grupo que cobró vida en la cumbre de las Américas, momento en cual se sancionaba a treintaicuatro (34) jefes de Estado, de modo a fin de implementar dicha medida se realizó sendas reuniones de ministros en: Santiago de Chile, Buenos Aires y la primera Cumbre de Presidentes fue en Brasilia.

El Grupo Egmont, constituido en Bruselas en 1995, integrado por; EEUU, Bélgica y Reino Unido. Que establece la estructura de análisis y de los alcances y funciones

que deben desempeñar los organismos administrativos que operan como filtro en la detección de las actividades ilícitas, Diez Ripollés, J. (1994)

Elementos de primera línea en lavado de activos es Estados Unidos de Norteamérica, bajo la administración Reagan, obligando el inicio de una concentración a nivel internacional en el contexto legislativo y policial a través del FinCen a los que se suman; el TRACFIN (Francia), el NCIS (Reino Unido, el MONT (Holanda), el CTIF en Bélgica y la AUSTRAC (Australia).

La Legislación Española, también ha influenciado grandemente; vía la política, teoría, y su producción académica que a su vez ha servido para la normativa, ha sido de mayor consulta en este campo.

Como podemos notar, pues el tiempo es imprescindible en todo contexto en que se accione un evento de cualquier índole; de modo que de mayor envergadura será importancia en la investigación preparatoria del delito, dada la naturaleza del mismo; tanto por los actores criminales, como por las conductas punible cometidas.

5. Legislación nacional:

En el Perú, recién en los ochenta; vía el Decreto Legislativo N° 736, inspirado en la ley 23737, como fuente principal; sin embargo este dispositivo legal no obtuvo ratificación por temas de carácter político, y más bien se cambió por la Ley N°25404, que fue asimilada al Código Penal En el Art. 195 Agravando el delito de Receptación patrimonial.

Posteriormente en mérito a lo estipulado por la Convención Americana se da Decreto Legislativo 122, debido a que se vivía una ardua lucha contra el delito de

Tráfico Ilícito de Drogas (TID) y la presencia de muchas organizaciones criminales, el legislador, aprovecha e incluye la criminalización de procesos de lavado de bienes que son producto de crímenes; pero la actividad criminal de TID seguía creciendo de modo Paso seguido la Ley N° 27765/jun/2002, le brinda autonomía al delito de lavado de activos, porque lo separa de TID , estableciendo reglas previas de investigación al delito previo y para el mismo lavado de activos. Esta ley 27765 no tuvo gran imperancia, porque era necesario endurecer las sanciones del flagelo y fue modificada Por el Decreto Legislativo 9867/2007; justamente produjo notables mutaciones en el Código Penal al respecto. Lo modificatoria de mayor connotación fue la de señalar como un elemento objetivo del delito, obstruir, impedir o dificultar la incautación o decomiso de los bienes que provienen del delito.

Sin embargo, como la criminalidad no se detiene y la sociedad tiene que mantenerse al paso de ella para contrarrestar su operatividad, entonces en abril del 2012, se aprobó el Decreto Legislativo N°1106 , de Lucha eficaz Contra el Lavado de Activos y Otros Delitos relacionados a la Minería informal y al Crimen Organizado. Nosotros entendemos, que ser eficaz no significa ser represivo, ni vulnerante de los derechos humanos.

6. Definición de lavado de activos

El lavado de activos es un fenómeno de alta complejidad, de carácter multiofensivo; porque involucra un cúmulo de conductas ilícitas por no decir criminales; de un lado el blanqueo del dinero, de origen comprobadamente delictivo

y del otro, sociedades o asociaciones legalmente constituidas, perdurables en el tiempo. Estas unidades integrantes del lavado, surgen semánticamente con independencia y las comisiones u omisiones se producen de la misma manera de forma individual como manda y juzga el Derecho Penal. De modo que cada conducta tiene; su fin, acción y sanción correspondiente e independiente, pero todos confluyen en una organización criminal; cuyo patrón determinante es el dinero a lavar.

Veamos otras definiciones; pero siempre basadas en la heterogenia homogeneidad del bien y el mal; es heterogénea porque deviene de un crimen (mal) y va a otro homogéneo Aranjuez Sánchez (2002) .Es la incorporación de capitales ilícitamente obtenidos a los círculos económicos legales.

Palma Herrera (2000) El blanqueo de capitales es un tipo de delincuencia organizada, sigue un modelo empresarial de tipo piramidal, con reparto jerárquico de funciones, sin embargo para su tipificación tal cual la ley señala; sólo si reúne los presupuestos.

Castañeda (2015) El lavado de activos, es fenómeno antiguo, cuya actividad delictiva siempre ha estado encaminada al aprovechamiento de las ganancias obtenidas ilícitamente, los Estados han atacado las ganancias del delito desde su aparición hasta la fecha soterradamente. Desde la antigua roma se hablaba de - **pecunia non olet- el dinero no tiene olor-**, esto es el dinero no deja rastros.

El término compuesto blanqueo de dinero, tiene varios sinónimos; pero todos conducen a la única finalidad que es la de ocultar dinero producto de distintos actos

criminales en grupos económicos legales, inversión en bienes muebles o inmuebles, en servicios distintos de atención a la comunidad.

Gómez Iniesta (1994) Es aquella operación a través de la cual el dinero de origen ilícito (procedente de un delito grave, es ocultado sustituido y restituido a los circuitos legales, de tal forma que puede incorporarse a cualquier tipo de negocio, como si se hubiera obtenido de forma lícita.

Diez Ripollés (1994) Procedimiento a través de los cuales se aspira introducir en el tráfico económico financiero legal los cuantiosos beneficios obtenidos a partir de la realización de determinadas actividades delictivas especialmente lucrativas, posibilitando un disfrute de aquéllos jurídicamente incuestionados.

Blanco Cordero (2002) Es el proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal, con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.

Aunque, coincidimos con Cordero, en el sentido de la complejidad de la figura penal, para explicar su naturaleza con tan solo una definición, en el entendido que requiere un proceso sigiloso y enmarañado, de sucesivas etapas, hasta lograr la apariencia de legitimidad; consecuentemente el disfrute de los bienes.

Prado Saldarriaga (2010) Lavado de activos son las distintas actividades realizadas por las organizaciones criminales y demás agentes delictivos, con el fin de colocar convertir y ocultar los efectos y ganancias ilícitamente obtenidos (producto de actividades ilegales delincuenciales) integrándolas a la actividad financiera del país para hacerlas pasar como lícitas o legales, a modo de: ventas, transferencia,

adquisición posesión de diversos bienes, así como operaciones al interior del sistema financiero y bursátil.

Lamas Puccio (2000) Lavado de capitales, dinero o activos, produce alteraciones en el sistema económico financiero de un país al integrar en el mercado interno recursos que se obtienen a un costo considerablemente menor respecto a las actividades lícitas, hecho que trastorna los principios en los que se basa el orden económico.

7. Elementos característicos del acto criminal de lavado de activos.

Consideramos como elementos los siguientes:

1. Proceso ininterrumpido; conjunto de actos ininterrumpidos y cada uno de éstos, constituyen un delito, en pos del ocultamiento del pre delito.
2. Requiere de un conjunto de sujetos, como personas naturales o como personas jurídicas.
3. Aparentar el origen legal de los bienes ilícitos.
4. Requiere de un delito previo subyacente
5. El sujeto activo debe conocer el origen ilícito del dinero.

8. Empresas o formas de transferencia de fondos en lavado de activos

Según la Unidad de Inteligencia Financiera Peruana, la tipología de lavado de Activos son los siguientes:

8.1. Empresas de transferencias de fondos

Estas empresa reciben dinero en el exterior y lo trasladan a los beneficiarios vía giros, generando cierta utilidad por el cobro de la comisión del giro y la monetización a tasas de cambio inferiores a las oficiales, lo cual se origina por los incrementos que pueda tener la moneda entre la fecha de recibo y pago del giro.

Este proceso es muy atractivo para el lavador, ya que trae dinero del exterior sin riesgo, limitado sólo por los montos de giros permitidos, para lo cual, consigue varias personas.

La identificación, ubicación y demás datos de los beneficiarios son falsos y suministrados por el lavador

8.2. Amnistías tributarias

Este es un mecanismo utilizado por el gobierno con el propósito de que los contribuyentes legalicen los capitales que poseen en el exterior y que no han sido declarados.

Con la declaración fiscal de estos patrimonios los gobiernos buscan aumentar la base gravable de los contribuyentes y por ende, sus ingreso tributarios hacia el futuro; mientras que para el lavador, esta opción es muy esperada, ya que por el pago de una suma relativamente baja de dinero, a título de impuesto, legaliza grandes cantidades de dinero, sin tener que

justificar su origen ni estar sujeto a investigación o sanciones por infracción a las normas de control de la SUNAT.

El lavador una vez se acoge a la amnistía, cuenta con un documento legal con el que justifica plenamente sus movimientos financieros.

8. 3. Adquisición de loterías y juegos de azar ganadores.

El lavador logra un contacto en la entidad organizadora de la lotería y obtiene la información de las personas ganadoras de un premio, los aborda y les ofrece comprar el billete ganador por un monto igual al premio más adicional (“plus”).

Para el ganador del premio esto resulta muy atractivo, ya que recibe el valor del premio y los impuestos que le descontarían al momento del pago del premio.

Para el lavador es un excelente medio para justificar una buena cantidad de dinero, facilitando además su colocación en el sistema financiero.

8.4. Ocultamiento bajo negocios lícitos

El lavador procura la adquisición de empresas con serias dificultades económicas, pero con buena reputación, trayectoria y volumen de ventas, de tal manera que se pueda justificar el ingreso de dinero ilícito presentándolo como producto de la buena marcha de la compañía o de su recuperación.

También el lavador procura la adquisición o montaje de negocios cuyo objeto social conlleva al manejo diario de dinero en efectivos, como pueden ser restaurantes, bares, hoteles, discotecas, supermercados, droguerías, empresas

de transporte, etc. El lavador o este en complicidad con el dueño o de los administradores (cuando él no es el mismo propietario), incrementan las ventas con el fin de ingresar a las entidades financieras mayores cantidades de dinero.

Por ello, para el lavador son muy atractivos los negocios que involucran actividades de comercio exterior, ya que facilitan la legalización del dinero poseído en el exterior.

Así mismo el lavador, establece compañías “off shore” o empresas que sólo existen en papeles, pero no físicamente, para así originar presuntos ingreso que realmente se originen en una actividad ilícita.

Se pueden llegar a constituir un sin número de sociedades, a fin de no permitir evidenciar el vínculo entre las diferentes empresas formadas.

8.5. Utilización de cuentas de terceros

El lavado utiliza cuentas de terceras personas para realizar operaciones financieras con dinero de origen ilícito.

El uso de estas cuentas se da muchas veces con el permiso de sus titulares o sin el permiso de los mismos; asimismo, en muchos casos los lavadores son ayudados por funcionarios de la misma institución financiera, quienes pueden incluso indicarles que cuentas de terceros pueden utilizar para este tipo de operaciones.

8.6. Créditos ficticios

Es una figura que disimula las verdaderas intenciones del lavador, quien solicita, para sí o para un tercero (testaferro), un crédito a una institución del sistema financiero, otorgando como colateral, normalmente, una garantía de rápida realización.

Al crédito se le da un buen manejo en los primeros meses, luego entra en mora y por último en la imposibilidad de pago. En esta situación el lavador induce la cancelación del crédito con la garantía ofrecida, logrando justificar, para sí, la procedencia de los recursos.

8.7. Fondos colectivos

Corresponde al aprovechamiento de la figura del ahorro en grupos, en la cual periódicamente se participa en sorteos o remates de sumas importantes para la adquisición de bienes muebles o inmuebles.

El lavador acude a las personas de uno de los grupos que administra la empresa de fondos colectivos, con el objeto de adquirir sus contratos que, finalmente le den la posibilidad de ser propietario del total del grupo.

Una vez que un contrato se hace ganador de un sorteo o remate, éste es transferido para él o para la persona que él indique, justificando la procedencia del dinero.

8.8. Metas e incentivos

Las altas metas y los incentivos establecidos para los ejecutivos de las entidades financieras, con el propósito de lograr objetivos institucionales, se

han convertido en un elemento de presión, que muchas veces generan malas decisiones.

Cuando un ejecutivo no ha cumplido con sus metas, sabe que está arriesgando no solo sus incentivos económicos, sino también el mismo puesto y sustento familiar. En esta etapa es cuando aparecerá el lavador, contacta al ejecutivo y procura convertirse en cliente estrella. Siempre aparecerá en los momentos que más se necesita y dará la mano al ejecutivo para que este cumpla con sus metas.

La presión por el cumplimiento de metas hace que se debiliten los controles y que se presuma que los recursos del lavador son de procedencia lícita.

En este caso, el lavador utiliza a un funcionario para sus fines.

8.9. Sobrefacturación de exportaciones

El lavador de dinero necesita que ingrese al país dinero proveniente del extranjero, producto de sus actividades ilícitas.

Es así, que mediante exportaciones ficticias o de bienes de un valor ínfimo, las mismas que son declaradas ante la autoridad aduanera a un valor exagerado (sobrefacturación) permite que ingrese este dinero ilícito como pago de la exportación sobrevaluada.

8.10. Estructura o hacer “trabajo de pitufo” o trabajo de hormiga

Consiste en el fraccionamiento de operaciones financieras con el fin de no levantar sospechas y/o que las mismas no sean detectadas; pueden ser a través de depósitos o cambio de cheques por otros de sumas menores, para

que las efectúen diversas personas, naturales o jurídicas, pero afectando una sola cuenta o beneficiarios, operaciones cuyo monto no obligue al diligenciamiento de documentos de control. Método sencillo de ejecutar y difícil de detectar, pues puede burlar el control consolidado de operaciones diarias en efectivo. Otro sistema de pitufo consiste en evadir el control de operaciones en efectivo mediante la utilización de un mismo “pitufo” en diferentes instituciones financieras donde realiza operaciones para el mismo beneficiario, siempre inferiores a los límites de control diario y consolidado.

8.11. Complicidad de un funcionario u organización

Individualmente , o de común acuerdo , los empleados de las instituciones financieras o comerciales facilitan el lavado de dinero al aceptar a sabiendas grandes depósitos en efectivo, sin llenar el Registro de Transacciones en Efectivo, llenando registros falsos o exceptuando incorrectamente a los clientes de llenar los formularios requeridos, etc., esta técnica permite al lavador evitar la detección, asociándose con la primera línea de defensa contra el lavado de dinero, o sea el empleado de una institución financiera.

8. 12. Negocio o empresa de fachada

Una compañía de fachada es una entidad que está legítimamente incorporada (u organizada) y participa, o hace ver que participa, en una actividad comercial legítima. Sin embargo, esta actividad comercial sirve en primer lugar como máscara para el lavado de fondos ilegítimos.

La compañía de fachada puede ser una empresa legítima que mezcla los fondos ilícitos con sus propias rentas.

Puede ser también una compañía que actúa como testaferro formada expresamente para la operación del lavado de dinero.

Puede estar ubicada físicamente en una oficina o tener únicamente un frente comercial; sin embargo toda la renta producida por el negocio realmente proviene de una actividad criminal.

En algunos casos, el negocio está establecido en otra ciudad o país para hacer más difícil rastrear las conexiones del lavado de dinero.

8.13. Mal uso de las listas de clientes habituales

En esta técnica, el lavador de dinero se colude con un funcionario del banco a fin de ser incluido dentro de la lista de clientes habituales, ello con el fin de realizar operaciones de legitimación de dinero y no ser reportado por la institución financiera como operación sospechosa.

8.14. Transferencias electrónicas

Esta técnica involucra el uso de la red de comunicaciones electrónicas, de Bancos o de compañías que se dedicaban a transferencias de fondos, para mover el producto criminal de un sitio a otro. Por medio de este método, el lavador puede mover fondos prácticamente a cualquier parte del país o del extranjero. El uso de transferencias electrónicas es probablemente la técnica más usada para estratificar fondos ilícitos, en términos del volumen de dinero que puede moverse, y por la frecuencia de las transferencias.

Los lavadores prefieren esta técnica porque les permite enviar fondos a su destino rápidamente, y el monto de la transferencia normalmente no está restringido.

Después de transferir los fondos varias veces, especialmente cuando esto ocurre en una serie de transferencias sucesivas, se vuelve difícil la detección de la procedencia original de los fondos.

Un refinamiento adicional en el uso de transferencias es transferir fondos desde varios sitios dentro de un país o región a una cuenta canalizadora en cierta localidad. Cuando el saldo de la cuenta alcanza cierto nivel o “umbral” los fondos son transferidos, automáticamente fuera del país.

8.15. Transferencias entre corresponsales

Esta técnica presume que una organización de lavado de dinero puede tener dos o más filiales en diferentes países, o que podría haber alguna clase de filiación comercial entre dicha organización y su contraparte ubicada en el extranjero.

Los fondos a ser lavados entran en la filial en un país y después se los hace disponibles en un segundo país en la misma moneda o en otra diferente. Como hay una relación de corresponsalía entre las dos filiales, no se necesita transportar los fondos físicamente. Tampoco hay necesidad de transferir los fondos electrónicamente. La coordinación entre ambas terminales de la operación se lleva a cabo por teléfono, fax, o por algún otro medio.

8.16. Cambiar la forma de productos ilícitos por medio de compras de bienes o instrumentos monetarios.

Bajo esta técnica, el lavador de dinero cambia los productos ilícitos de una forma a otra, a menudo en rápida sucesión. El lavador puede, por ejemplo, adquirir cheques de gerencia con giros bancarios o cambiar giros por cheques de viajero.

Los productos se vuelven más difíciles de rastrear a través de estas conversiones; además, dichos productos se vuelven menos voluminosos, con lo cual se hace menos probable su detección si se los transporta de o hacia el país.

En algunos casos, los casinos u otras casas de juego pueden facilitar el lavado de dinero convirtiendo los productos criminales en fichas. Después de un corto tiempo, el lavador cambia las fichas por cheques o efectivo.

8.17. Ventas fraudulentas de bienes inmuebles

El lavador compra una propiedad con el producto ilícito por un precio declarado significativamente mucho menor que el valor real, pagando la diferencia al vendedor, en efectivo, “por debajo de la mesa” . Posteriormente, el lavador puede revender la propiedad a su valor real para justificar las ganancias obtenidas ilegalmente a través de una renta de capital ficticia.

9 Características criminológicas del lavado de activo

Según García Cavero (2015: 21-30), las características criminológicas del lavado de activos son:

9.1. La lesividad del lavado de activos en el sistema económico.

Si bien el lavado de dinero surge criminológicamente como un acto de encubrimiento realizado para evitar la detección de los bienes de origen delictivo, cada vez se ve con mayor claridad que los procesos de blanqueo de capitales ilícitos tiene, en sí mismos, una lesividad social que repercute en el sistema económico. Salvo que un Estado ordene conscientemente su economía a la espera movimientos de activos dirigidos a lavar ganancias ilícitas, la introducción de estos activos en el tráfico legal de bienes y valores genera serias distorsiones en el sistema económico y financiera que terminan afectando a los diversos agentes económicos. En efecto, la conducta de dotar de apariencia de legalidad a activos de procedencia ilícita afecta no sólo a la libre competencia en el mercado, sino que incluso produce variaciones perjudiciales en los precios de los bienes y servicios, así como en las cotizaciones de la moneda extranjera.

En este sentido, el delito de lavado de activos tiene su propia lesividad social que lo hace independiente de los delitos que originan las ganancias ilícitas que pretenden ser blanqueadas.

9.2. El modelo de fases del lavado de activos.

Dada la multiformidad del sistema económico actual, el lavado de activos se realiza a través de una gran variedad de métodos. Los estudios

especializados han intentado sistematizar esta diversidad de métodos mediante diferentes modelos explicativos.

En este apartado criminológico, no pretendemos abordar todos los diversos modelos formulados, sino limitarnos a aquél que, de alguna manera, ha servido de base para la tipificación penal del delito de lavado de activos.

Nos referimos concretamente al modelo desarrollado por el Grupo de Acción Financiera (GAFI), el cual ha sido corregido y complementado por diversas aportaciones doctrinales y prácticas. En este modelo del proceso de lavados de activos se destacan fundamentalmente tres fases: La colocación, el ensombrecimiento y la integración de los activos.

Antes de entrar a explicar en qué consiste cada una de estas fases, resulta pertinente destacar que no todos los procesos de lavado de activos pasan necesariamente por las tres fases, sino que, por alguna razón estratégica, pueden dejarse inconclusos o ser reiniciados.

Asimismo, debe hacerse la indicación de que, junto a las fases, existen las llamadas conductas periféricas, es decir aquello acto sobre los activos de origen delictivo que tienen lugar al margen del sistema económicos lícito, pero que preparan, intermedian o concluyen un acto de colocación, ensombrecimiento o integración de los activos.

A. La colocación

La fase de la colocación consiste en desprenderse materialmente de fuertes sumas de dinero de procedencia delictiva sin ocultar aún la identidad de su titular, aunque también es posible la utilización de intermediarios en la colocación.

Por razones de seguridad, estas cantidades de dinero se depositan en instituciones financieras tradicionales o no tradicionales. En el caso de instituciones financieras tradicionales, se adquieren instrumentos financieros con el dinero de procedencia ilícita o se deposita el dinero de forma fraccionada en cantidades que no generan la obligación de la institución bancaria de comunicar como sospechosas las operaciones realizadas al organismo de prevención de lavado de activos. En la medida que el conocimiento del cliente se deja todavía en el criterio de la institución bancaria, es usual que la colocación de capitales ilícitos cuente con la complicidad de funcionarios bancarios que han sido captados por los lavadores.

La colocación de los capitales se puede hacer también en instituciones financieras no tradicionales que no están sometidas a un control tan estricto como las tradicionales (casas de cambio, casas de empeño, etc.) e incluso recurrir a empresas que manejan por lo general considerables cantidades de dinero en metálico sin un estricto control de sus movimientos como los supermercados, hoteles, casino, etc.

En este último caso, el dinero ilícito se mezcla con el dinero lícitamente obtenido por la actividad de la empresa, lo que hace muy difícil poder reconducirlo luego hasta su origen delictivo.

B. El ensombrecimiento

La etapa del ensombrecimiento consiste en ocultar el origen de los bienes ilícitos previamente colocados. Esta ocultación del origen de

los activos colocados se lleva a cabo mediante la realización de múltiples transacciones financieras o similares que hacen difícil su seguimiento completo de la procedencia de dichos activos e impiden, por tanto, la identificación de su origen delictivo. Lo que se procura con esta fase del lavado de activos es alejar los fondos de su origen delictivo mediante diversas transacciones u operaciones en las que muchas veces participan instituciones de diversos países.

Los tipos de transacciones que se realizan para el ensombrecimiento de los capitales de origen lícito pueden ser muy diversos. A modo simplemente ejemplificativo : Se podría crear un rastro documental falso para evitar su detección , se podría convertir el dinero metálico que se ha colocado en instituciones bancarias en instrumentos financieros para facilitar su traslado fuera del país, se podría adquirir bienes por un precio mayor al declarado para su posterior venta o cambio, se podrían instrumentalizar a sociedades interpuestas o fachadas para realizar diversas transacciones económicas con los fondos ilícitos , o se podría realizar diversas transferencias electrónicas de fondos que por su volumen y el poco desarrollo de mecanismos de individualización de los agentes constituye un procedimiento ideal para ensombrear el origen ilícito de los bienes o activos colocados.

No hay duda de que este último tipo de transacciones constituye el mecanismo preferido para desaparecer el rastro ilícito de la procedencia de los bienes, lo que explica la especial atención que en

la actualidad de los diversos instrumentos internacionales de lucha contra el lavado de activos ponen sobre las transacciones electrónicas y la solicitud de colaboración a las instituciones bancarias correspondientes.

C. La integración

La integración consiste en el retorno aparentemente legal de los fondos al delincuente de manera directa o por medio de personas o empresas vinculadas. Esta apariencia de legalidad se puede conseguir de diversas formas : como recepción de utilidades por ejemplo (por ejemplo la adquisición de bienes inmuebles a un precio menor en los papeles para luego venderlos a un precio real , o la declaración de utilidades en empresas pantalla que no tienen realmente los ingresos declarados ante el fisco, obtención de créditos ficticios (créditos simulados otorgados por empresas extranjeras normalmente de paraísos fiscales , emisión de facturación de importación o exportación con sobrevaloraciones o subvaloraciones de las mercancías , reinversiones de ahorro, cobro de seguros, plusvalías en el mercado de valores (por ejemplo : compra y venta de acción) herencias e incluso las ganancias o premios en juego de azar y apuestas.

Debe destacarse que la determinación del origen ilícito de los fondos resulta difícil en la etapa de integración si es que no se ha podido detectar en las fases anteriores de colocación y ensombrecimiento.

En suma, se trata de diversos mecanismos que permiten la incorporación de los capitales de procedencia delictiva en la esfera de dominio del generador mediante mecanismos que le otorgan una apariencia de legalidad.

D. Conductas periféricas.

Dentro de las conductas periféricas se engloban los actos de almacenamiento, transporte o transformación que se hacen al margen del sistema económico lícito. Por ejemplo, el traslado de los activos puede tener lugar por medio de un sistema organizado de compensaciones al margen del sistema financiero oficial.

Lo mismo sucede con el llamado contrabando físico de dinero metálico, aprovechando la falta de un control exhaustivo.

De esta manera, el dinero se desplaza a un lugar en el que la acumulación de grandes cantidades de dinero puede pasar más desapercibida. Periférica es también la transformación del activo de procedencia delictiva que se hace al margen de los circuitos legales como sería el cambio de denominación de los billetes en lugares con mucho flujo de dinero.

En todos estos casos, no se realiza una operación en el circuito económico legal, lo que dificulta su incardinación en las fases de colocación, ensombrecimiento o integración.

Sin embargo, estas conductas facilitan la posterior realización de dichos actos, o en todo caso, generan las condiciones idóneas para la

realización de alguna de las fases que tienen lugar propiamente en el sistema económico legal.

10. LA CRIMINALIDAD ORGANIZADA MULTIAGENTE DEL DELITO DE LAVADO DE ACTIVOS

Según Ferrajoli, (2009) las organizaciones criminales transnacionales, las que atentan contra, la democracia, los derechos y paz, es la criminalidad del poder, la cual se manifiesta de tres formas:

- 1) La criminalidad organizada
- 2) Criminalidad de los grandes grupos económicos
- 3) Criminalidad de los grandes poderes públicos

Estos tres grandes grupos criminales no funcionan por separado ni son diversos entre sí, puedan actuar todos coludidos, constituyen uno de los sectores más efectivos y rentables de la economía internacional; vía la corrupción, la apropiación de recursos naturales y devastación del medio ambiente, a lo que se suma una manifiesta la pésima intervención del estado por vacíos del Derecho Público. Por ello se habla de una captura del Estado, en el sentido del aprovechamiento de los contactos que hacen los individuos empresas o grupos, asociaciones ilícitas, favoreciendo de esta manera tan sólo muy pocos, alterando las reglas de la igualdad.

La criminalidad organizada es la más evidente y típica de la globalización; cuyos elementos constitutivos;

- a) La organización
- b) La finalidad

- c) La comisión de delitos
- d) La transnacionalidad
- e) El ánimo de poder
- f) Dominio del mercado ilícito
- g) Rebaza cultura gubernamental
- h) Estructura jerárquica
- i) Cohesión interna
- j) De fines políticos disfrazados
- k) De dimensión transnacional
- l) Es integral
- m) Aceptación de parte de distintos segmentos de la sociedad

El congreso internacional de Derecho Penal de Budapest en 1999, señala: El crimen organizado está constituido por las actividades de grupos criminales fuertemente estructurados y que realizan infracciones graves como medio para conseguir beneficio y/o para obtener influencia política.

Finckenauer La criminalidad organizada tienen las siguientes

Características:

- 1) Complejidad (planificación, ejecución criminal, diligencias y destrezas criminógenas)
- 2) Estructura (división del trabajo, role)
- 3) Estabilidad (se mantiene en el tiempo)
- 4) Autoidentificación (establecen una cultura; ropa colores, lenguaje y otros)

5) Autoridad derivada de la mala reputación (organización para hacer el daño)

Otros citan como caracteres que tipifique a la criminalidad organizada a:

- a) Existencia de una organización para acometer el negocio criminal
- b) La provisión y suministro de servicios y bienes legales e ilegales
- c) Beneficio económico y blanqueo de capitales
- d) Continuidad y tradición en el negocio
- e) Utilización de la violencia hacia el interior y exterior de las organizaciones
- f) Aplicación de distintas formas de corrupción
- g) Disfraz de las empresas (empresas legales como pantalla)
- h) Organización de mando
- i) Especialización criminal
- j) Finalidad permanente de delinquir
- k) Objetivos de lucro en áreas financieras o de dominio político.
- l) Uso de logística sofisticada
- m) Vínculos internacionales
- n) Vinculación y corrupción con centros de poder estatal.

11. La Convención de Naciones Unidas de Palermo del 2000 constituye el esfuerzo Internacional más claro para reprimir la criminalidad organizada.

Nuestro país se adscribió a esta Convención mediante la Resolución Legislativa 27527 del 5 de octubre del 2001.

Leyes nacionales e instituciones contra el delito de lavado de activos:

- Creación de la UIF
- Se modificó el art. 2, inciso 2 del Código Penal, para incluir como uno de los ámbitos englobados por el principio real o de protección los delitos de lavados de activos realizados en el extranjero, para cuyo efecto se producen en el Perú.
- D.S. 057 -2011-PCM del 30 de junio del 2011: Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de activos.
- Decreto Legislativo N° 1106. Establece la modalidad de transporte y traslado y la figura delictiva del rehusamiento, retardo, falsedad en el suministro de información. Pérdida de dominio (prescribe a los 20 años).
- Ley N° 30077: Ley contra el crimen organizado (delito autónomo). Flexibiliza el plazo de las diligencias preliminares y establece que tienen una naturaleza compleja. Esta norma establece la posibilidad de adoptar técnicas especiales de investigación siempre que resulten idóneas, necesarias e indispensables para el esclarecimiento de los hechos materia de la investigación.

- Ley N° 1244 (incluye el listado de delitos de LAVADO DE ACTIVOS)
modifica el art. 279 y 317 del Código Penal.

12. Crimen Organizado

Según Reátegui Lozano (2017: 281-284) la criminalidad organizada es quizás la manifestación más evidente de la nueva criminalidad propia de la globalización. En este sentido, Sánchez García de la Paz ha afirmado que el crimen organizado constituye uno de los fenómenos más característicos de la criminalidad desde el último tercio del siglo XX y, según todos los indicios, va a ser igualmente dominante en el siglo XXI.

En dicho contexto, no se puede olvidar, como ya apuntó González Rus, que el tratamiento penal de la criminalidad organizada ha despertado en los últimos tiempos un creciente interés por parte de la doctrina.

Con ello no se quiere decir que antes no existían crímenes asociados a organizaciones, basta tener presente el delito de asociación ilícita – sino más bien, que los nuevos tiempos favorecen su confirmación.

Laura Zúñiga Rodríguez, indica que son tres las características para definir la criminalidad organizada:

- a) Organización;
- b) Finalidad y
- c) Comisión de delitos graves.

Esto no quiere decir que no pueden concurrir otras características como transnacionalidad, ánimo de poder, vinculación con el medio empresarial, dominio del mercado ilícito, entre otros, pero estas serían contingentes; en otras palabras, se pueden agregar o no a ese núcleo.

Entonces podemos apreciar que cuantas más características se consideran más complejas y con mayor criminógena será la organización. En esa misma dirección podemos afirmar que de acuerdo al Congreso Internacional de Derecho Penal de Budapest, de 1999; “El *crimen organizado está constituido por las actividades de grupos criminales fuertemente estructurados y que realizan infracciones graves como medio para conseguir beneficio y/o para obtener influencia política*”.

Ante ello, se encuentran como mínimo tres razones que explican por qué los organismos públicos y los expertos en el tema no se ponen de acuerdo respecto a la noción de delincuencia organizada. En primer lugar, algunas definiciones han sido formuladas como reflejo de casos concretos.

Así el crimen organizado en Italia, y en un principio también en Estados Unidos , sería asimilado al modelo de la mafia siciliana ; en Colombia, a los carteles de la droga ; en Rusia, a las denominadas “ mafias rusas ” , surgidas tras el derrumbe de la Unión Soviética, etc.

En segundo lugar, no es fácil llegar a una definición que pueda aplicarse a la amplia gama de formas y propiedades características de las diversas organizaciones criminales. Y, por último, desde hace años existe una importante controversia sobre el rango de aplicabilidad más adecuado para el concepto de crimen organizado...

Una de las afirmaciones que se pueden hacer sobre el crimen organizado es que existe para hacer dinero, es en esencia una empresa económica, que normalmente se ha diversificado en lo local y en lo transnacional. El crimen organizado no tiene ideología, ni principios políticos, lo que lo diferencia de

otras organizaciones, por ejemplo, las organizaciones terroristas, aunque unas y otras pueden compartirá métodos y tácticas de violencia.

Cuando el crimen organizado entra en el ámbito político, por ejemplo como sucede en Rusia o Taiwán, lo hace con la exclusiva finalidad de favorecer aún más sus intereses.

El crimen organizado por la tanto medra y se sostiene a través de la oferta de servicios de los que existe una fuerte demanda pero que básicamente son ilegales o escasos, como ejemplo, algunos de los bienes ilícitos son: la adopción de bebés, las drogas, tráfico de animales y plantas exóticas, el tráfico de armas ilegales , tráfico de órganos humanos , el tráfico de niños y los objetos robados, y entre los servicios ilegales están el juego, el lavado de dinero y el sexo, la pornografía infantil.

La mayoría de los autores identifican tres áreas como los principales objetos del impacto de la existencia de la criminalidad organizada:

1. El sistema económico financiero
2. El orden público
3. El sistema político.

13. Características principales del crimen organizado

Según Reátegui Sánchez – Reátegui Lozano (2017: 293-303) las principales características son:

13.1. La existencia de una organización para cometer el negocio criminal

entendida como la ordenación formal de funciones y normas para la consecución en común de una actividad ilegal con una determinada finalidad.

13.2. La provisión y suministro de servicios y bienes legales e ilegales.

Si bien la actividad principal de las organizaciones criminales consiste en la provisión y venta de bienes ilegales o restringidos con fines eminentemente lucrativos (tráfico de drogas, trata de personas, tráfico de inmigrantes, contrabando de todo tipo de productos ilegales, etc.) ; ello no es incompatible con la existencia de un alto porcentaje de beneficios ilegales que se obtienen por dichos grupos de la provisión de servicios o bienes ilegales cuando coexiste una demanda de la población y un vacío en la provisión estatal de dichos bienes o servicios.

13.3. La búsqueda de beneficio económico y el empleo del blanqueo de

capitales. La finalidad económica y la acumulación de riquezas a través del crimen organizado es una característica indiscutible que facilita la distinción de figuras afines como el terrorismo. Asimismo, el afán de lucro explica por qué el blanqueo de capitales es una actividad instrumental y necesaria para

las organizaciones criminales como forma de enmascarar y reutilizar de forma legal los fondos ilegalmente obtenidos.

13.4. Continuidad y tradición en el negocio. Para que exista crimen organizado debe existir una vocación por parte de la organización de desarrollar el negocio ilegal, no siendo parte de esta categoría los grupos que esporádicamente planean acciones de forma ocasional y oportunista.

13.5. Utilización de la violencia hacia el interior y el exterior de las organizaciones. La violencia constituye un medio de desarrollo tradicional de los grupos criminales y su utilización tiene diversos objetivos atendiendo a las víctimas u objetivos a quienes va dirigida : cumple fines disciplinarios cuando se ejerce hacia miembros propios de las organizaciones ; fines defensivos cuando se dirige a miembros de instituciones públicas, agentes de control o sujetos pertenecientes a otras organizaciones ; y fines comerciales cuando los actos violentos constituyen acciones necesarias para el desarrollo del negocio ilegal.

13.6. Utilización de formas de corrupción en el desarrollo del negocio criminal. La corrupción es un medio frecuentemente utilizado para las organizaciones criminales como medio instrumental de desarrollo del negocio criminal, Empero los actos de corrupción estarán directamente relacionados con el poder o capacidad de las organización y los espacios de vulnerabilidad existentes en el sistema institucional y político local de referencia.

13.7. Confusión con empresas legales. Otro medio de defensa y protección empleado por las organizaciones criminales es la utilización de empresas legales como pantallas y enmascaramiento de la actividad ilegal y con el objetivo de blanquear los fondos ilegales para su posterior utilización.

13.8. Asimismo podemos mencionar desde una perspectiva material, las siguientes características del crimen organizado:

- a) **Una organización criminal con cúpula de mando.** Como se expresó en cuanto a las actividades de una organización criminal, el crimen organizado como forma compleja no sólo requiere una organización, o por decirlo de otra manera, “ cualquier organización ”, sino de una que refleja una especial estructura decisional, cual es la cúpula, órgano que desarrolla las actividades de dirección dentro del cartel criminal, dicha cúpula tiene como característica, el anonimato entre los restantes miembros de la organización criminal, y sólo es conocida por un número reducido.
- b) **Jerarquía con modelo de estratificación.** La estructura criminal requiere la determinación de una clara jerarquía dentro de la organización. Dicha jerarquía es diferente y responde a niveles complejos asimilados en su caso a las formas tradicionales de organización de las empresas, de las cuales se toman aspectos esenciales de su constitución, como lo son la organización funcional vinculada a estructuras jerárquicas, y la división de labores a partir de

dicha estratificación, con lo que las actividades criminales quedan separadas en diferentes niveles.

- c) **Especialización criminal.** Un aspecto importante dentro de la realidad del verdadero crimen organizado, es el nivel de especialización que los integrantes de la organización adquieren en materia de los hechos criminales que se tienen como parte del llamado “cartel criminal”. No se trata aquí de métodos improvisados, pues es otros niveles quienes forman de una estructura criminal de este rango, adquieren una verdadera profesionalización en el delito, inclusive a veces de manera sectorial, según el área en la cual se requieren de sus destrezas, habilidades y conocimientos. Ello es clave para el éxito de los hechos delictivos a ejecutar, y para hacerlo con un mayor grado de eficacia, es decir dejar la menor cantidad de evidencia respecto de los crímenes cometidos.
- d) **Finalidad permanente de delinquir.** La permanencia de la organización criminal es un aspecto importante para diferenciarla de los modelos de coautoría, pero además dicha permanencia tienen un aditivo, el cual se vincula al llamado programa criminal de la organización: la organización existe como tal para ejecutar determinados delitos y alcanzar fines específicos, no se trata de hechos delictivos azarosos, al contrario el cometimiento de las infracciones penales, es un aspecto fundamental, lo cual, ya se ha vinculado a la especialización, por ello tal permanencia sólo se explica, cuando se trate materialmente de una estructura de crimen

organizado, a partir del diseño de la programática delictiva, la permanencia de la estructura criminal está vinculada a la ejecución de determinados delitos, con lo cual en materia de organizaciones criminales, es un parámetro que la diferencia de las asociaciones delictivas.

e) **Objetivos de lucro en áreas financieras o de dominación política.**

Aspecto esencial de la criminalidad organizada, al menos desde su perspectiva material, es la finalidad de lograr beneficios económicos: el verdadero crimen organizado responde a la dinámica de los fines lucrativos, sean estos estrictamente económicos o de ventajas materiales. Precisamente el cartel de delitos que se vincula a la criminalidad organizada, refleja este afán de amplio provecho económico-en ello no podemos ser ingenuos-. La finalidad del crimen organizado es obtener importantes ganancias de los actos criminales que ejecutan, a los cuales pueden asociarse otros tipos de crímenes, pero en su esencia el crimen organizado tiene una finalidad lucrativa, a tal grado que las ventajas económicas que se obtienen son reinvertidas en otras actividades criminales para obtener un mayor rendimiento. Otro aspecto no menos importante es la vinculación de este tipo de criminalidad con las esferas de gobierno. Es por ello que a esta especialidad se la ha denominado *criminalidad de poder* y se refleja en toda la gama de delitos que tienen que ver con la corrupción en los sectores de los gobiernos, los fines de enriquecimiento y abuso en el ejercicio del poder aparecen entrelazados.

f) **Utilización de una sofisticada logística.** Las organizaciones criminales que funcionan como estructuras complejas, también requieren del uso de instrumentos de vanguardia para garantizar el proceso delictivo. No es extraño que los adelantos tecnológicos, los mercados globales, las nuevas formas de comunicación sean aprovechadas por el crimen organizado para generar nuevas formas de delincuencia o para intervenir en los procesos del crimen con un mayor nivel de efectividad. La cuestión de apoyo logístico, cuando acontece en una organización criminal, no representa por regla general una mera cooperación, por cuanto estas actividades sectoriales son necesarias para el adecuado funcionamiento de la estructura criminal y responden a un nivel de planificación, en el cual las labores se encuentran perfectamente delimitadas, sin necesidad de que los integrantes las asuman todas.

g) **Transnacionalidad directa o vínculos internacionales.** Otra característica fundamental del crimen organizado es su extensión transnacional, la misma que puede ser *intrínseca* en el sentido que la organización criminal en su programa criminal tiene trazada una forma de criminalidad que se ejecuta en distintos países y que necesita de estructuras criminales necesariamente establecidas en otras latitudes para que la empresa criminal pueda funcionar adecuadamente. En otros casos, la transnacionalidad sólo se manifestara en relaciones ocasionales entre diversas estructuras del crimen organizado. En ambos casos, se trata de un carácter que trasciende del crimen local,

lo cual no debe ser interpretado de manera rígida en el sentido que sólo es crimen organizado el que presenta la característica de transnacionalidad ; esto último sólo demuestra mayor complejidad dentro de la estructura criminal, y un factor criminógeno mayor.

h) Niveles de disciplina, fungibilidad de miembros inferiores y distribución de roles. Este aspecto hace distintiva una organización criminal de lo que se denomina *criminalidad asociada*, es decir de las llamadas asociaciones criminales un aspecto medular del crimen organizado es su carácter disciplinar; en estos ámbitos, tiene relevancia el nivel de profesionalización y de especialidad alcanzado por la estructura criminal. El carácter acentuado y jerárquico de la organización, determinan una cadena de mando que debe ser obedecida en cuanto a las directrices que emanan del centro de control de la organización, que como se expresó usualmente es copular. Aspecto complementario de lo anterior es que los miembros de la organización son fungibles, la sustitución de ellos no representa problemas en el ámbito organizacional.

i) Capacidad de corrupción, penetración y vinculación con centro de poder estatal. Media una relación bastante estrecha entre la llamada criminalidad organizada y el denominado fenómeno del crimen del poder, es decir el crimen cometido desde la dimensión del ejercicio del poder político, a tal grado que se reconoce que la criminalidad mediante el ejercicio de potestades del Estado es una forma especial de constitución del crimen organizado, o al menos uno de sus efectos

colaterales respecto del ejercicio del poder público, con lo cual el riesgo de afectación del Estado de derecho es de mayor entidad. Las relaciones actuales entre actividades del crimen organizado y actos de corrupción son manifiestas en la mayoría de países.

j) Sentido de pertenencia de los miembros a la organización. Como no se trata de una participación en el sentido de co-delincuencia, quien pertenece a una organización criminal en la configuración de crimen organizado, ha de tener sentido de pertenencia a la estructura criminal. Ello significa, desde la perspectiva objetiva, que su contribución en la organización criminal no es ocasional sino que obedece a la estructura de funcionamiento de la misma, ora en cuanto a la realización de hechos delictivos en cualquiera de sus fases, ora en cuanto a aportes para el mantenimiento y funcionamiento de la estructura criminal.

14. La prueba indiciaria

14.1. Introducción

Tomado este capítulo de la obra “La prueba indiciaria en el delito de lavado de activos” del investigador Maestro Luis Lamas Puccio (2017-55- 90).

Este autor peruano dice que aunque no existe una unanimidad sobre la palabra que exprese la etimología del concepto de indicio, hablamos de la voz latina *indicium* que es un derivado de *indigieri*, que significa indicar, hacer conocer, mostrar, probar, etc., en virtud del cual se establece una relación lógica entre el hecho indicador y un hecho indicado.

La palabra “indicio” significa “señal o signo aparente y probable de que existe una cosa”. Como observa Mittermater, en muchos casos se puede observar la ausencia de ciertos medios que, según las ideas comúnmente admitidas, dan origen a lo que se llama la prueba natural; o mejor dicho, no existen en la causa la inspección del juez, la confesión del procesado y menos los testigos que puedan acreditar la manera y forma como se suscitaron los hechos.

Sobre el particular, Quiceno Álvarez manifiesta que el campo procesal los indicios son los signos, las señales, los rastros o las huellas sirvientes para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido. En otras palabras, toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga, y que permite inferir su existencia y modalidades, es un indicio: así, todo hecho que guarde relación con otro puede ser llamado indicio. Implica la existencia de hecho conocido del cual se induce otro hecho desconocido, mediante un argumento probatorio que de aquel se obtiene, en virtud de una operación lógica-crítica basada en normas generales de la experiencia o en principios científicos o técnicos. Como expone Vishinski, “lo típico del indicio es que no tiene valor de prueba por sí, sino está unido a otras circunstancias. Por consiguiente, cuando se utilizan pruebas indirectas es importantísimo establecer una conexión de unos hechos con otros.

El indicio tiene diferentes aseveraciones, algunas son técnicas por la utilidad u naturaleza que el mismo tiene, aunque otras puedan ser eminentemente coloquiales y hasta filosóficas por el sentido de los términos que se usan y lo que implica cada uno de ellos. Mittermaier, refiriéndose al indicio, al igual

que Bentham (el cual llama circunstancia) señala que los mismos [los indicios] son otros testigos mudos que parece haber colocado la providencia alrededor del crimen, para hacer resaltar la luz de la sombra en que el crimen se ha esforzado para ocultar el hecho principal; son como un fanal que alumbra el entendimiento del juez y le dirige hacia los seguros vestigios para llegar a la verdad. El culpable ignora, por lo regular, la existencia de estos testigos mudos, o los considera de ninguna importancia. Además, no puede alejarlo de sí o desviarlos, los clavos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito {...}. Todas estas circunstancias (indicios) sirven de punto de partida al juez; en el proceso ordinario de los acontecimientos humanos, le proporcionan analogías y por vía de inducción, concluyen de los hechos conocidos a otros necesariamente constitutivos de la acción criminal”.

Manifiesta Mixàn Màss que, en rigor, la discrepancia sobre la etimología de la palabra indicio no incide en lo esencial o en lo conceptual, sino sobre cuál es la expresión latina que refleja mejor el concepto del término, pues, está claro que existe consenso y todos estamos de acuerdo que el propio sentido etimológico del mismo, encierra una haz de sinónimos, que se dirigen a “indicar”, “conducir”, dar a conocer “o “llevar hacia algo en particular”.

Diversos estudios llevados a cabo en el ámbito del derecho penal contemporáneo, derecho procesal penal en sus más diversas variantes e incluso en el terreno propio de la criminología y la psiquiatría forense, consideran al indicio como toda circunstancia, o bien una verdad conocida,

que recibirá una inferencia necesaria, la que con ayuda del proceso lógico puede llegar a establecer una presunción. Sobre el particular Carrara, en su condición de uno de los máximos exponentes de la escuela clásica, instituye que se llaman indicios a “aquellas circunstancias que aunque en sí mismas no constituyen delito y materialmente sean distintas de la acción criminosa; sin embargo, la revelan por medio de alguna relación determinada que pueda existir entre circunstancias y el hecho criminógeno que se investiga”:

Devis Echandía (2000) considera “que el indicio puede ser cualquier hecho (material o humano, físico o psíquico, simple o compuesto, es decir, se le da al concepto de hecho el significado amplio que se utiliza para determinar en abstracto el objeto de las pruebas judiciales), siempre que de él sea posible obtener un argumento probatorio, fuerte o débil, pleno o incompleto, para llegar al conocimiento de otro hecho que es objeto de la prueba, mediante una operación lógico-crítica”. Nos referimos a una sinonimia que encierra distintas ideas en materia de acciones probatorias que parten de ciertas premisas o hechos ciertos, con la finalidad de llegar a comprobar hechos en materia de responsabilidad. En todo caso, hablamos de datos reales, ciertos, indivisibles, con aptitudes significativas e inequívocos, que nos permiten llegar a determinadas condiciones que se encuentran vinculadas con los hechos anteriores. Como manifiesta Mixà Màs, “la mayoría de autores denominan “hecho cierto” al indicio. Pero el indicio no es solamente un hecho en sentido estricto, sino también puede ser un fenómeno, una acción, el lugar, el tiempo, la cualidad, etc. Por eso nosotros optamos por dato real o cierto que puede conducir hacia el otro

dato llamado “dato indicado”, mediante una inferencia que se hace con auxilio de una regla de la experiencia o de una pauta técnico. Científica o de una ley natural o social. La conclusión obtenida para ser tal debe tener una significación probatoria (“*argumentum*”, “*signum*”).

En ese sentido, el indicio, como lo señala el propio Ferreyra, “es la raíz u origen de donde nace la presunción que sintetizando no es otra cosa que el juicio u opinión formada partiendo de un hecho conocido para llegar a la averiguación de otro desconocido, infiriendo, deduciendo, de acuerdo con el modo constante y común de obrar en los hombres, del orden, de la naturaleza o de la ley. Al respecto, distintos autores se pronuncian señalando incluso que el indicio es una prueba indirecta, en tanto que por la vía de reflexión y el raciocinio, nos lleva- a través de la inducción- deducción- al descubrimiento de otro hecho que era desconocido. En igual sentido, Fenochieto aclara que el “indicio es una circunstancia que por sí sola no tiene valor alguno; en cambio, cuando se relaciona con otras y siempre que sean graves, precisas y concordantes, constituyen una presunción.

Por lo tanto, las presunciones son las consecuencias que se obtiene por el establecimiento de caracteres comunes en los hechos”. Sobre el particular, conforme se trata en el rubro respectivo m no debemos confundir el “indicio “con la “presunción”, en tano son temas que mantienen un contenido distinto.

En resumen, Devis Echandià deja en claro que el indicio es el hecho conocido, del cual se obtiene, mediante una operación lógica-crítica, un

argumento probatorio que permite inducir de aquel, otro hecho desconocido que se investiga; el indicio es aquel hecho conocido aunque probatoriamente sea inseparable del argumento lógico- crítico que del mismo se obtiene.

Desde esta perspectiva, “ tenemos que mientras, por ejemplo, las suposiciones constituyen meras conjeturas, subjetivas, con las que se trata de intuir un dato de hecho no contenido en la percepción , y las dudas son estados de ánimo destituidos de lógica y coherente correspondencia entre circunstancias directamente comprobadas, los indicios presuponen en cambio la demostración de circunstancias indispensables por las que se arguye indirecta pero lógicamente el hecho de que hay que probar mediante un proceso deductivo , con la misma certeza que da la prueba directa”:

14.2. Antecedentes históricos

Como refiere Mittermaier, uno de los más notables estudiosos de la historia de las pruebas y sus implicancias actuales, “en todos los pueblos, aún en los menos adelantados en la carrera de la civilización, existen ciertas nociones sobre la economía de la prueba y, por consiguiente, sobre los medios dados al acusador o al acusado para convencer al juez de la verdad de sus dichos, y sobre los motivos de prueba en que estos habrán de fundar su sentencia”. Sobre el particular, Peláez Bardales expone que la prueba en general (y la indiciaria en particular) ha tenido que evolucionar largamente y pasar por diferentes etapas en la historia de la humanidad, tratase de prueba para un determinado acto, para demostrar un hecho, para contradecirla o para que a

través de un proceso de inferencia se pueda concluir que un hecho ha sido cometido.

En el caso específico de la prueba indiciaria, al igual que ha sucedido con la evolución histórica de la propia prueba en general, su desarrollo ha sido confuso, sinuoso y nada claro. Hablamos de una metodología que centra su desarrollo en una interpretación de los hechos indiciarios a través de la inferencia o deducción, lo que por su naturaleza requiere antes que nada un manejo depurado respecto a su disquisición y observación. Por eso al bosquejar la continuidad de la evolución de la prueba indiciaria se destacan solamente las notas y criterios más saltantes que caracterizan dicho desarrollo.

En los pueblos poco civilizados, los jueces y la población formaban su propio criterio y teorías a los fines de llegar a encontrar alguna verdad respecto a los hechos que acontecían. Como manifiesta Nieva Fenoll, “es necesario remontarnos a antes de las Leyes de las XII Tablas, que es lo más remoto que suelen acudir los autores, encontrando, allí, sí normas de prueba legal”.

Era frecuente que se recurriera al tormento y otras prácticas similares como medio de persuasión cuando la confesión espontánea no había logrado sus objetivos, en tanto que esta última se convertía en el último medio eficaz que permitía lograr en los juzgadores algún nivel de propio convencimiento, entremezclándose de esta manera aspectos religiosos que, más que coadyuvar a la búsqueda de la verdad, supeditaban las sentencias a situaciones emocionales y creencias particulares que poco o nada tenían que ver con la

constatación de alguna clase de responsabilidad en contra de los sujetos que se sometían a esta clase de juzgamiento.

En la antigüedad, ante la inexistencia de medios probatorios rigurosos que pudieran permitir valorar la conducta de las personas, la prueba por excelencia era la confesión, la misma que en una gran mayoría de casos era obtenida con base en la tortura y otros medios aflictivos que ahora serían inaceptables. En los casos en que la confesión no tenía lugar ante la negativa del reo, se recurría incluso a las predicciones como último elemento de valoración para tomar decisiones que implicaran una sentencia condenatoria. Este tipo de pruebas poseyeron enorme influencia en la Antigüedad, en donde estaba sometida a una especie de tasa la conducta de los justiciables. Decayó luego por efecto de la libre apreciación de las pruebas entregadas exclusivamente a la conciencia moral del juzgador. Tan cierto es lo que se señala, que “la fama y el rumor eran indicios que llevaban a la tortura”. En otras palabras, los indicios indudables bastaban para la condena, y si eran dudosos, entonces eran más que suficientes para aplicar la tortura, dado que la verdad material poco importaba y no tenía relevancia.

Sin embargo, como lo establece Scialoja, “no parece claro si en el derecho romano se admitían o no las presunciones *hominis* o judiciales, con el significado que se les atribuye en la actualidad, vale decir, como medio de prueba de los hechos discutidos en el proceso. En la época de los tribunales por comicios y de las cuestiones perpetuas, los jueces condenaban fundados en pruebas indiciarias, siendo la prueba indiciaria la más común usada entre los tribunales que llevaban a cabo los denominados juicios populares. “Esto

explica la gran cantidad de aforismos y principios que nos han llegado desde los latinos, hasta nuestros días que constan en algunos códigos sustantivos penales de Latinoamérica, referidos a uso y a la ponderación del indicio, los cuales no pueden entenderse jamás como una predeterminación del valor legal sino como una suma de sugerencias y recomendaciones que se daban en los tribunales y jueces para que administraran justicia”.

En el caso particular de la prueba indiciaria se le relacionaba con la sospecha y la intriga dependiendo de cada una de las circunstancias y características individuales que encerraba cada caso. En efecto, se consideró al indicio a todo elemento o hecho real con aptitud de sugerir “una opinión más o menos fundada sobre determinado particular de interés para el proceso”. La sospecha, dependiendo de las características del hecho, que podía motivar un juicio en la práctica no era otra cosa que un sinónimo de sospecha, la misma que pasaba a convertirse en el indicio necesario para sustentar alguna clase de responsabilidad punitiva. Como cita Mixàn Màss, “a esa acepción del indicio como sospecha “y sus consecuencias procesales respectivas Serrà Domínguez la llama “acepción vulgar”. Una denominación como la señalada, no hace otra cosa, que poner en evidencia un nivel teórico incipiente y primitivo, “puesto que no había logrado aún perfeccionar y consolidar la teoría de la prueba indiciaria, como se le entiende en la actualidad”

Los llamados “juicios de Dios”, a través de los cuales se resolvían la mayoría de los conflictos individuales, eran una tendencia muy arraigada en los pueblos cuando se trataba de resolver alguna acusación en distintos sentidos. La propia confianza depositada casi ciegamente en las *ordalías* es

un ejemplo de las tendencias que prevalecían si de lo que se trataba era lograr la verdad formal: “la voz de Dios concluye por descubrir la verdad y ayudar a la buena causa”. Las ordalías en realidad eran un sistema de resolución de conflictos, aunque no un medio propiamente de pruebas, entre otras razones porque carecían de un orden sistemático y por lo general se aplicaba para determinados casos que aparecían como emblemáticos”.

Como expone Manzini, “la Iglesia que dio mucha importancia a los indicios en su sistema de las pruebas legales, tuvo por ello mismo ocasión de cuidar la disciplina de los indicios. Se abstrajo de los hechos concretos y estableció como para todo medio de prueba, también respecto de los indicios”.

En ese sentido, Nieva Fenoll manifiesta que “si nos desplazamos a un tiempo anterior, comprobaremos cómo las normas de prueba legal debieron surgir, como acabo de decir, a fin de controlar los excesos de la libre valoración y, quizá también, reducir la incidencia de las ordalías. Ello se hace especialmente perceptible, nuevamente en el Código de Hammurabi, donde se hallan formuladas, en modo arcaico, la mayoría de las normas de prueba legal que vinieron después, e incluso algunas de las que todavía perduran.

Una interpretación sobre la ley romana respecto a la prueba en materia criminal revela que en el tiempo del Imperio romano no existían leyes especiales que regularan en alguna medida el correcto manejo e interpretación de los medios de prueba. Como refiere Mittermaier, “el pueblo era quien fallaba reunido en comicios por centurias o por tribus, y desde entonces no era posible una apreciación jurídica de las pruebas: los *Laudotes*, testigos de buen nombre, representaron, entre otros un papel importante, y se procuraba valerse

del mayor número de ellos. Este procedimiento en la práctica se prestaba a todo tipo de interpretaciones que podían ir desde la absolución hasta la condena del acusado, porque procuraban en muchos casos otra clase de factores valorativos que no tenían relación con la conducta objeto de acusación relacionado con las circunstancias que podían primar en cada hecho. Los jurisconsultos romanos poco se cuidaron de establecer algún tipo de régimen probatorio y solo actuaron con base en convicciones.

Igual en el procedimiento criminal en el antiguo derecho germánico en el que no existía un sistema de prueba en los términos como ahora lo entendemos. Poco importaba si los testigos eran correctamente interrogados y si carecían de capacidad para testificar sobre algún caso en especial.

En el derecho medieval el indicio no era otra cosa que un equivalente de sospecha. Dicha acepción tenía relevancia jurídica en cuanto a la presencia de determinados indicios, normalmente preceptuados en las leyes, lo que permitía adoptar determinadas medidas aflictivas como la tortura y otras prácticas muy similares.

Una vez más, señala Mixàn Màss, que “el indicio posee en tales procesos una función destacadísima, en cuanto permite aplicar la tortura y conseguir confesión, única prueba completa y, por otra parte, en los tratados de la época se distingue entre indicio, que sirve solo para someter a la tortura, y confesión, que provoca la sentencia condenatoria”.

Habida cuenta de que únicamente la confesión era considerada certeza absoluta en el proceso penal, cuando del resultado de las pruebas resultaban ciertos indicios que por sí solos bastaban para aplicar una condena, se sometía

entonces al imputado a la tortura a fin de que confesara su delito, lográndose en forma tal evitar todo riesgo de error judicial. En ese sentido y bajo ese tipo de condicionamiento, el indicio cumplía una función destacadísima, en tanto que era el sustento adecuado para aplicar la tortura y lograr una confesión del reo. El predominio decidido en favor de la prueba formal se perpetúa hasta la Edad Media; a esta época puede referirse el sistema de pruebas deducidas de los fenómenos exteriores, por ejemplo, de la sangre que corría de las heridas cuando se obligaba al acusado a tocar el cadáver, y también la famosa prueba de la criba”.

Mixàn Màss explica que “cuando no se lograba la confesión, la sentencia condenaba a una pena menor que la marcada del delito y proporcional al número y entidad de los indicios, creándose de esa manera una peligrosa distinción, fundada tan solo históricamente, entre la sentencia basada en pruebas directas principalmente la confesión del reo y la sentencia fundada en indicios o en una simple prueba testifical, que se considera de menor seguridad que la primera”. Las fuentes canónicas son un precedente histórico importante sobre el particular, en tanto que no se tenía claro cuáles eran las diferencias entre una presunción, una sospecha y un indicio.

“La praesumptio, como argumentum ad credendum unum praesumptio surgens es probatione aliterius (argumento para crear un hecho, que surge de la prueba de otro hecho), venía a ser, más que en un medio de prueba, un sustituto de ella”.

El predominio de la prueba formal se mantuvo durante toda la Edad media, aunque en algunos lugares se empezó a optar por abandonar las ordalías y los

duelos. Más adelante, con el paso del tiempo, se pusieron en práctica algunos medios de prueba más uniformes conforme a los principios más relacionados con la verdad material, sin que ello implicase en alguna medida un tipo de cuestionamiento.

“Aparece en esta época Schwartzemberg, autor de la ordenanza de justicia penal de Carlos V (1532) , cuyos esfuerzos tienden evidentemente a dirigir los procedimientos en el sentido de la verdad material , predominando este carácter en toda su obra, en la cual quiso fijar como principios de ley las teorías reinantes de que estaba imbuido. Desde entonces se le ve ensayar el medio de poner trabas a injustas condenas basadas en probabilidades destituidas de fundamentos ; establecer reglas más precisa, emitir advertencias sobre el uso que ha de hacerse de los medios o fuente de prueba, enunciar los principio que deberán guiar al juez en la apreciación de casos difíciles , por ejemplo , en la prueba artificial ; formular también , por otra parte, ciertas prescripciones a propósito de algunas pruebas de naturaleza engañosa, como las emanadas de los cómplices ; determinar imperativamente en virtud de qué pruebas puede pronunciarse una condena , y, en términos no menos precisos, excluir de ella ciertas otros cuyos resultados engañosos le han parecido ante todo temibles”:

En el siglo XVI recién se pudo concretar una primera referencia que marcó determinadas pautas sobre el particular. Se concretó la llamada Constitución Carolina (*Constituto Criminales Carolina*) la que con el paso de los años influiría de forma significativa en muchos países europeos y que, a criterio de los entendidos de aquella época, impuso un espíritu metodológico formado en

la escuela de los antiguos lógicos. Cita Mittermaier que “partiendo desde esta época los criminalistas prácticos van a buscar en los textos del derecho canónico, y en cuanto pertenecen a la Alemania, en el de Carolina, los materiales de una teoría completa de la prueba.

Ya de antemano los escritores de los siglos xiv y xv, los *Gandinos* y los *Bonifacios* habían sentado principios sobre esta materia ; el primero ocupándose de los indicios; el segundo, y más completo , tratando de la prueba en general ; y reconociendo cinco categorías de ella, profundizó la fuerza demostrativa de la de testigos, exigió la deposición de dos de estos al menos para que pudiese haber condena , y estableció por primera vez la división en *probatio plena et semiplena*, que ha llegado a nosotros”.

Desde esta perspectiva, Hernández Elvira señala que “ en aquella época se señaló por primera vez a los jueces de manera unitaria en materia de regulación de los indicios : a) la suficiencia de los indicios “ad inquerendum” ; esto es de aquellos que autorizan únicamente el ejercicio de la actividad inquisitoria en relación con un determinado sujeto; b) el establecimiento del principio de que los indicios graves, no pueden acarrear una condena, sino solamente la utilización de la tortura, denominados “indicia ad torquendum ”; y c) los indicios se clasifican en comunes o generales distribuidos en siete grupos y particulares o propios de delitos concretos . Había indicios que autorizaban la tortura e indicios que eran suficientes para la condena; cuando fue abolida la tortura subsistieron estos, entendiéndose suprimido un requisito. Más adelante, la propia irracionalidad en la que se sustentaba el sistema de pruebas al que recurría a un juez para condenar o absolver a una persona,

añadido a las transformaciones políticas y culturales generadas por el espíritu de la ilustración, dieron lugar a un movimiento de reforma sustancial que cancelaba el sistema de pruebas dando lugar a una innovación sustancial favoreciendo el libre convencimiento del juez.

La Revolución francesa importó una transformación profunda respecto al sistema de pruebas y en lo relacionado a la prueba indiciaria, la misma que aparecería plasmada como una medida importante en los distintos códigos criminales de la época, La codificación napoleónica y las grandes transformaciones respecto al sistema de pruebas y en lo relacionado a la prueba indiciaria, la misma que aparecería plasmada como una medida importante en los distintos códigos criminales de la época. La codificación napoleónica y las grandes transformaciones políticas e ideológicas de aquellos años tendrían una influencia decisiva y trascendente en la mayoría de los países europeos en distintos planos, entre las que cabe destacar aquella relacionada con la eliminación progresiva de toda referencia al sistema de prueba legal, privilegiando el principio del libre convencimiento del juez.

Desde esta perspectiva, Hernández Elvira señala que “en aquella época se señaló por primera vez a los jueces de manera unitaria en materia de regulación de los indicios:

- a) La suficiencia de los indicios “*ad inquerendum*”; esto es , de aquellos que autorizan únicamente el ejercicio de la actividad inquisitoria en relación con un determinado sujeto;

- b) El establecimiento del principio de que los indicios graves, no pueden acarrear una condena, sino solamente la utilización de la tortura, denominados “indicia *ad torquendum*”; y
- c) Los indicios se clasifican en comunes o generales distribuidos en siete grupos y particulares que eran suficientes para la condena; cuando fue abolida la tortura subsistieron estos, entendiéndose suprimido un requisito”.

Más adelante, la propia irracionalidad en la que sustentaba el sistema de pruebas al que recurría un juez para condenar o absolver a una persona, añadido a las transformaciones políticas y culturales generadas por el espíritu de la Ilustración, dieron lugar a un movimiento de reforma sustancial que cancelaba el sistema de pruebas dando cabida a una innovación sustancial favoreciendo el libre convencimiento del juez.

La Revolución Francesa importó una transformación profunda respecto al sistema de pruebas y en lo relacionado a la prueba indiciaria, la misma que aparecería plasmada como una medida importante en los distintos códigos criminales de la época, La codificación napoleónica y las grandes transformaciones políticas e ideológicas de aquellos años tendrían una influencia decisiva y trascendente en la mayoría de los países europeos en distintos planos , entre las que cabe destacar aquella relacionada con la eliminación progresiva del toda referencia al sistema de prueba legal, privilegiando el principio del libre convencimiento del juez.

“Hacia fines del siglo XVIII se manifiesta una notable revolución de las ideas, y el espíritu de mejora que regenera la ciencia criminal y no permite

olvidar la teoría de la prueba. En este como en otros puntos, Beccaria abre el paso a nuevas investigaciones, establece como principio que la certeza requerida esencialmente en lo criminal no puede sujetarse a las reglas científicas o legales; que descansa en el sentido íntimo e innato que guía a todo hombre en los actos importantes de la vida, y que, desde luego, los jurados son los mejores jueces del delito”.

En efecto Beccaria, a través de su magistral tratado sobre los delitos y las penas, suscita una profunda reforma en materia de interpretación de la prueba, la misma que con el paso del tiempo marcaría un hito significativo en cuanto a su evolución. En lo que respecta a los indicios y las formas de juicio, señala distintos principios a los fines de valorar e interpretarlos: “hay un teorema general muy útil para calcular la certeza de un hecho, p. ej., la fuerza de los indicios de un delito.

Cuando las pruebas de un hecho dependen de una de otra, es decir, cuando los indicios no se prueban más que recíprocamente, en tal supuesto, cuantas más pruebas se aduzcan, tanto menor es la probabilidad del hecho, porque los casos que harían fallar las pruebas antecedentes hacen fallar también las subsiguientes. Cuando todas las pruebas de un hecho dependen por igual de una sola, el número de pruebas no aumenta ni disminuye la probabilidad del hecho, porque todo su valor se reduce al de aquella única de la cual depende.

Cuando las pruebas son independientes una de otra, es decir, cuando los indicios se aprueban de otra manera que entre sí mismos, entonces cuantas más pruebas se aduzcan más crece la posibilidad del hecho, porque la

falsedad de una prueba se aduzca más crece la posibilidad del hecho, porque la falsedad de una prueba no influye sobre la otra. Hablo de probabilidades en materia de delitos, que para merecer pena deben ser ciertos. Pero se resuelve la paradoja si se considera que la certeza moral no es rigurosamente más que una probabilidad, pero una probabilidad tal que es llamada certeza porque todo hombre de buen sentido asiente necesariamente a ella por una costumbre nacida de la necesidad de obrar y anterior a toda especulación. La certeza que se requiere para declarar a un hombre culpable es, pues, la que determina a todo hombre en las operaciones más importantes de la vida. Pueden distinguirse las pruebas de un delito en perfectas e imperfectas.

Llamo perfectas a las que excluyen la posibilidad de que tal hombre no sea culpable; y llamo imperfectas a las que no lo excluyen. Una sola de las primeras es suficiente para la condena; de las segundas son necesarias tantas cuantas basten para formar una perfecta; es decir, que sí por cada una de ellas en particular es posible que uno sea culpable, por la unión de todas ellas en particular es posible que uno sea culpable, por la unión de todas ellas en el mismo sujeto es imposible que no lo sea”.

Autores modernos como Carmignani, han profundizado con mayor rigurosidad los principios generales sobre la teoría legal de la prueba, los cuales comparan dos caminos que conducen a la verdad: uno puramente intuitivo que parte del sentido íntimo del hombre, y el otro, que tiene un trazado científico basado en la observación de la experiencia. Después de realizar una comparación, se concluye que la economía de la prueba bien reglamentada es donde aparecen las mejores garantías para un justo y

racional proceso. A lo largo de la historia, desde sus primeras épocas en que los seres humanos se avocaron a sancionar a quienes habían violado sus normas de mutua y sana convivencia, la prueba en general, y muy en especial la denominada prueba indiciaria, se ha conocido distintas actitudes, posiciones e interpretaciones contradictorias, que no mantuvieron un desarrollo coherente en términos de garantizar y diferenciar lo que era una sospecha de un indicio. Interpretaciones religiosas y de igual orden sirvieron de sustento cuando se trató de valorar hechos que significaban la violación de la ley.

Existen distintas razones que explicarían lo señalado, aunque es importante tener en cuenta que en la consolidación histórica y progresiva de la prueba indiciaria influenciaron factores externos y a la vez intrínsecos más que todo producto de los propios cambios ideológicos y políticos que se fueron sucintando como parte de la misma historia política de las ideas, que son las que en última instancia reflejaron gran parte de las transformaciones que se plantearon en cada momento. Jurisconsultos, sacerdotes, reyes y toda clase de gobernantes influenciarían en las definiciones de la prueba indiciaria, resultando poco claras las diferencias sustanciales entre verdades formales y verdades materiales.

14.3. Presunciones

Las presunciones muchas veces se confunden con el indicio, en tanto que se parte de la premisa equivocada de que ambos son sinónimos o quienes las mismas connotaciones cuando se trata de la prueba por indicios. Dicho error

ha llevado a que no se tenga suficientemente claro cuáles son las características particulares de cada uno de ellos y cuál es el rol o finalidad que tiene tanto el indicio como la presunción en el contexto de la prueba indiciaria. Son dos términos que cada uno tiene su propia finalidad e interpretación y no habría por que confundirlo.

En efecto, mientras el indicio aparece como una circunstancia cierta y hasta cierto punto lógica de la cual se puede obtener, por medio de la inducción y la inferencia, una conclusión sobre el hecho desconocido y cuyo esclarecimiento se intenta realizar; la presunción, por el contrario, se sirve del indicio, del mismo modo que, correlativamente, este le presta un concurso destacado sin el cual sería imposible llegar a algún tipo de conclusión. Sobre el particular, Del Valle Randich resalta, una vez más, “que desde la definición existe la tendencia a confundir la presunción con el indicio, existiendo entre uno y otras profundas diferencias”.

Diferentes autores, como Garberì Llobregat y Buitrón Ramírez, son categóricos en señalar que las presunciones no constituyen medios de prueba, pues no se proponen por las partes ni existe forma de llevarlas a la práctica, en razón a que no conllevan la realización de actividades o actuación alguna de la que puedan prevenir resultados cuya valoración corresponde al juez. Existen diferenciaciones sustanciales de las reglas de valoración de la prueba en materia de verosimilitud o certeza que de ellos se pueda obtener, como efectivamente así sucede con las presunciones y las pruebas de hechos que resultan ajenos a una actividad probatoria seria mediante reconocida. En igual sentido, Díaz Fuentes cuando “niega el

carácter de medio de prueba las presunciones, fundándose en la inexistencia de norma de procedimiento que regulen su realización, a diferencia de lo que sucede con los medios de prueba reconocidos legalmente, a la vez que reitera que no se exige proposición previa de las partes para que se desplieguen en el proceso sus efectos probatorios. En igual sentido, Ortells Ramos, quien refiere “ que las presunciones judiciales forman parte del juicio de hecho de la sentencia, pero no como medio de prueba que es valorado, sino una operación intelectual basada en el resultado de la prueba practicada , es decir, ya valorada, por lo que no existe proposición ni práctica de aquellas.

En efecto, como hace palpable Climent Durán, “las presunciones constituyen un medio de prueba secundario que aporta sus propias afirmaciones instrumentales suministradas primariamente por los demás medios probatorios (confesiones, testificaciones, documentos o inspecciones oculares). En consecuencia, como lo refiere el autor concedido, la presunción no es otra cosa que la prueba de un hecho de probanza compleja y dificultosa, o por la inexistencia de una prueba que lo avale, o por no ser convincente, mediante la prueba de otro u otros hechos conectados lógicamente con aquel, según criterios de la experiencia, y no contradichos por otras pruebas, de manera que la prueba de este o estos hechos implica la prueba de aquel otro hecho.

A diferencia del indicio que sigue en forma rigurosa un método inductivo, o sea estrictamente adecuado a principios que rigen las ciencias experimentales, por el contrario, las presunciones siguen el método deductivo muy propio de las ciencias abstractas, el que no se puede aplicar al

hombre porque estos no pueden estar regidos por las leyes matemáticas. La presunción es un juicio analítico, de simple probabilidad (es el caso de “puede ser”), mientras que el indicio es un juicio sintético capaz de formar conciencia del juez; la presunción aflora o nace de un concepto, de un principio de derecho, el indicio, y por ende la prueba indiciaria, requiere de su descubrimiento por parte de un juez, de lo que se desprende que hay presunciones legales que nacen de la misma ley que pueden ser de derecho o por derecho. En este sentido, “en materia penal no pueden existir presunciones legales porque siendo en este punto la voluntad de la ley y la manifestación de la verdad absoluta, no está facultado el juez para tomar por base obligatoria deducciones desde el momento en el proceso tal o tales hechos”.

Algunos autores, como Mittermeier, Bonnier, Gianturco, Lessona, Leone, Guasp, de Pina, Planiol y Rippert, Rocha, Lino Enrique Palacio, Martínez, Silva, Cardoso, identifican los indicios con las presunciones de hombre o judiciales. Sin embargo, como lo cita Devis Echandìa, “la pretendida prueba de indicios, por la cual quienes hablan de la identidad de ambas pruebas tienen razón en cuanto existe una mala denominación de la primera y, por tanto, no significa que se puede identificar los dos conceptos, ni que las verdaderas presunciones sean realmente un medio de prueba, sino que debe eliminarse de los códigos modernos esa irregularidad”.

Otras opiniones contrarias a su validez les niegan todo valor científico a las presunciones, como Mixàn Màss, que refiere “carece de valor, es equívoca; ya que puede ser confundida con la idea de una mera sospecha-como era

conceptuada antiguamente-, de mera suposición, o puede ser confundida por muchos con las presunciones legales. Pues, desde el punto de vista etimológico, son diferente al indicio (dato significativo) y presunción (conclusión inferida). Algunas razones que pueden haber contribuido en generar esta gravitante confusión, entre las que cabe destacar: la confusión suscitada entre el concepto vulgar de presunción y su concepto jurídico de la misma, lo que a su vez incrementa de manera desproporcionada el riesgo de error judicial.

Al respecto, Vito Gianturco intenta aclarar en alguna medida las confusiones que existen sobre el particular. Digo que intenta, porque hace una distinción entre la presunción de hombre de la conjetura y del propio indicio. El último es “ como la base o el punto de partida de la conjetura misma, de ,manera que la última le atribuye un predicado al indicio inerte y conectándola con una máxima de la experiencia general, le permite una relación concreta con el hecho investigado, Estima que las presunciones simples o judiciales constituyen una categoría especial de pruebas y las identifica con los indicios porque : a) ambas pruebas (...) son nexos de causalidad unívoca entre el hecho conocido y el desconocido que se comprenden en la expresión “ prueba conjetural” , b) cuando no produce certeza, ambas son argumentos de probabilidades, c) pero ambas pueden otorgar la certeza si son varias y coordinadas y entonces tiene el carácter de prueba plena, d) ambas se basan en la teoría de lo ordinario”. El error de lenguaje resulta vital para entender las diferencias entre indicio y presunciones, en razón a la

forma y manera indiscriminada no solo como se hace uso de ellos, sino que tales confusiones se encuentran plasmadas en los códigos de procedimientos respectivos de algunos países. Sumemos las diferentes acepciones que cada uno de ellos tienen, cuando se trata de interpretación que hace un código de procedimientos penales y otro correspondiente a un código de procedimientos civiles.

Como manifiesta, una vez más, Devis Echeandía, y para cuyos fines no deja de tener razón cuando afirma que “no es cierto que, para aplicar a los indicios, en materias penales, el requisito que el Código Civil se consagra para las presunciones judiciales, de que deben ser graves, precisos, concordantes, es indispensable en aquellos y estas. Basta reconocer que cuando la ley civil habla de que las presunciones simples o judiciales hacen prueba únicamente, cuando reúnen ese requisito y de ella se obtiene la certeza sobre el hecho indicado, en realidad se está refiriendo a la prueba por indicios”.

En ese sentido, una presunción no es un indicio sino un componente que se fundamenta en una expectativa real o incierta. Sobre el particular, dice Dellepiani que en el análisis de los indicios cuando la sospecha se intensifica, se transforma en presunción, y que “ con la presunción avanzamos un paso en el sentido de despejar dudas y precisar el indicio , quedando , sin embargo, en pie, algún motivo para estar completamente seguros de la conclusión. Más adelante califica a las presunciones de simples inferencias indiciarias y las distingue de los verdaderos indicios. Es decir,

para el ilustre jurista argentino, la presunción es el resultado o efecto de los indicios.

Sobre el particular, cabe referir que, en igualdades a las confusiones relativas entre indicios y presunciones, estas últimas también suscitan una serie de controversias y desacuerdos en cuanto a sus contenidos, conceptos, límites y hasta categorías. No sin razón, Serra Domínguez manifiesta que “en pocas instituciones jurídicas existen mayores desacuerdos dogmáticos que en la presunción. La doctrina y la jurisprudencia se encuentran profundamente divididas tanto respecto al propio concepto de la presunción respecto a su naturaleza, fundamento, importancia y ubicación sistemática. No existe, ni tan siquiera acuerdo en torno a la clasificación de las presunciones y la mayoría de la doctrina discrepa incluso sobre la consideración unitaria de las dos grandes categorías de presunción”.

Una concepción vulgar de presunción es aquella que se refiere a ella como el equivalente a “sospecha”, “conjetura”, “recelo”, “duda” o cualquier otra situación o actitud que por su procedencia genera intriga sobre su origen.

Una apreciación como la manifestada por sus implicancias suscita mayores dudas e inseguridad, y su misma utilización puede ser motivo aún de mayores errores y arbitrariedades.

En todo caso, como la plantea Climent Durán, “las diversas definiciones que se han dado sobre las presunciones centran su atención en los mecanismos íntimos en virtud de los cuales se produce el efecto probatorio que con ellas se persigue.

Pero divergen con respecto a si cabe considerarlas como un medio probatorio o como un mero razonamiento judicial de carácter probatorio. También se advierten discrepancias en torno a si mediante las presunciones se obtiene una certeza plena, o si se trata de un expediente legal para dar por probado un hecho, al no haber otro medio de lograr su prueba, sin que en realidad el hecho presunto está plenamente probado como lo estaría si hubiesen sido utilizados los medios probatorios habituales.

Así, por ejemplo, diferentes autores definen las presunciones “como aquella actividad intelectual probatoria del juzgador, realizada en fase de fijación, por la cual afirma un hecho distinto del afirmado por las partes instrumentales, a causa del nexo causal o lógico existentes entre ambas figuras jurídicas”; como aquellos juicios sobre probabilidades de unos hechos, verificados indistintamente por el legislador o el órgano jurisdiccional, en cuanto sujetos con autoridad para regular las conductas ajenas, como instrumentos de fijación del supuesto de hecho de una norma legislada o de los hechos en que se han de fundar la sentencia jurisdiccional, tomando como base un hecho distinto, elegido apriorísticamente o fijado de modo formal como acaecido históricamente”; que son conjeturas en virtud de las cuales y, para un caso concreto, se admite la existencia de un hecho no directamente probado, mediante deducción de la experiencia común.

Vista entonces las diferencias sustanciales que existen entre presunciones, conjeturas, sospechas e indicios, señalamos, como lo expone Climent Durán, que una presunción no es otra cosa “que obtener la prueba de un

determinado hecho (hecho presunto) , partiendo de otro u otros hechos básicos (indicios) , que se prueban a través de cualquier otro medio probatorio, y que están estrechamente ligados con el hecho presunto, de manera que se pueda afirmar que, probando el hecho o los hechos básicos, también resulta probado el hecho consecuencia o el hecho presunto ”.

Explica Chiovenda “que las presunciones denominadas *praesumptiones homini (o facti)* son aquellas de que se sirve el juez como hombre durante la litis para formarse su convencimiento de modo análogo a como haría cualquier razonador fuera del proceso. Cuando, según la experiencia que tenemos del orden *moral* de las cosas, un hecho es causa o efecto de otro hecho, presumimos nosotros la existencia de otro. La presunción es, por consiguiente, un convencimiento fundado sobre el orden normal de las cosas y que duran hasta que se pruebe lo contrario”. En tal sentido, una definición clásica de presunción es aquella que se refiere a las consecuencias que la ley o el juez deducen de un hecho conocido para afirmar un hecho desconocido. Serra afirma que la presunción es aquella actividad intelectual que lleva a cabo el juzgador, la que se realiza en la fase de la fijación de las percepciones, a través de la cual un hecho distinto del afirmado por las partes en la fase instrumental, a causa de un nexo lógico o de causalidad, se sustenta una afirmación. Hablamos de un juicio lógico del legislador que parte de la base de un hecho cierto o probable, partiendo de hechos debidamente probados.

La presunción no es un simple razonamiento o una operación intelectual realizada en términos judiciales. Se trata de un razonamiento que contiene

diferentes presunciones. En todo caso, se refiere a una clase de prueba cuya realización implica un esfuerzo intelectual mayor que de la mayoría de las pruebas directas.

Hablamos de una clase de prueba que encierra ciertas dificultades probatorias que no ha podido ser resuelta a través de los medios tradicionales.

En síntesis, como lo manifiesta Devis Echandìa, la presunción judicial o de hombre es un principio lógico, basado en las máximas generales de la experiencia o en conocimientos especializados (que suministran los peritos) que le sirve al juez para determinar el valor probatorio del indicio o de otra prueba cualquiera. En ese sentido su confusión resulta ilógica y absurda.

Sin embargo, más allá de todo el debate suscitado entorno a los indicios y la presunciones, lo correcto es que en igualdad de condiciones , en lo que respecta a todos los demás medios de prueba, la única diferencia que existe sobre el particular es que en los históricos ese argumento probatorio se basa en la representación (oral, escrita o mediante imágenes o sonido) , mientras que en los indicios existe necesariamente una conexión lógico-científica ; en todos los demás interviene las reglas de la experiencia para determinar la credibilidad y, por lo tanto, la fuerza probatoria de esa representación o conexión.

14.4. Prueba indirecta y prueba indiciaria (Luis Lamas Puccio: 2016)

En términos históricos, la denominada prueba indiciaria siempre ha estado relacionada con la prueba indirecta y no la directa, a raíz de la premisa

ampliamente aceptada de que se trata de un hecho que requiere ser corroborada con otros indicios y otras pruebas (...) y, por tanto, se trata de hechos vinculados, pero de forma indirecta al caso que la motivaba. Varias son las razones que pueden explicar el que en épocas anteriores tenían determinados aspectos vinculados con la valoración y determinación de un hecho en particular, que eran ajenos a un centrado enfoque objetivo de la prueba, entre los que primaban, la sospecha, la religión, algunas creencias, las subjetividades sobre el comportamiento de las personas, todos ellos factores relevantes en materia de apreciación y, en última instancia, el propio y libre albedrío de quienes juzgaba de acuerdo a su propio criterio y a la manera de concebir la responsabilidad.

Sobre este aspecto, Calsin Coila manifiesta “que, en cualquier caso, penal, el acervo probatorio puede estar constituido por pruebas directas o pruebas indirectas; las primeras revelan la manera en que ha sucedido un hecho imputado, mientras que las segundas permiten inferir esto a partir de hechos probados no constitutivos del delito o de la intervención de una persona en el mismo. El hecho de que una prueba sea indirecta no la priva en rigor de ser una prueba, en la medida que es una fuente de conocimiento de un hecho, y se orienta a conformar o no enunciados fácticos, mediante la utilización de la inferencia”.

En la prueba directa o también llamada “inmediata”, existe una unificación entre el hecho probado a través de la percepción que el juez tiene sobre los hechos y del mismo hecho que es el motivo u objeto de la prueba. En palabras de Cordón Aguilar, “el juez conoce el hecho mediante la

percepción directa e inmediata de este. Por ende, solo el reconocimiento judicial encuadra en este concepto, pues el hecho directamente percibido por el juez, es el mismo objeto de la prueba”, y solo puede probarse así los hechos presentes y actuales, sea por su naturaleza permanente, o porque subsisten u ocurren en presencia del juzgador. Por el contrario, la prueba indirecta o mediata existirá “cuando el hecho objeto de la percepción es diferente del hecho que prueba , de tal manera que el juzgador solo percibe el segundo y de este induce indirecta o mediante la existencia del primero”.

Referencias bibliográficas

García Caveró (2015). *El delito de lavado de activos*. Juristas editores. Lima-Perú.

Lamas Suárez (2017). *El delito previo en el tipo penal de lavado de activos*. Instituto Pacífico. Lima-Perú.

Kai Ambos, Dino Carlos Caro Coria, Ezequiel Malarino- Coordinadores (2015). *Lavado de activos y compliance. Perspectiva internacional y derecho comparado*. Juristas editores. CEDPE. EDPAL

Luis Lamas Puccio (2016) *Inteligencia financiera y operaciones sospechosas*. Lavado de activos. Gaceta jurídica S.A. Lima –Perú.

Prado Saldarriaga (2016). *Criminalidad organizada, parte especial*. Instituto Pacífico. 2016-Lima-Perú.

Reátegui Sánchez – Reátegui Lozano (2017). *El delito de lavado de activos y el crimen organizado*. A& C Ediciones. Lima-Perú.