



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas

1

PLENO JURISDICCIONAL

Expediente 0006-2014-PI/TC

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Del 5 de marzo de 2020

Caso comunicación de operaciones sospechosas

COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA C. PODER
EJECUTIVO

Asunto

Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado

Magistrados firmantes:

SS.

LEDESMA NARVÁEZ
FERRERO COSTA
MIRANDA CANALES
ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas | 2

CONTENIDO

I. ANTECEDENTES	3
A. PETITORIO	3
B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES	4
B-1. Demanda	4
B-2. Contestación de la demanda	6
II. FUNDAMENTOS	7
A. CUESTIONES PRELIMINARES	7
B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL	8
B-1. La ley autoritativa como parámetro de control	11
B-2. El contenido normativo del decreto legislativo 1106	13
C. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO	16
C-1. Constitución y Derecho penal	17
C-2. Análisis de proporcionalidad del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas	25
C-3. El principio de legalidad penal	40
C-4. El principio de culpabilidad penal	49
III. FALLO	51

mm



SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 5 días del mes de marzo de 2020, el Tribunal Constitucional, en sesión del Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Ledesma Narváez (presidenta), Miranda Canales, Blume Fortini, Ramos Núñez, Sardón de Taboada y Espinosa-Saldaña Barrera, pronuncia la siguiente sentencia, con el abocamiento del magistrado Ferrero Costa, aprobado en la sesión de Pleno del 5 de setiembre de 2017. Asimismo, se agregan el fundamento de voto del magistrado Espinosa-Saldaña Barrera, y los votos singulares de los magistrados Blume Fortini y Sardón de Taboada. Se deja constancia de que el magistrado Ramos Núñez votará en fecha posterior.

I. ANTECEDENTES

A. PETITORIO

Con fecha 24 de febrero de 2014, el Colegio de Notarios de Lima, representado por su Decano, interpone demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de abril de 2012. Alega la violación de los artículos 1, 2.24, literales b y d, 3, 43 y 104 de la Constitución, por lo que plantea la siguiente pretensión:

- Se declare la inconstitucionalidad por la forma de la Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias Modificatorias del Decreto Legislativo 1106.
- Se declare la inconstitucionalidad por el fondo del artículo 5 del referido Decreto Legislativo.

En defensa de la constitucionalidad de las disposiciones impugnadas, con fecha 16 de octubre de 2014, el Poder Ejecutivo, a través del procurador público especializado en materia constitucional contesta la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, por lo que solicita que la misma sea declarada infundada.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 4

B. ARGUMENTOS DE LAS PARTES

Las partes postulan una serie de razones o argumentos sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones legales objetadas que, a manera de resumen, se presentan a continuación.

B-1. DEMANDA

La demanda de inconstitucionalidad se sustenta en los siguientes argumentos:

- La Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias Modificadorias del Decreto Legislativo 1106, que modifican la Ley 27693 y el Decreto Legislativo 1049, son inconstitucionales por la forma, toda vez que contravienen el artículo 104 de la Constitución y la Ley 29815, que delega en el Poder Ejecutivo la facultad para legislar en materia de interdicción de la minería ilegal y la lucha contra la criminalidad organizada (en adelante “ley autoritativa”).
- Al respecto, se afirma que pese a que la ley autoritativa solo autorizó a legislar sobre la represión de la minería ilegal y la criminalidad asociada, las disposiciones legales impugnadas introducen obligaciones y responsabilidades para los notarios en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, tales como:
 - i) La supervisión de la Unidad de Inteligencia Financiera a los notarios y a otras entidades (en adelante “UIF”);
 - ii) La obligación de los notarios de brindar las facilidades a la UIF en las visitas de inspección que esta realice; y
 - iii) La obligación de los notarios de verificar la identidad de los intervinientes en las transacciones que estos realicen, así como la de dejar expresa constancia de haber realizado las acciones mínimas de

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 5

control en materia de prevención de lavado de activos, especialmente con relación al origen de los fondos u otros bienes activos y los medios de pago utilizados en la transacción.

De otro lado, el Colegio demandante sostiene que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, que tipifica el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas, es inconstitucional por el fondo, toda vez que vulnera el derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 2.24.b, de la Constitución.

- Al respecto, afirma que la referida disposición normativa restringe de manera desproporcionada el derecho a la libertad personal, puesto que regula un delito de peligro abstracto en el que la conducta típica no lesiona el bien jurídico "componentes de la economía social de mercado", sino que solo genera un riesgo a las funciones de análisis y evaluación de la UIF respecto de las operaciones sospechosas relacionadas con el delito de lavado de activos. De manera tal que la vinculación de la conducta típica con la protección del bien jurídico es solo remota, no existe una vinculación directa.
- Asimismo, afirma que la restricción de la libertad personal mediante la tipificación del delito en mención resulta innecesaria, puesto que existe un medio alternativo como el Derecho Administrativo, que es menos gravoso e igualmente idóneo para conseguir el objetivo propuesto, consistente en detectar operaciones sospechosas y reportarlas a la UIF.
- Al respecto, enfatiza que si la finalidad constitucional es proteger el bien jurídico frente a la conducta que solo genera un peligro remoto a las funciones y obligaciones del sistema de prevención del lavado de activos, tal aspecto puede ser regulado por el Derecho Administrativo, y no requiere la intervención del Derecho Penal. Finalmente, sostiene que la reducida y remota intensidad en el ataque al bien jurídico, a través de la falta de comunicación de las operaciones sospechosas, resulta menor en términos de equivalencia a la afectación del derecho fundamental a la libertad personal.
- Por otro lado, el Colegio demandante sostiene que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 también es inconstitucional por el fondo, por cuanto contraviene el principio de legalidad reconocido en el artículo 2.24.d, de la Constitución. Al respecto, afirma que

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 6

la referida disposición legal carece de una definición clara y precisa de la conducta prohibida, toda vez que el sentido y alcance de la expresión "operaciones sospechosas" es imprecisa y equívoca.

Agrega que, si bien la disposición legal se remite a normas extrapenales, estas igualmente generan incertidumbre y dificultad para determinar lo que debe entenderse por "operación sospechosa", por lo que, en definitiva, el sentido y alcance de dicho término se determina de manera subjetiva sustentada en elementos indeterminados o extensivos.

El Colegio demandante sostiene que el artículo 5 impugnado también es inconstitucional por el fondo, toda vez que vulnera el principio de culpabilidad penal, implícitamente reconocido en los artículos 1 y 43 de la Constitución. Al respecto, afirma que el tipo penal en mención, que es un supuesto de ley penal en blanco, no precisa la conducta que debe observar el sujeto obligado y solo se limita a la advertencia de la imposición de una pena, generando así una responsabilidad objetiva.

- Finalmente, se añade en la demanda que dicha disposición penal puede generar que el sujeto obligado se limite a reportar toda operación y presumirla como sospechosa ante el temor de la sanción penal, afectando con ello no solo la dignidad de la persona, sino también el objetivo del sistema de prevención del lavado de activos.

B-2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La contestación de la demanda se sustenta en los siguientes argumentos:

- Las disposiciones normativas cuestionadas (Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias Modificatorias del Decreto Legislativo 1106), que modifican determinados artículos de otras normas, regulan aspectos relacionados con el delito de lavado de activos y, por lo tanto, resultan compatibles con la materia contemplada en el artículo 2.2.b de la ley autoritativa.
- En efecto, al encontrarse las disposiciones objetadas referidas al delito de lavado de activos, queda claro que no se trasgrede la materia específica expresada en la ley autoritativa y, por lo mismo, no existe vulneración del artículo 104 de la Constitución.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 7

De otro lado, la parte demandada sostiene que la restricción del derecho fundamental a la libertad personal se encuentra justificada, toda vez que el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas, previsto en el artículo 5 del Decreto Legislativo impugnado, es un delito de carácter pluriofensivo. Es decir, no solo afecta el bien jurídico "orden socioeconómico", sino que también afecta otros bienes jurídicos, tales como la administración de justicia, la salud o el medio ambiente, por lo que, a su juicio, las sanciones penales establecidas resultan proporcionales.

Finalmente, la parte demandada sostiene que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 no contraviene el principio de legalidad penal, puesto que siguiendo la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en esta materia, afirma que la certeza de la ley es compatible con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos penales. Sobre esta base, sostiene que el uso de la expresión "operaciones o transacciones sospechosas" no convierte en inconstitucional la disposición penal en cuestión. Por lo demás, agrega, la remisión a un reglamento o a una norma extrapenal tampoco constituye una causal de inconstitucionalidad de los tipos penales.

II. FUNDAMENTOS

A. CUESTIONES PRELIMINARES

1. De los fundamentos expuestos en la demanda se advierte que lo que se pretende es que se declare la inconstitucionalidad de diversos artículos del Decreto Legislativo 1106, por lo que la labor del Tribunal estará circunscrita a analizar los siguientes extremos:

- En primer lugar, los vicios de inconstitucionalidad formal denunciados respecto de la Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias y Modificatorias del Decreto Legislativo 1106.

Conviene precisar que el extremo normativo impugnado de algunas de estas disposiciones legales han sido modificados con posterioridad a la interposición de

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas 8

la demanda. Así pues, el inciso 9.A.9 del artículo 9-A de la Ley 27693 que se refiere a la supervisión de la UIF a los notarios y otras entidades, que ha sido incorporado por la Quinta Disposición Complementaria y Modificatoria, ha sido modificado por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1249, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de noviembre de 2016.

Asimismo, el artículo 55 del Decreto Legislativo 1049, que se refiere a la obligación que tienen los notarios de verificar la identidad de los intervinientes en las transacciones que realicen, que ha sido modificado por la Quinta Disposición Complementaria y Modificatoria, ha sido objeto de nueva modificación por la Segunda Disposición Complementaria Modificatoria de la Ley 30313, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de marzo de 2015 y luego por el artículo 1 del Decreto Legislativo 1232, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 26 de setiembre de 2015.

Tal situación, sin embargo, no impide que se pueda examinar la validez de las disposiciones antes mencionadas, puesto que este Tribunal en reiterada y constante jurisprudencia ha establecido que es posible realizar el juicio de validez de una norma derogada cuando esta continúe desplegando sus efectos (fundamentos 2 de la Sentencia 0004-2004-AI y otros, fundamento 5 de la Sentencia 0019-2005-PI/TC, etc.).

En el caso de autos, existe la posibilidad de que se hayan instaurado procedimientos sancionadores o impuesto sanciones debido al incumplimiento de las obligaciones previstas en las disposiciones legales objetadas, por lo que este Tribunal mantiene su competencia para pronunciarse sobre la validez formal de estas.

- En segundo lugar, los vicios de inconstitucionalidad de fondo invocados respecto del artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 sobre la base de los derechos o principios que, según se indica, han sido vulnerados.

B. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD FORMAL

2. El Colegio Profesional demandante solicita que se declare la inconstitucionalidad por la forma de la Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 9

Modificatorias del Decreto Legislativo 1106, por contravenir el artículo 104 de la Constitución y la ley autoritativa.

3. Al respecto, conviene precisar que, si bien se invoca o se alega la inconstitucionalidad del texto íntegro de las disposiciones legales mencionadas, de los argumentos expuestos en la demanda se advierte que en realidad los extremos impugnados están referidos al siguiente texto normativo:

Quinta.- Incorporación del Artículo 9-A a la Ley N.º 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - UIF-Perú

Incorpórese el Artículo 9-A a la Ley N.º 27693, en los términos siguientes:

Artículo 9-A.- De los organismos supervisores

9.A.1. Se consideran organismos supervisores en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo para efectos de lo dispuesto en la presente Ley, aquellos organismos o instituciones públicas o privadas que de acuerdo a su normatividad o fines ejercen funciones de supervisión, fiscalización, control, registro, autorización funcional o gremiales respecto de los Sujetos Obligados a informar.

(...)

9.A.9. Están bajo la supervisión de la UIF-Perú en esta materia los notarios públicos y las cooperativas de ahorro y crédito no autorizadas para captar ahorros del público. Para el ejercicio de la función de supervisión a cargo de la UIF-Perú, la Superintendencia podrá contar con el apoyo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y de la Superintendencia Nacional de Aduanas y de Administración Tributaria, entidades que por convenio incorporarán la revisión de los sistemas de prevención de los sujetos obligados que sean objeto de acciones de fiscalización en sus respectivos ámbitos de competencia.

(...)

Sexta.- Modificación de los artículos 16 del Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo N.º 1049

Modifíquese el inciso o) e incorpórese el inciso p) al artículo 16 del Decreto Legislativo N.º 1049 en los términos siguientes:

Artículo 16.- Obligaciones del Notario

El notario está obligado a:

(...)

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas

10

o) Aceptar y brindar las facilidades para las visitas de inspección que disponga tanto su Colegio de Notarios, el Tribunal de Honor y el Consejo del Notariado en el correspondiente oficio notarial, así como la Unidad de Inteligencia Financiera.

p) Cumplir con todas las normas pertinentes en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, conforme a la legislación de la materia.

Sétima.- Modificación de los artículos 55 del Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo N.º 1049

Modifíquese el artículo 55 del Decreto Legislativo del Notariado, Decreto Legislativo N.º 1049 en los términos siguientes:

Artículo 55.- Identidad del otorgante

El notario dará fe de conocer a los otorgantes y/o intervinientes o de haberlos identificado.

Es obligación del notario acceder a la base de datos del Registro Nacional de Identificación y Estado Civil - RENIEC- en aquellos lugares donde se cuente con acceso a Internet y sea posible para la indicada entidad brindar el servicio de consultas en línea, para la verificación de la identidad de los intervinientes mediante la verificación de las imágenes, datos y/o la identificación por comparación biométrica de las huellas dactilares. Cuando el notario lo juzgue conveniente exigirá otros documentos y/o la intervención de testigos que garanticen una adecuada identificación.

(...)

Asimismo, el notario público deberá dejar expresa constancia en la escritura pública de haber efectuado las mínimas acciones de control y debida diligencia en materia de prevención del lavado de activos, especialmente vinculado a la minería ilegal u otras formas de crimen organizado, respecto a todas las partes intervinientes en la transacción, específicamente con relación al origen de los fondos, bienes u otros activos involucrados en dicha transacción, así como con los medios de pago utilizados.

4. La parte demandante sostiene que las disposiciones legales impugnadas exceden las materias delegadas por la ley autoritativa, puesto que esta únicamente autorizó a legislar sobre la represión de la minería ilegal y la criminalidad asociada a ella, y no sobre el establecimiento de obligaciones y responsabilidades para los notarios en materia de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo, tales como la supervisión de la UIF a los notarios y a otras entidades;

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas 11

la obligación de los notarios de brindar las facilidades a la UIF en las visitas de inspección que esta realice; y la obligación de verificar la identidad de los intervinientes en las transacciones que estos realicen, así como la de dejar expresa constancia de haber realizado las acciones mínimas de control en materia de prevención de lavado de activos, especialmente con relación al origen de los fondos u otros bienes activos y los medios de pago utilizados en la transacción.

5. Por su parte, el demandado sostiene que las disposiciones legales objetadas, que modifican determinados artículos de otras leyes, regulan aspectos relacionados con el delito de lavado de activos y, por lo tanto, resultan compatibles con la materia contemplada en el artículo 2.2.b de la ley autoritativa. En ese sentido, enfatiza que al encontrarse las disposiciones objetadas referidas al delito de lavado de activos, queda claro que no se trasgrede la materia específica señalada en la ley autoritativa y, por lo mismo, no se vulnera el artículo 104 de la Constitución.

6. Ahora bien, con relación a la inconstitucionalidad formal, este Tribunal tiene dicho que los supuestos generadores de esta infracción pueden ser: i) el quebrantamiento del procedimiento legislativo previsto en la Constitución, ii) el tratamiento de una materia reservada directamente por la Constitución a otra fuente formal específica del Derecho, y iii) la expedición de la norma por un órgano constitucionalmente incompetente para hacerlo (Sentencia 0020-2005-PI/TC, fundamento 22 y Sentencia 0012-2012-PI/TC, fundamento 2). Con esta base, este Tribunal realizará el examen de constitucionalidad de la legislación puesta en cuestión a la luz del último de los supuestos antes mencionados.

B-1. LA LEY AUTORITATIVA COMO PARÁMETRO DE CONTROL

7. Al igual que ocurre en la mayoría de los actuales sistemas constitucionales, en nuestro ordenamiento jurídico, si bien el órgano estatal típico de la función legislativa es el Poder Legislativo (artículo 102.1 de la Constitución), también lo es que tal facultad puede ser desarrollada por otro poder del Estado (el Poder Ejecutivo) mediante decretos legislativos, previa delegación explícita y específica de facultades por el Congreso.

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas 12

8. Tal delegación, por cierto, no supone la renuncia de este último a la función legislativa encomendada por la Constitución ni que durante el lapso que dure la delegación el Congreso carezca de la competencia para ejercer dicha función.

9. Lo dicho es así por cuanto no es posible que un Poder del Estado o alguno de sus órganos constitucionales pueda transferir de manera absoluta a otro una competencia que la Constitución le ha asignado. Por lo demás, el encontrarse autorizado para legislar delegadamente tampoco supone que el Poder Ejecutivo legisle en representación, por cuenta o en nombre del Parlamento, sino que se trata del ejercicio autónomo de una facultad de aquel, toda vez que la legislación ejecutiva delegada es la materialización del ejercicio de la competencia de ejercer función legislativa con que la Constitución ha investido al Poder Ejecutivo.

10. El artículo 104 de la Constitución establece lo siguiente: "El Congreso puede delegar en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar, mediante decretos legislativos, sobre la materia específica y por el plazo determinado establecidos en la ley autoritativa. No pueden delegarse las materias que son indelegables a la Comisión Permanente. Los decretos legislativos están sometidos, en cuanto a su promulgación, publicación, vigencia y efectos, a las mismas normas que rigen para la ley (...)".

11. Ello supone que, de acuerdo con nuestro sistema constitucional, el ejercicio de dicha competencia se encuentra sujeto a determinados límites, tales como que la delegación legislativa debe ser concedida mediante ley autoritativa (límites formales), debe contener la indicación específica de la materia que se delega (límites materiales), así como el establecimiento de un plazo determinado (límites temporales).

12. Con relación a los límites materiales, este Tribunal considera que dicha exigencia se encuentra cumplida con la mención o indicación de la materia específica que se ha delegado, la cual puede estar referida a una o varias áreas del Derecho. La Constitución no impone la obligación de desarrollar o exponer de manera detallada o minuciosa el contenido que se debe incluir en el decreto legislativo, puesto que una exigencia de esa naturaleza convertiría en innecesaria la existencia misma de la delegación de facultades y la expedición del decreto legislativo.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas

13

13. En cambio, lo que sí proscribe la Constitución es el uso o empleo de fórmulas manifiestamente generales, indefinidas o imprecisas. Asimismo, el contenido normativo que expresa la ley autoritativa debe ser determinado considerando, de un lado, la propia facultad delegada, y, de otro, el objetivo de ésta (fundamento 6 de la Sentencia 0002-2010-PI/TC).
14. Ahora bien, dado que la Constitución encarga a la ley autoritativa la competencia para establecer los límites que se debe observar en la emisión de la legislación delegada, dicha ley habilitante cumple la función de una norma sobre la producción jurídica “en un doble sentido; por un lado, como ‘normas sobre la forma de la producción jurídica’, esto es, cuando se les encarga la capacidad de condicionar el procedimiento de elaboración de otras fuentes que tienen su mismo rango; y, por otro, como ‘normas sobre el contenido de la normación’, es decir, cuando por encargo de la Constitución pueden limitar su contenido” (fundamento 27 de la STC 0020-2005-PI/TC).
15. En tal condición, la ley autoritativa tiene la propiedad de conformar el parámetro con el cual cabe que se analice la constitucionalidad de los decretos legislativos expedidos.

B-2. EL CONTENIDO NORMATIVO DEL DECRETO LEGISLATIVO 1106

16. En lo que se refiere al objeto de la controversia de autos, se advierte que mediante Ley 29815, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 22 de diciembre de 2011, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de legislar por el término de ciento veinte (120) días calendario sobre determinadas materias específicas que, en la parte pertinente, se encuentran redactadas de la siguiente manera:

Artículo 2. Materias de la delegación de facultades legislativas

La delegación a la que se refiere el artículo 1 de la presente ley comprende la facultad de legislar sobre las siguientes materias:

[...]

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas

14

2. Lucha contra la criminalidad asociada a la minería ilegal:

a. Nuevo marco legal sustantivo y procesal para la persecución penal contra quienes, realizando actividades de minería ilegal, afecten el medio ambiente o se encuentren incurso en actividades criminales de grave afectación social.

b. Investigación, procesamiento y sanción de personas vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado vinculados a la minería ilegal, mediante la modificación de la normativa sobre las funciones y competencias de la Policía Nacional del Perú y normativa procesal penal.

[...].

17. Del contenido normativo de la ley autoritativa, se aprecia que la delegación de facultades legislativas en el Poder Ejecutivo está circunscrita a la regulación de un “nuevo marco legal sustantivo y procesal para la persecución penal” de las personas que “se encuentren incurso en actividades criminales de grave afectación social”, aunque con especial énfasis en las que se encuentran vinculadas a las “actividades de minería ilegal” o las que “afecten el medio ambiente” (artículo 2.a), lo que, a su vez, comprende la regulación de los actos de “investigación, procesamiento y sanción de las personas vinculadas con el lavado de activos y otros delitos relacionados al crimen organizado vinculados a la minería ilegal” (artículo 2.b).

18. De esta manera, ley autoritativa, al autorizar la regulación de un nuevo marco legal sustantivo y procesal que incluya la investigación, procesamiento y sanción de personas vinculadas con las actividades criminales de grave afectación social, en puridad, está haciendo referencia a una regulación integral que comprenda no solo los aspectos de detección y represión de tales actividades, sino también el aspecto de la prevención de las mismas.

19. Es decir, dichas facultades no agotan sus esfuerzos en la regulación de un programa de detección y represión de actividades ilícitas, sino también exige la adopción de medidas de prevención con el objeto de contrarrestar tales actividades ilícitas.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



20. Algo similar se estableció en el Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, que fue aprobado mediante Decreto Supremo 057-2011-PCM. Según su numeral 29.a., la lucha del Estado contra las formas de criminalidad más gravosas pueden ser desarrolladas a través de diversos mecanismos, entre ellos, el de la prevención.
21. Este componente preventivo, a su vez, despliega un conjunto de mecanismos tales como la regulación, desarrollo e implementación de políticas, procedimientos y controles internos de los sujetos obligados, así como el ejercicio de la capacidad supervisora y sancionatoria a nivel administrativo.
22. Si bien tal plan fue reemplazado por la Política y Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, aprobado por el Decreto Supremo 003-2018-JUS, es importante indicar que la prevención se mantiene como uno de sus ejes. De esta manera, el Eje Estratégico I comprende la identificación de riesgos y el funcionamiento del sistema de prevención –regulación, supervisión y sanción– de lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. De igual forma, comprende también la comunicación adecuada de operaciones sospechosas a la Unidad de Inteligencia Financiera (ver página 22 de dicho Plan).
23. En el caso de autos, la Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias Modificatorias del Decreto Legislativo 1106 regulan la supervisión de la UIF sobre los notarios y a otras entidades; la obligación de los notarios de brindar las facilidades a la UIF en las visitas de inspección que esta realice; y la obligación de los notarios de verificar la identidad de los intervinientes en las transacciones que estos realicen, así como la de dejar expresa constancia de haber realizado las acciones mínimas de control en materia de prevención de lavado de activos, especialmente con relación al origen de los fondos u otros bienes activos y los medios de pago utilizados en la transacción.
24. Es decir, se trata de una regulación que se refiere al aspecto de la prevención de las actividades de lavado de activos, entre las que se encuentran las actividades de minería ilegal y una amplia gama de otros delitos, así como el delito de financiamiento del terrorismo que, como dijimos *supra*, constituyen actividades criminales con graves consecuencias sociales, por lo que este Tribunal considera

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas 16

que la actividad normativa del Poder Ejecutivo, a través del decreto legislativo en cuestión, ha sido cumplida de manera constitucionalmente legítima, especialmente si se toma en cuenta no solo lo expresamente establecido en la ley autoritativa, sino también la finalidad que persigue la misma.

25. Así las cosas, no resultan atendibles los argumentos de la parte demandante en los que pretende o busca limitar las competencias delegadas únicamente al aspecto de la represión de la minería ilegal y la criminalidad asociada, dejando de lado el aspecto de la prevención de las actividades criminales de grave afectación social. Y es que, pretender que la legislación delegada permita regular únicamente sobre el ámbito de la represión de la minería ilegal y la criminalidad asociada supone atribuir no solo un sentido interpretativo que no abarca todo lo establecido en la ley autoritativa, puesto que una interpretación en ese sentido es limitada, sino que también dificulta u obstaculiza la lucha eficaz del Estado en el plano preventivo contra las actividades ilícitas de grave afectación social, por cuanto se necesitaría de legislaciones sectoriales o complementarias para lograr ese cometido.

26. Sobre esta base, dado que la legislación delegada del Ejecutivo resulta plenamente compatible con la exigencia material de la ley autoritativa, o lo que es lo mismo, dado que la legislación ejecutiva delegada no contraviene los límites materiales constitucionalmente fijados en la ley autoritativa, no se produce la vulneración formal de la Constitución, por lo que este Tribunal concluye que corresponde ratificar la constitucionalidad formal de las disposiciones cuestionadas, y, en consecuencia, se debe declarar infundada la demanda en este extremo.

C. ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO

27. El Colegio demandante también cuestiona la constitucionalidad por el fondo del artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, por contravenir diversas disposiciones de la Constitución. Al respecto, cabe anotar que, si bien alega la inconstitucionalidad del texto íntegro de dicha disposición, de los argumentos expuestos en la demanda se advierte que en puridad el extremo impugnado está referido al siguiente texto normativo:

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas

17

Artículo 5.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...).

28. Vistos los extremos cuestionados y los argumentos que lo sustentan, el examen de constitucionalidad que se realizará en este apartado se iniciará con el análisis de la relación entre la Constitución y el Derecho penal, para luego abordar la legitimidad de la actuación del legislador en la configuración de las categorías de orden penal, tales como la estructuración de los delitos de peligro abstracto —al que pertenecería el delito omisión de comunicación de operaciones sospechosas— y, finalmente, a partir de ello, determinar si la disposición penal que lo contiene vulnera o no el derecho a la libertad personal, el principio de legalidad penal y el principio culpabilidad.

C-1. CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

29. En el Estado constitucional, la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento jurídico, cuyo supremo intérprete es el Tribunal Constitucional. A partir de este carácter normativo, la Constitución se convierte en la fuente principal del sistema de fuentes del Derecho de un determinado Estado. En ella se encuentran las bases fundamentales de todas las disciplinas o áreas del Derecho. Por lo tanto, el análisis de las diversas instituciones jurídicas que realiza el Tribunal Constitucional es un desarrollo que, necesariamente, debe tener como su punto de partida la propia Constitución.
30. Sobre esta base, es posible sostener que los fundamentos y presupuestos básicos de las diversas instituciones o categorías del Derecho penal se encuentran también recogidas o plasmadas en la Constitución, dando lugar así al denominado Derecho constitucional penal.
31. Este proceso de constitucionalización del Derecho nos permite afirmar hoy en día, sin duda alguna, que “las bases del Derecho penal y de todas las demás ramas del

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas 18

Derecho, en general, no hay que buscarlas en los códigos o en las leyes, sino en la Constitución” (fundamento 2 de la Sentencia 0014-2006-PI/TC). En resumen, el Derecho Penal, el Derecho Procesal Penal y el Derecho de Ejecución Penal sólo pueden y deben ser entendidos desde y conforme al marco establecido en la Constitución.

32. Ahora bien, merece precisarse que el Derecho penal es el sub-sistema normativo a través del cual el Estado regula y ejerce el *ius puniendi* a favor de la protección de los intereses esenciales de las personas y la sociedad en general (artículos 1 y 44 de la Constitución).

33. En efecto, el Estado utiliza el Derecho penal, de un lado, para instituirlo como un instrumento formal de control social, y de otro lado, para establecer las conductas punibles, fijar los límites máximos o mínimos de la pena, regular el proceso penal, etc., frente a la afectación de determinados bienes constitucionales.

34. A fin de cumplir tales propósitos, a juicio de este Tribunal, el Derecho penal debe procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Constitución le reconoce a toda persona. En ese sentido, el Derecho penal debe orientar la función preventiva general y especial de la pena con arreglo a los principios de legalidad, igualdad, culpabilidad, lesividad, exclusiva protección de bienes jurídicos, razonabilidad, entre otros (fundamento 9 de la Sentencia 0012-2006-PI/TC).

35. No obstante, en el marco del Estado constitucional, la actividad punitiva del Estado no es una actividad exenta de límites, sino que se encuentra sometida a los valores, principios y derechos fundamentales previstos en la propia Constitución.

36. Es decir, el tradicional espacio de libertad que tuvo el legislador penal en el Estado legal para determinar los delitos y las penas, en el Estado constitucional se ve limitado por la Constitución en tanto norma jurídica suprema, de manera tal que el legislador penal ya no goza de discrecionalidad absoluta en la configuración de las conductas que pueden resultar punibles y de las penas, sino que, bien entendidas las cosas, aquel solo goza de discrecionalidad relativa.

MM



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 19

37. En efecto, si bien el legislador gozaba de la más absoluta discrecionalidad para establecer qué conductas debían resultar punibles, cuáles debían ser las penas que le correspondían, entre otros aspectos, en el marco del Estado constitucional, el legislador ve disminuida su discrecionalidad debido a la consagración expresa de un conjunto de valores, principios y derechos en la Constitución.
38. Por ello, hoy en día, el legislador “goza de una ‘discrecionalidad relativa’, según la cual posee un determinado nivel de autonomía, pero, a diferencia de la discrecionalidad absoluta que poseía en el Estado legal [...], se encuentra vinculado por las mencionadas garantías, así como por los principios y valores de la Constitución” (Sentencia 0012-2006- PI/TC, fundamento 15).

C-1.A. La protección penal de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes

39. La función principal del Derecho penal es la protección de bienes jurídicos penales relevantes para las personas y la sociedad, toda vez que garantizan las condiciones mínimas para la actuación, desarrollo y convivencia armónica del individuo en la sociedad.
40. Asimismo, tales bienes, por su naturaleza, están referidos a los derechos y principios recogidos en la Constitución, tales como vida, libertad, patrimonio, seguridad, etc., por tanto, se trata de bienes jurídicos de relevancia constitucional, es decir, de bienes jurídicos que tienen sustento o fundamento constitucional.
41. Así entonces, el Derecho penal tutela y desarrolla los derechos y principios reconocidos en la Constitución y los que de ella emanan. Esto quiere decir que gozan de la condición de bien jurídico de relevancia constitucional no solo los bienes expresamente contemplados en el texto de la Constitución, sino también los que se derivan implícitamente de los expresamente reconocidos en ella. Por ello, es posible sostener que detrás de cada tipo penal debe haber al menos un bien jurídico con relevancia constitucional. Por lo demás, tales bienes pueden ser individuales o colectivos, dependiendo de si se encuentran referidos conceptual, real o jurídicamente a los individuos o a la sociedad en general.

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

42. Según este marco de consideraciones, la tipificación de una conducta como delito y la fijación de la respectiva pena, es decir, aquella cuya comisión pueda dar lugar a la privación o restricción de la libertad personal u otros derechos fundamentales solo será constitucionalmente válida si tiene como propósito la protección de bienes jurídicos constitucionalmente relevantes frente a su lesión o puesta en peligro. Dicho en otros términos, solo la defensa de un derecho, principio o un interés constitucionalmente relevante podría justificar en sede penal la restricción en el ejercicio de un derecho fundamental (fundamento 35 de la Sentencia 0019-2005-PI/TC).
43. Finalmente, conviene anotar que el bien jurídico penal constituye un mecanismo de limitación así como un mecanismo de legitimación de la intervención penal. En el plano de la limitación, el bien jurídico exige que la ley penal solo puede describir conductas merecedoras de pena, ya sea porque lesionan bienes jurídicos o porque los ponen en peligro. En el primer caso, la punibilidad de una conducta depende de un menoscabo o lesión al objeto de protección penal, en tanto que, en el segundo caso, se exige únicamente la probabilidad de un menoscabo o lesión para este, es decir, se exige solo el peligro o amenaza de lesión al bien jurídico penal. En el plano de la legitimación, el bien jurídico tutelado porta el núcleo de la justificación de una prohibición o mandato de carácter penal.

C-1.B. El sustento constitucional de la protección penal de los bienes jurídicos ante el peligro o riesgo de lesión

44. Como hemos dicho *supra*, la Constitución describe e impone una serie de límites al desarrollo de la actividad punitiva del Estado, por lo que el legislador penal solo goza de discrecionalidad relativa para diseñar la política criminal del Estado. Entre tales límites no solo se encuentra “la proscripción de limitar la libertad personal más allá de lo estrictamente necesario y en aras de la protección de bienes constitucionalmente relevantes, sino también la de no desvirtuar los fines del instrumento que dicho poder punitivo utiliza para garantizar la plena vigencia de los referidos bienes, es decir, no desnaturalizar los fines de la pena” (Sentencia 0014-2006-PI/TC, fundamento 12).

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas 21

45. Que la actividad punitiva estatal se encuentre sujeta a límites no quiere decir que el Derecho constitucional penal se convierta en un Derecho penal “simbólico”. Todo lo contrario, el Estado, dentro del marco constitucional establecido, debe responder de manera adecuada y eficaz frente a la afectación de los bienes constitucionales, toda vez que conforme lo establece el artículo 44 de la Constitución corresponde al Estado “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación”.
46. Ahora bien, las sociedades actuales se encuentran expuestas a nuevas y mayores fuentes de peligro, debido a los avances científicos y tecnológicos que tienen lugar en nuestros días, lo que ha permitido que se le denomine “la sociedad del riesgo”.
47. Tal estado de cosas exige u obliga a los Estados a implementar algunos mecanismos de protección, entre ellos, la configuración de los delitos de peligro que supone la anticipación legislativa de protección penal a los momentos previos de la lesión de un interés o bien jurídico.
48. En efecto, a fin de regular las diversas conductas que pueden surgir a partir de la aparición o el aumento de las fuentes de peligro, se han incorporado algunos mecanismos de protección, de naturaleza preventiva, que buscan sancionar los hechos y situaciones materialmente peligrosos para los bienes jurídicos como una medida adicional a la de los mecanismos que buscan castigar la lesión de estos.
49. Este acto de política criminal estatal, que contempla la punibilidad de hechos y situaciones materialmente peligrosas para los intereses vitales de las personas y de la sociedad, supone una nueva forma de configurar las estructuras de la imputación penal en la que el presupuesto básico es la puesta en peligro material de los bienes jurídicos, es decir, la probabilidad de que el bien jurídico sea lesionado.
50. De ello se desprende que la concepción de la imputación penal no solo comprende la lesión del interés o bien jurídico protegido, sino también el estatus o la puesta en peligro material de este. En otras palabras, si tradicionalmente se imputaban las conductas por la efectiva lesión del interés o bien jurídicamente protegido, la

mm



nueva configuración de la imputación penal incorpora también la probabilidad de su lesión.

51. En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, en el Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, ha señalado que los delitos de peligro son “aquellos en los que no se requiere que la conducta del agente haya ocasionado un daño sobre un objeto, sino que es suficiente con que el objeto jurídicamente protegido haya sido puesto en *peligro* de sufrir la lesión que se quiere evitar” (Acuerdo Plenario 6-2006/CJ-116, reparación civil y delitos de peligro, del 13 de octubre de 2006, fundamento 9). Es decir, en estos supuestos, lo decisivo no es ya la lesión del interés o bien jurídico protegido, sino su puesta en peligro.

52. En definitiva, los delitos de peligro penalizan comportamientos en los que existe gran probabilidad de que el menoscabo o la lesión de los bienes jurídicos de relevancia constitucional se produzca, dejando de lado las conductas irrelevantes o que carecen de dicha probabilidad.

53. De este modo, la actividad punitiva consistente en el establecimiento de tipos penales que sancionan conductas materialmente peligrosas para los bienes jurídicos surgidos en el contexto de las sociedades actuales, a efectos de prevenir la lesión efectiva de estos, resulta compatible con lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución que reconoce como deberes del Estado, entre otros, garantizar la plena vigencia de los derechos humanos y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.

C-1.C. La legitimidad constitucional de la configuración de los delitos de peligro abstracto

54. Existe un marcado consenso en afirmar que los delitos de peligro pueden ser de peligro concreto y de peligro abstracto. En general, los delitos de peligro concreto se caracterizan por enunciar o incluir de manera expresa el elemento “peligro” en la conducta descrita en el tipo penal, por lo que su consumación requiere de la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico tutelado. Supone, pues, la verificación *ex post* de la situación concreta de peligro. Por ejemplo: “expone a



peligro de muerte [...] a un menor de edad” (artículo 125 del C.P), “poniendo en peligro su vida” (artículo 126 del C.P), “expone a peligro la vida o la salud de una persona colocada bajo su autoridad”, (artículo 128 del C.P), “crea un peligro común para las personas” (artículo 273 del C.P), etc.

55. En cambio, los delitos de peligro abstracto se caracterizan *prima facie* por no enunciar de manera expresa el elemento “peligro” en la conducta descrita en el tipo penal: aquel se deriva implícitamente de este. Es decir, si bien el elemento “peligro” no se encuentra descrito de manera expresa en el tipo penal, sí constituye el presupuesto fundamental de la conducta prohibida y resulta suficiente para que sea considerada peligrosa; de aquí que su consumación no requiera de la existencia de un peligro concreto para el bien jurídico tutelado, sino solo de la existencia de un peligro potencial. Supone, pues, la verificación *ex ante* de la peligrosidad de la conducta.

56. Un supuesto de esta naturaleza se presenta cuando se tipifican figuras como las siguientes: “el que encontrándose en estado de ebriedad, con presencia de alcohol en la sangre en proporción mayor de 0.5 gramos-litro [...] conduce, opera o maniobra vehículo motorizado” (artículo 274 del C.P.); “el que, sin estar debidamente autorizado [...], ofrece o tiene en su poder bombas, artefactos o materiales explosivos” (artículo 279 del C.P.); “[e]l que contamina o adultera bienes o insumos destinados al uso o consumo” (artículo 286 del C.P.), etc.

57. Precisamente, uno de los temas que ha generado mayor discusión en las últimas décadas en el seno del Derecho penal es la estructuración de los delitos de peligro abstracto como supuesto de imputación penal, por resultar contradictoria con el principio de lesividad penal, dando lugar así a la llamada “flexibilización” de las categorías tradicionales del Derecho penal.

58. Al respecto, cabe anotar que, si bien el principio de lesividad no se encuentra expresamente contemplado en el texto constitucional, se trata de una manifestación implícita de los artículos 1, 3 y 44 de la Constitución. La manifestación concreta de dicho principio se encuentra recogida en el artículo IV el Título Preliminar del Código Penal que establece que “[l]a pena, necesariamente, precisa de la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos tutelados por la ley”.



59. Ahora bien, según el principio de lesividad penal, que se identifica con la máxima *nullum crimen sine iniuria*, una conducta será considerada ilícita solo si lesiona o pone en peligro un bien jurídicamente protegido, sea individual o colectivo. Dicho en otras palabras, la imposición de la sanción penal solo puede ser considerada constitucionalmente legítima si resulta necesaria para la protección de los bienes jurídicos esenciales frente a las conductas lesivas o peligrosas para estos. De ahí que no se trate de una simple presunción normativa de lesividad o puesta en peligro, sino que se requiere de la verificación razonable de ésta, a partir de las características concretas de cada conducta.

60. Así las cosas, surge la interrogante de si la configuración de los delitos de peligro abstracto se encuentra justificada o no en términos constitucionales, puesto que la conducta que se sanciona no lesiona ni pone en peligro concreto un bien jurídico determinado. Hemos dicho *supra* que, en los delitos de peligro abstracto, la razón fundamental para penalizar una conducta es la existencia del peligro potencial para el bien jurídico, sin que sea necesaria la existencia de un peligro concreto. Es decir, si bien en estos casos la punibilidad de la conducta no requiere de la existencia de un peligro concreto o una efectiva lesión al objeto de protección penal, sí exige un peligro potencial o una alta probabilidad de lesión. Asimismo, cabe anotar que lo que se penaliza en este tipo de delitos no son las conductas irrelevantes o insignificantes, sino que, bien entendidas las cosas, lo que se incrimina son aquellas conductas “potencialmente” peligrosas para los bienes jurídicos esenciales para las personas y la sociedad.

61. Dentro de este marco de consideraciones, y de cara a la justificación de la vinculación entre la conducta prohibida y el bien jurídico que se pretende proteger, este Tribunal considera que es la denominada “peligrosidad potencial” de la conducta la que la vincula de manera directa con el objeto de protección penal (verificación *ex ante* de la peligrosidad de la conducta), y, al mismo tiempo, es el presupuesto suficiente para considerar ese estado de peligro en penalmente relevante.

62. Por lo demás, esta intervención legislativa implica la concretización de la obligación de cumplir con los deberes de protección, tales como las de garantizar



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas

25

la plena vigencia de los derechos humanos, proteger a la población de las amenazas contra su seguridad, promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia, etc., previstos en el artículo 44 de la Constitución.

63. Finalmente, más allá de que la estructuración de los delitos de peligro abstracto implique la flexibilización de las categorías tradicionales del Derecho penal, en realidad supone una adaptación de este a las sociedades actuales, puesto que el Derecho en general, y el Derecho penal en particular, no puede permanecer ajeno o indiferente a los cambios que ocurran en la sociedad, así como a las diversas conductas que pueden surgir como consecuencia de la aparición o incremento de los riesgos en las sociedades actuales. De ahí la necesidad de la anticipación legislativa de la protección penal de los bienes jurídicos a los momentos previos de la lesión de estos, caracterizada por los delitos de peligro y, esencialmente, por los delitos de peligro abstracto.

C-2. ANÁLISIS DE PROPORCIONALIDAD DEL DELITO DE OMISIÓN DE COMUNICACIÓN DE OPERACIONES SOSPECHOSAS

64. El primero de los cuestionamientos de la demanda de inconstitucionalidad está referido a que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 contraviene el derecho a la libertad personal, reconocido en el artículo 2.24.b de la Constitución.

65. La parte demandante sostiene que dicha disposición legal regula un delito en el que la conducta típica no lesiona el bien jurídico "componentes del orden socioeconómico", sino que solo genera un riesgo para las funciones de análisis y evaluación de la UIF respecto de las operaciones sospechosas relacionadas con el lavado de activos y que, por tanto, no existe una vinculación directa con dicho bien jurídico, pues esta es solo remota.

66. Asimismo, sostiene que dicha medida legislativa resulta innecesaria, puesto que existe un medio alternativo menos gravoso e igualmente idóneo para conseguir la finalidad deseada como es el uso del Derecho administrativo. Finalmente, afirma que la reducida y remota intensidad en el ataque al referido bien jurídico resulta ser menor en términos de equivalencia a la afectación del derecho fundamental a la libertad personal.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 26

67. Por su parte, el demandado sostiene que la restricción al derecho fundamental a la libertad personal se encuentra justificada, toda vez que el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, tipificado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, es un delito de carácter pluriofensivo, es decir, no solo afecta el bien jurídico orden socioeconómico, sino también afecta otros bienes jurídicos, tales como la administración de justicia, la salud o el medio ambiente, por lo que considera que las sanciones penales fijadas resultan proporcionales.
68. Al respecto, este Tribunal tiene dicho que si bien los derechos fundamentales, por lo general, no tienen la condición de derechos absolutos, una intervención en el ámbito *prima facie* garantizado por el derecho no puede considerarse como sinónimo de violación de este. Tal situación jurídico-constitucional solo se producirá si, en relación con el específico derecho fundamental de que se trate, el Tribunal observa que no se han respetado las diversas exigencias que la Constitución establece como criterios de justificación para su intervención, tales como el principio de legalidad, reserva de jurisdicción, irretroactividad de la ley, principio de proporcionalidad, etc. (Sentencia 0008-2012-PI/TC, fundamento 26).
69. Así las cosas, corresponde examinar si la regulación establecida por la disposición penal impugnada puede considerarse como una intervención válida o justificada en el derecho fundamental a la libertad personal. A tal efecto, se utilizará lo que la teoría jurídica especializada ha denominado el test de proporcionalidad, que resulta una herramienta útil para determinar la legitimidad constitucional de las intervenciones en el ámbito de los derechos.
70. Dicho test de proporcionalidad se encuentra compuesto por los exámenes de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Si la intervención o limitación que contiene la disposición penal impugnada supera este test, dicha intervención será constitucionalmente válida o, si esto no sucede, debe ser declarada inconstitucional.

my1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



C-2.A. ¿La disposición penal supera el examen de idoneidad?

71. El examen de idoneidad exige, en primer término, la identificación de un fin de relevancia constitucional, y, una vez que este ha sido determinado, verificar si la medida legislativa es idónea o adecuada para lograr tal fin. Sobre lo primero, es importante distinguir entre el *objetivo* y la *finalidad* que persigue la disposición penal objetada.
72. El *objetivo* tiene que ver con el estado de cosas o situación jurídica que el legislador pretende alcanzar a través de una disposición penal. La *finalidad* comprende el bien jurídico de relevancia constitucional que el órgano productor de la norma ha pretendido proteger a través de una disposición penal. Con relación a lo segundo, esto es, a la adecuación de la medida, esta consiste en la relación de causalidad, de medio a fin, entre el medio adoptado, a través de la intervención legislativa, y el fin propuesto por el legislador. Se trata del análisis de una relación medio-fin.
73. Ahora bien, conviene recordar ante todo que, en materia constitucional penal, el *objetivo* y la *finalidad* de la disposición que tipifique una conducta como delito se relaciona directa y necesariamente con los denominados fines de la pena. En ese sentido:
- La actuación del legislador tiene como propósito optimizar el fin *preventivo general de la pena en su vertiente negativa*, es decir, la de optimizar el efecto intimidatorio o desmotivador que la amenaza de la imposición de la pena genera en la colectividad, de manera tal que los ciudadanos se abstengan de cometer un delito, protegiendo preventivamente el interés o bien jurídicamente tutelado (Sentencia 0012-2010-PI/TC, fundamento 17).
 - Asimismo, la medida legislativa tiene como propósito optimizar el fin *preventivo general de la pena en su vertiente positiva*, es decir, la de renovar la confianza de la colectividad en el sistema penal, ello en la medida en que la imposición de la pena constituye un bien para la estabilidad social. Este nivel de confianza se produce cuando la colectividad advierte que el sistema penal se impone con la



pena frente a la lesión o puesta en peligro de los intereses vitales de las personas y la sociedad, de manera tal que se logre afirmar el respeto de la colectividad hacia el Derecho.

- Por último, la actuación del legislador también tiene como propósito asegurar el fin *preventivo especial de la pena en su dimensión de efecto inmediato*, es decir, permitir al penado, en el momento mismo de la aplicación de la pena, dar un firme paso en la internalización del daño social ocasionado por su conducta, teniendo como propósito inmediato evitar la comisión de otros delitos en el futuro. Dicho en otras palabras, la grave limitación de la libertad personal y otros derechos fundamentales generada por la imposición de la pena y su *quantum* específico son el primer efecto reeducador en el penado, quien internaliza la seriedad de su conducta delictiva, e inicia su proceso de desmotivación hacia la reincidencia (Sentencia 0019-2005-PI/TC, fundamentos 31 y 40).

74. En definitiva, el control de constitucionalidad, en el caso del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas requiere también de la evaluación de los fines preventivos de la pena.

75. En ese sentido, a fin de determinar el *objetivo* y la *finalidad* de relevancia constitucional asumidos por el legislador, resulta pertinente analizar los diversos aspectos que se relacionan directamente con el delito antes mencionado, entre otros, el contexto de la emisión de la disposición penal, la clase o tipo de delito, la conducta humana que se prohíbe, el bien jurídico de relevancia constitucional que pretende proteger, etc.

76. Así pues, en primer lugar, cabe anotar que el Decreto Legislativo 1106, que tipifica el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas, fue promulgado con el propósito de afianzar la lucha del Estado contra las actividades criminales de grave afectación social, tales como el delito de lavado de activos, la minería ilegal, etc.

77. En efecto, de la parte considerativa de dicho decreto legislativo, se advierte que tales actividades constituyen un factor que desestabiliza el orden socio-económico, lesionando o poniendo en peligro los bienes jurídicos esenciales para las personas



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

y la sociedad, tales como la vida, salud, seguridad, etc. La lucha del Estado debe incluir la implementación de un conjunto de medidas, entre ellas, la referida a la tipificación de las modalidades delictivas, las circunstancias agravantes y atenuantes, las penas y las consecuencias accesorias, etc.

78. En segundo lugar, está claro que el comportamiento humano penalmente relevante puede involucrar una acción o una omisión. En el caso de autos, la conducta típica descrita en el tipo penal (artículo 5 del Decreto Legislativo 1106) es una de omisión en la medida en que se sanciona la conducta del autor que incumpliendo su deber omite comunicar a la autoridad competente las operaciones o transacciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, y que podrían estar vinculadas con los delitos de lavado de activos, minería ilegal y otros delitos de grave afectación social.

79. Es decir, se sanciona la conducta omisiva del sujeto activo, quien por sus condiciones particulares o la actividad a la que se dedica (profesional o empresarial) está en posibilidad de tomar conocimiento de los actos o actividades destinados a legitimar activos, los cuales podrían provenir de la comisión de delitos de grave afectación social.

80. El tipo penal cuya inconstitucionalidad se solicita no exige que el sujeto activo, al detectar la operación sospechosa según las leyes y normas reglamentarias, impida o evite la realización de esta o que eventualmente interponga una denuncia penal contra los agentes involucrados. Solo obliga a que cuando el agente en el desarrollo de sus actividades detecte una operación sospechosa la haga de conocimiento a la autoridad competente (UIF), a efectos de que proceda conforme a sus atribuciones, entre otras, la del análisis y evaluación destinada a la identificación de los delitos de lavado de activos, minería ilegal y otros delitos de grave afectación social.

81. En tercer lugar, este Tribunal considera que el delito tipificado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 es uno de peligro abstracto en la medida en que no enuncia de manera expresa el elemento "peligro" en la conducta descrita en el tipo penal, sino que aquel se deriva implícitamente de este. Es decir, se sanciona la conducta omisiva del sujeto activo de comunicar a la autoridad competente las

mm



operaciones sospechosas que hubiere detectado y que podrían estar vinculadas con los delitos de grave afectación social, por resultar potencialmente peligrosa para algunos bienes jurídicos de relevancia constitucional, sin que sea necesaria la existencia de un peligro concreto para estos, mucho menos su lesión efectiva.

82. En resumen, la configuración del tipo penal se deriva de la verificación *ex ante* de la peligrosidad de la conducta y no de la verificación *ex post* de una situación concreta de peligro para el objeto de protección penal.

83. Asimismo, en cuarto lugar, este Tribunal estima que el objeto de protección penal del delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas se encuentra conformado por algunos de los bienes protegidos por el delito de lavado de activos, ello en razón de que la determinación del elemento normativo “operaciones o transacciones sospechosas” del tipo penal se deriva del análisis y evaluación de las actividades de naturaleza civil, comercial o financiera que dada su magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, hacen presumir que proceden de algún delito previo, cuya ganancia o beneficio ilegal se pretende ingresar al tráfico económico lícito.

84. Así las cosas, dado que el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas incrimina la conducta del autor que, incumpliendo su deber, omite comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, este Tribunal concluye que el bien o interés jurídico tutelado es la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero que se deriva de los artículos 59 y 61 de la Constitución.

85. La sanción penal de la no realización de la acción esperada por el sujeto activo, con relación a ciertos hechos que podrían estar vinculados con el delito de lavado de activos, minería ilegal, etc., busca proteger el bien o interés jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero frente a la amenaza de lesión o peligro potencial de lesión de este, sin que sea necesaria la producción de un peligro concreto o una lesión efectiva. Este comportamiento humano resulta peligroso —al menos en abstracto— para el bien jurídico antes mencionado, puesto que podría permitirse que los agentes involucrados obtengan determinadas

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas | 31

ventajas o beneficios, generando con ello un serio peligro para las personas y la sociedad en general.

86. En efecto, el Tribunal recuerda que la generación de un beneficio económico sobre la base de acciones ilícitas perjudica no solo el tráfico comercial, contaminándolo con bienes y recursos de origen ilícito, sino que también propicia que los agentes involucrados obtengan determinadas ventajas o beneficios, lesionando o poniendo en riesgo, por ejemplo, el bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero, e incluso la capacidad de las instituciones y el fundamento mismo del Estado constitucional.

87. Es por ello que resulta exigible que la tutela de este bien jurídico sea enfocada no solo desde el ámbito de la represión, sino también a través de medidas preventivas como el establecimiento de la obligación de comunicar a la autoridad competente sobre las operaciones sospechosas que tengan lugar.

88. A una similar conclusión llega la Corte Suprema de Justicia de la República cuando sostiene que “[r]esulta, pues, mucho más compatible con la dinámica y finalidad de los actos de lavado de activos [...] la presencia de una pluralidad de bienes jurídicos que son afectados o puestos en peligro de modo simultáneo o sucesivo durante las etapas y operaciones delictivas que ejecuta el agente. En ese contexto dinámico, por ejemplo, los actos de colocación e intercalación comprometen la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico-financiero. En cambio, los actos de ocultamiento y tenencia afectan la eficacia del sistema de justicia penal frente al crimen organizado [...]” (Acuerdo Plenario 3-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, VI Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanentes y Transitorias, fundamento 13).

89. Finalmente, la obligación de protección del bien o interés jurídico de estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero se deriva también de las disposiciones de los instrumentos internacionales ratificados por el Perú, tales como:

- El artículo 18.1.b del Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 1999, ratificado mediante el Decreto Supremo 084-2001-RE,

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas | 32

publicado en el diario oficial *El Peruano* el 6 de noviembre de 2001, según el cual los Estados Partes deben cooperar con la prevención de los delitos de grave afectación social tomando las medidas necesarias, adaptando, si fuera el caso, su legislación para impedir la comisión de tales delitos, incluidas las “medidas que exijan que las instituciones financieras y otras profesiones que intervengan en las transacciones financieras utilicen las medidas más eficientes de que dispongan para la identificación de sus clientes habituales u ocasionales, así como de los clientes en cuyo interés se abran cuentas, y presten atención especial a transacciones inusuales o sospechosas y reporten transacciones que se sospeche provengan de una actividad delictiva [...]”.

- El artículo 7.1.a de la Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000, ratificado mediante el Decreto Supremo 088-2001-RE, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 20 de noviembre de 2001, que, dentro de las medidas para combatir el lavado de activos, señala la obligación de cada Estado Parte de establecer “un amplio régimen interno de reglamentación y supervisión de los bancos y las instituciones financieras no bancarias y, cuando proceda, de otros órganos situados dentro de su jurisdicción que sean particularmente susceptibles de utilizarse para el blanqueo de dinero”, poniendo especial énfasis “en los requisitos relativos a la identificación del cliente, el establecimiento de registros y la denuncia de las transacciones sospechosas”.

90. Sobre la base de lo anterior, en especial teniendo en cuenta los fines de la pena, se aprecia que el tipo penal tipificado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 (que sanciona penalmente la conducta del autor que incumpliendo su deber omite comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas que hubiere detectado) tiene los siguientes objetivos :

- desmotivar la comisión del delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas, o lo que es lo mismo, lograr que los sujetos obligados cumplan con comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas detectadas;
- generar la confianza de la colectividad en el sistema penal al observar que ciertos aspectos del sistema económico y financiero están protegidos frente a una amenaza de lesión o puesta en peligro potencial;

MM



- generar un primer efecto reeducador en el sujeto activo de la conducta reproachable que le permita iniciar un proceso de desmotivación hacia la reincidencia.

Tales objetivos tienen como finalidad o se justifican en el deber de protección del bien jurídico de relevancia constitucional estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero. Así pues, la medida legislativa tiene como finalidad la protección de un bien jurídico de relevancia constitucional y, por tanto, persigue un fin constitucionalmente legítimo.

92. Por otro lado, la adecuación tiene por objeto verificar si la medida adoptada por el legislador es idónea o no para lograr el fin de relevancia constitucional. Sobre ello, cabe anotar que la disposición legal objetada sanciona el incumplimiento del deber de comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas que podrían estar vinculadas con delitos de lavado de activos, minería ilegal, etc., y que hubiere detectado el sujeto activo, quien por sus condiciones particulares o la actividad que realiza está en la posibilidad de tomar conocimiento de las actividades destinadas a legitimar activos afectando la expectativa del Estado en la lucha de este contra las actividades criminales de grave afectación social, a fin de proteger en definitiva el bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero.

93. Así pues, este Tribunal estima que existe una conexión directa e inmediata entre la conducta prohibida y el bien jurídico de relevancia constitucional estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero que se deriva de los artículos 59 y 61 de la Constitución, cuya protección en definitiva redunda en la protección de los intereses vitales para las personas y la sociedad, tales como la vida, salud, seguridad, etc. (artículo 44 de la Constitución).

94. En ese sentido, la sanción penal de este tipo de conductas es idónea para la consecución de la finalidad perseguida en tanto que desmotiva la comisión de tales delitos, así como genera confianza en el sistema penal que protege tales bienes jurídicos, garantizando así la estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero.

MP



95. Sobre la base de lo anterior, este Tribunal considera que la medida legislativa objetada (artículo 5 del Decreto Legislativo 1106), en cuanto sanciona penalmente al agente que, incumpliendo su deber, omite comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas que hubiere detectado según la normatividad vigente, generando una situación de peligro potencial para el objeto de protección penal mencionado *supra*, es adecuada para lograr los objetivos antes mencionados y, a su vez, estos resultan adecuados para conseguir el fin de relevancia constitucional que se pretende, como es la protección del bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero.

C-2.B. ¿La disposición penal supera el examen de necesidad?

96. Este Tribunal tiene dicho que para que una injerencia en los derechos fundamentales pueda ser considerada necesaria "(...) no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Requiere analizar, de un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo, y, de otro, el menor grado en que éste intervenga en el derecho fundamental" (Sentencia 0034-2004-AI/TC, fundamento 63 y Sentencia 0050-2004-PI/TC [y acumulados], fundamento 109, entre otras).
97. En el Derecho penal, el examen de necesidad, exige que el legislador tenga en cuenta que el sistema penal representa el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir los derechos fundamentales de las personas, y que, por tanto, debe reservarse únicamente para las violaciones más intolerables de los bienes jurídicos protegidos.
98. Es sobre esta base que en la lógica del Estado constitucional, el Derecho penal, al encontrarse relacionado con la limitación de un derecho fundamental tan importante como es la libertad individual, entre otros derechos, solo debe ser utilizado cuando ya no funcionen otros medios (disposiciones de derecho disciplinario, de derecho administrativo sancionatorio, etc.).
99. Es decir, antes de criminalizar una conducta o establecer determinada pena, el Estado debe recurrir a otros medios, menos aflictivos, para proteger los bienes



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

jurídicos que pretende cautelar mediante la aludida criminalización, teniendo siempre en consideración los fines de prevención de la pena, entre otros aspectos. Solo si fracasan estos otros medios se deben penalizar tales conductas (Sentencia 0012-2006-PI/TC, fundamento 32).

100. En el presente caso, se debe examinar si frente a la medida adoptada por el legislador —la de sancionar penalmente a las personas que incumpliendo su deber omiten comunicar a la autoridad competente las operaciones o transacciones sospechosas que hubieren detectado—, existían medidas alternativas que, de un lado, hubiesen sido aptas para alcanzar los *objetivos* propuestos por el legislador penal (lograr que el sujeto obligado cumpla con comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas que hubiere detectado, así como generar la confianza en el sistema penal al observar que el bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero se encuentra protegido frente a una amenaza de lesión o puesta en peligro); y, de otro, hubiesen sido más benignas con el derecho fundamental intervenido (el derecho a la libertad personal de los sujetos obligados a comunicar las operaciones sospechosas).

101. Al respecto, conviene recordar que, el ahora derogado Plan Nacional de Lucha contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo, aprobado mediante Decreto Supremo 057-2011-PCM, establecía que la lucha del Estado contra los delitos de grave afectación social, tales como el delito de lavado de activos, minería ilegal, etc., se desarrolla sobre la base de tres ejes fundamentales: la detección depende de la “cantidad y calidad de información que los sujetos obligados suministran a las autoridades”; el aparato represivo penal depende en cierta medida “del valor agregado que el análisis financiero pueda aportarle a la información que los sujetos obligados suministran”; y finalmente, las medidas preventivas para disuadir la comisión de los delitos de grave afectación social sólo serán eficaces si los agentes criminales perciben que “la información que se les solicita y reporta es efectivamente utilizada para lograr condenas y despojarlos de sus bienes”.

102. Si bien dicho instrumento fue reemplazado por el Plan Nacional contra el Lavado de Activos y el Financiamiento del Terrorismo 2018-2021, aprobado mediante el Decreto Supremo 003-2018-JUS, esta perspectiva se ha mantenido. Por ejemplo el

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Plan Nacional vigente establece como ejes de la política la prevención, la detección, la investigación y sanción, y la articulación. La prevención comprende la identificación de los riesgos del lavado de activos y financiamiento del terrorismo. La detección agrupa el análisis e investigación para detectar o descartar casos relacionados al lavado de activos. El eje estratégico de investigación y sanción, comprende identificación de los delitos y las responsabilidades de las entidades del sistema de justicia. Por último, la articulación, que impacta en todo el sistema nacional de lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo, busca generar sinergias entre entidades públicas que forman parte de la prevención, detección, investigación y sanción de estos delitos (páginas 21 a la 26).

103. Por otro lado, también merece anotar que el uso de los delitos de peligro abstracto surge de la necesidad de anticipar la protección penal de ciertos bienes jurídicos frente a las conductas potencialmente peligrosas para estos, que, en este caso, consisten en la omisión de comunicación de operaciones sospechosas que podrían estar vinculadas con delitos de grave afectación social.

104. En efecto, lo que sanciona el tipo penal en cuestión es la conducta del sujeto activo que incumple su deber de comunicar a la autoridad competente de las operaciones sospechosas que hubiere detectado, por resultar potencialmente peligroso para el bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero. Se trata, pues, de una conducta relevante e intolerable para el bien jurídico en mención, y no de una mera infracción administrativa, por lo que merece que sea castigada penalmente.

105. En ese sentido, a la pregunta sobre la existencia o no de los medios alternativos menos gravosos e igualmente idóneos para conseguir la finalidad perseguida, este Tribunal estima que la respuesta es negativa. Y es que, teniendo en cuenta los objetivos y fines ya mencionados, si bien el legislador pudo prever solo la sanción administrativa para quienes realicen este tipo de comportamientos, la cual hubiese sido claramente un medio alternativo menos lesivo (o más benigno) para el derecho a la libertad personal, también lo es que definitivamente aquel no resulta igualmente idóneo para la consecución del fin constitucional que se pretende, como es la protección del bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del

MP



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 37

sistema económico y financiero, cuya protección además redunda en la protección de los intereses vitales para las personas y la sociedad, tales como la vida, salud, seguridad, etc. (artículo 44 de la Constitución).

06. De acuerdo a lo anotado, este Tribunal considera que la sanción administrativa no constituye una medida alternativa idónea que proteja al bien jurídico antes mencionado con igual o mayor intensidad que la opción de sancionar penalmente al agente que incurre en la conducta prohibida. Como dijimos *supra*, el tipo penal en cuestión sanciona la omisión de comunicar a la autoridad competente las operaciones o transacciones sospechosas que hubiere detectado y que podrían estar vinculadas con los delitos de grave afectación social por resultar potencialmente peligrosa.
107. Así, la gravedad de tal conducta hace que la sanción administrativa devenga en insuficiente para lograr que el sujeto obligado cumpla con comunicar el referido tipo de operaciones. En tal sentido, la sanción penal al agente que omite el mandato de informar, cumple con generar confianza en el sistema penal al observar que el bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero se encuentra protegido frente a una amenaza de lesión o puesta en peligro.
108. Por lo demás, la necesidad de sancionar penalmente a quien incumple su deber de comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas que hubiere detectado, se sustenta también en el incremento considerable del número de operaciones o transacciones sospechosas, lo cual permite que se incremente el número de reportes o comunicaciones de estas, pero también que exista la posibilidad de que muchas de ellas no sean debidamente reportadas.
109. Según la UIF, en el periodo comprendido entre enero de 2007 y julio de 2017 se han efectuado un total de 47,217 reportes de operaciones sospechosas. De este total: 4562 reportes fueron comunicados en el año 2013; 6019 reportes en el año 2014; 7,200 reportes en el año 2015; 9,567 reportes en el 2016. Asimismo, la UIF informa que en los últimos 12 meses (hasta julio de 2017), el número de reportes de operaciones o transacciones sospechosas por los notarios asciende a 34 %, mientras que los bancos mantienen una participación de 32 %, y las empresas o

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



personas naturales dedicadas a la compra y venta de vehículos mantienen una participación de 13 % (http://www.sbs.gob.pe/Portals/5/jer/ESTADISTICAS-OPERATIVAS/20170918_BolEstadistico-Julio2017.pdf?ver=2017-09-22-151232-510, consultado el 16 de octubre de 2018).

110. Por lo expuesto, este Tribunal concluye en que la medida adoptada por el legislador de sancionar penalmente a quien omite comunicar a la autoridad las operaciones sospechosas que hubiere detectado y que podrían estar vinculados con los delitos de grave afectación social resulta necesaria para la protección del bien jurídico estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero frente a la amenaza de lesión o peligro de lesión de este.

C-2.C. ¿La disposición penal supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto?

111. Habiendo quedado resuelto que la medida resulta idónea y necesaria, resta determinar si puede ser juzgada como proporcionada. En este punto se debe responder si es justificable la restricción del derecho a la libertad personal de los sujetos obligados que omiten comunicar las operaciones o transacciones sospechosas (artículo 2.24.b de la Constitución) en beneficio de la satisfacción del principio constitucional de estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero (artículos 59 y 61 de la Constitución).

112. Para absolver tal cuestión se empleará la denominada ley de la ponderación. Esta, como se sabe, implica que “cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de importancia de la satisfacción del otro”.

113. En ese sentido, primero se definirá el grado de no satisfacción o restricción del derecho fundamental a la libertad personal, luego se evaluará y definirá el grado de satisfacción del principio constitucional de estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero, a fin de determinar si la satisfacción de este justifica la afectación o la no satisfacción del otro.

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas

39

114. A las variables relacionadas con el grado de afectación o satisfacción se les puede atribuir distinto grado según sean evaluadas como leves, medias o intensas.

115. Así las cosas, el grado de restricción o afectación del derecho a la libertad personal de los sujetos obligados, podría ser catalogado como medio, toda vez que la medida restrictiva —sancionar la conducta omisiva del sujeto activo con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años— no anula o vacía de contenido el derecho a la libertad personal, sino que solamente lo relativiza en un determinado ámbito.

116. En efecto, la medida restrictiva no anula o elimina el ejercicio de la libertad de autodeterminación de las personas de manera general, toda vez que no resulta aplicable a todos los casos o supuestos de omisión de comunicación de operaciones sospechosas, sino solo a los supuestos en los que el sujeto activo incumpliendo su deber omite comunicar a la autoridad competente las operaciones sospechosas que él hubiere detectado. La medida restrictiva tampoco alcanza a la modalidad culposa de la conducta prohibida que solo se sanciona con multa e inhabilitación.

117. Ahora bien, con relación a la seguridad de las premisas que justifican la intensidad de la intervención en el derecho fundamental a la libertad personal, es evidente que su afectación resulta ser plausible. Y es que no puede descartarse la posibilidad de que existan personas cuyas actividades profesionales o funcionales se encuentren reñidas con el respeto de los derechos y seguridad de las personas y la sociedad en su conjunto, la práctica de la Constitución y el respeto del Estado constitucional.

118. De otro lado, el grado de satisfacción u optimización del principio constitucional de estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero podría ser catalogado como intenso. Y es que la sanción de la conducta del agente que incumple su deber de comunicar las operaciones sospechosas que hubiere detectado —por resultar potencialmente peligrosas para tales bienes o interés jurídicos de relevancia constitucional—, reduce casi en su totalidad la posibilidad de que los bienes, efectos o ganancias que tuvieran un origen ilícito no sean identificadas en su debida oportunidad. Así, tales bienes, efectos o ganancias que hubieren ingresado a través de operaciones de naturaleza civil, comercial o

mr1



financiera, de magnitud o rotación inusual, o de complejidad inusitada o injustificada, serían reportados, evitando de ese modo los efectos negativos que su integración pueda generar en el tráfico económico lícito.

19. Así las cosas, de la aplicación de la fórmula del peso a los derechos y principios en conflicto, este Tribunal concluye que la satisfacción en grado intenso del principio constitucional de estabilidad, transparencia y legitimidad del sistema económico y financiero justifica la restricción del derecho fundamental a la libertad personal, limitado en una medida no intensa, lo que hace que prevalezca el primero frente al segundo. En conclusión, el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 supera el análisis constitucional de proporcionalidad y, por tanto, la demanda en este extremo también debe ser declarada infundada.

C-3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

120. La parte demandante sostiene que la disposición legal impugnada carece de una definición clara y precisa de la conducta prohibida, toda vez que el sentido y alcance de la expresión “operaciones sospechosas” es equívoca e imprecisa, afectando por ello el principio de legalidad previsto en el artículo 2.24.d de la Constitución.

121. Agrega que si bien la referida disposición legal se remite a normas extrapenales, estas igualmente generan incertidumbre y dificultad para determinar lo que debe entenderse por “operación sospechosa”, por lo que, en definitiva, el sentido y alcance de dicho término se configura de manera subjetiva, sustentada en elementos indeterminados o extensivos.

122. La parte demandada sostiene que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 no contraviene el principio de legalidad penal, puesto que, siguiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional, la certeza de la ley es compatible con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos penales.

123. Sobre esta base, la demandada señala que el uso de la expresión “operaciones o transacciones sospechosas” no convierte en inconstitucional la disposición penal



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 41

en cuestión. Por lo demás, la remisión a un reglamento o a una norma extrapenal no constituye una causal de inconstitucionalidad de los tipos penales.

C-3.A. El contenido del principio de legalidad penal

124. El principio de legalidad penal se encuentra reconocido en el artículo 2.24.d., de la Constitución, según el cual, “[n]adie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley”.
125. Este Tribunal tiene dicho que el principio de legalidad penal es un principio-derecho que rige la actuación punitiva del Estado. Como principio constitucional, informa y limita los márgenes de actuación de los que dispone el legislador al momento de determinar las conductas prohibidas y sus respectivas sanciones. Como derecho fundamental, garantiza a toda persona sometida a un proceso o procedimiento punitivo que lo prohibido y la respectiva sanción se encuentre previsto en una norma escrita, previa, cierta y estricta (Sentencia 2758-2004-HC/TC, fundamento 3).
126. Dicho en otras palabras, el principio de legalidad constituye una auténtica garantía constitucional de los derechos fundamentales de las personas, así como un criterio rector en el ejercicio del poder punitivo del Estado, puesto que exige al legislador penal que, en el marco de la estructuración o formulación de los tipos penales, exprese con claridad y sin equívoco la conducta incriminada.
127. De otro lado, en un plano más específico, este Tribunal ha señalado que el principio de legalidad penal garantiza: a) la prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el escrito, es decir, la ley como única fuente válida para la incriminación de conductas (*lex scripta*); b) la prohibición de la aplicación retroactiva de la ley, salvo que esta beneficie al reo (*lex praevia*); c) la prohibición de cláusulas legales indeterminadas (*lex certa, taxatividad o tipicidad*); y d) la prohibición de la analogía (*lex stricta*), de tal forma que la actividad de subsunción del hecho en el tipo penal sea verificable con relativa certidumbre (cfr. Sentencia

mm



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 42

0010-2002-AI/TC, fundamento 46 y Sentencia 0012-2006-PI/TC, fundamentos 22 a 26, entre otras).

128. Ahora bien, la *lex certa* o principio de tipicidad es “una de las manifestaciones o concreciones del principio de legalidad respecto de los límites que se imponen al legislador penal o administrativo, a efectos de que las prohibiciones que definen sanciones, sean éstas penales o administrativas, estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica, comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción en una determinada disposición legal” (Sentencia 2192-2004-AA/TC, fundamento 5).

129. En otras palabras, en virtud de la exigencia de *lex certa* las conductas tipificadas como delito han de estar definidas de manera tal que todo ciudadano pueda comprender sin dificultad lo que se prohíbe, o estar en condiciones de conocer y predecir las consecuencias de sus actos.

130. No obstante, este Tribunal también tiene dicho que el requisito de *lex certa* no puede entenderse en el sentido de “exigir del legislador una claridad y precisión absoluta en la formulación de los conceptos legales”, pues la naturaleza propia del lenguaje, con sus características de ambigüedad y vaguedad, admiten cierto grado de indeterminación, mayor o menor, según sea el caso (Sentencia 0010-2002-AI/TC, fundamento 46).

131. En efecto, a nivel de la teoría del Derecho se suele sostener que incluso hasta cierto punto resulta permisible o admisible la indeterminación en la formulación de los preceptos jurídicos, pues la precisión de las disposiciones jurídicas no es necesariamente deseable para todos los casos, ni las formulaciones más específicas hacen siempre precisas a las disposiciones jurídicas.

132. En cambio, sí está proscribida la indeterminación total de las disposiciones jurídicas que tipifican tipos penales. Ello es así porque una disposición jurídica totalmente indeterminada se opone no solo al requisito de certidumbre que toda disposición normativa debe cumplir (*lex certa*), sino también porque su comprensión exige inevitablemente una actividad reconstructiva, generalmente discrecional, por parte

MF



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



del ciudadano o, en su caso, por el juez, en la que el ejercicio de la potestad decisoria queda librada a su *arbitrio*.

133. Un precepto es totalmente indeterminado si las palabras en las que se encuentra expresado carecen de la claridad o precisión suficiente, de manera tal que se dificulte su comprensión por el ciudadano, así como por el juez para su aplicación a un hecho concreto. Es el típico supuesto en el que el ciudadano o, en su caso, el juez, o bien se encuentra frente a la presencia de un gran número de opciones de actuación, o bien simplemente no le es posible conocer ninguna de éstas.

134. Así pues, la certeza de la ley es compatible o conciliable con un cierto margen de indeterminación en la formulación de las conductas prohibidas, siempre que se garantice un núcleo base en la materia de prohibición (Sentencia 0010-2002-AI/TC, fundamento 51). O lo que es lo mismo, la exigencia de certeza de la disposición jurídica que configura un tipo penal es perfectamente compatible con un cierto margen de indeterminación, siempre que aquella cuente con un nivel de precisión suficiente que permita a cualquier ciudadano de formación básica comprender sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de sanción; es decir, que el tipo penal contenga el núcleo fundamental de la materia que se pretende prohibir.

135. El grado de indeterminación de la disposición jurídica será inadmisibles "cuando ya no permita al ciudadano conocer qué comportamientos están prohibidos y cuáles están permitidos", pues debe quedar claro que "una norma que prohíbe que se haga algo en términos tan confusos que hombres de inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su contenido, viola lo más esencial del principio de legalidad" (fundamento 47 de la Sentencia 0010-2002-AI/TC).

136. En definitiva, lo que se prohíbe con el criterio de *lex certa* es la existencia de las cláusulas o disposiciones jurídicas totalmente indeterminadas o imprecisas, cuyo contenido normativo no es suficientemente preciso o fácilmente cognoscible, sino que requiere ser definido *ex post* y de manera discrecional por la autoridad competente.

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas 44

C-3.B. La ley penal en blanco y la definición de la conducta prohibida

137. Las leyes penales en blanco son aquellas en las cuales la definición de la conducta prohibida resulta de la remisión a otra disposición normativa complementaria, por lo general de carácter extrapenal, sea del mismo rango (remisión impropia) o sea de rango distinto (remisión propia).
138. Dicho en otras palabras, la definición completa del núcleo esencial de la prohibición (conducta prohibida) se logra de la unión de normas que se complementan. El uso de esta técnica legal radica en la existencia de materias que, por su naturaleza y complejidad técnica, requieren de flexibilidad y dinamismo al momento de la configuración de los tipos penales, supuestos en los cuales la regulación complementaria constituye un elemento relevante.
139. La validez constitucional de las leyes penales en blanco se encuentra condicionada a que la unidad normativa penal (conformada por la norma remisiva y la norma complementaria) observe las garantías derivadas del principio de legalidad penal, especialmente las que exigen que la conducta prohibida sea definida de manera previa, clara e inequívoca.
140. En ese sentido, el uso de esta técnica legislativa resulta admisible en términos constitucionales siempre y cuando:
- La ley penal en blanco (norma remisiva) describa el núcleo esencial de la conducta prohibida, la pena y el reenvío normativo;
 - La norma a la cual se remite (norma complementaria) se refiera al *telos* de la ley penal en blanco y verse sobre aspectos complementarios o concretizadores de la conducta prohibida; y
 - La unidad normativa penal cumpla con la exigencia de certeza, de manera tal que la conducta prohibida se encuentre suficientemente precisada, no pudiendo derivar a su vez en otra norma dicha función.

MYL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas 45

41. En el caso de autos, el delito de omisión de comunicación de operaciones sospechosas, previsto en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, tiene la siguiente redacción:

Artículo 5.- Omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años, con ciento veinte a doscientos cincuenta días multa e inhabilitación no menor de cuatro ni mayor de seis años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

La omisión por culpa de la comunicación de transacciones u operaciones sospechosas será reprimida con pena de multa de ochenta a ciento cincuenta días multa e inhabilitación de uno a tres años, de conformidad con los incisos 1), 2) y 4) del artículo 36 del Código Penal.

142. A partir de la lectura de esta disposición, puede advertirse lo siguiente:

- a) Se sanciona a quien, incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, "según las leyes y normas reglamentarias". Como se aprecia, hay una remisión amplia a leyes y reglamentos.
- b) En todo caso, se puede inferir que la remisión sería a la Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera (UIF) y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo 020-2017-JUS.
- c) El núcleo del injusto en el presente caso lo constituyen la omisión de comunicar operaciones sospechosas. Como ya se ha señalado, en el caso de la ley penal en blanco, el núcleo del injusto debe estar previsto en la norma con rango de ley, y la norma complementaria debe establecer aspectos

mm



concretizadores o secundarios del núcleo de la conducta. Sin embargo, en este caso la ley penal (norma remisiva) no establece qué se debe entender por "operación sospechosa", sino que dicha definición la realiza la mencionada Ley 27963, es decir, la norma complementaria.

- d) En efecto, el artículo 11 inciso 3 literal a) de la Ley 27963 define las "operaciones sospechosas" en los siguientes términos:

[Son] aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente.

- e) Podemos apreciar que la calificación de una operación como sospechosa es bastante subjetiva, dada la amplitud de supuestos que pueden subsumirse en la misma. La única constante es que la operación o transacción sea irregular, es decir fuera de las actividades que de manera ordinaria realiza la persona fiscalizada.

- f) Por cierto, esta amplitud determinó en su momento que la presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República emitiera la "Circular referida a la reserva y confidencial de la identidad del oficial de cumplimiento en el proceso penal y su responsabilidad penal por omisión de comunicaciones sospechosas" (Resolución Administrativa 467-2012-P-PJ). En dicha circular se señaló lo siguiente:

Décimo Primero.- Que, para los efectos de determinar la responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento por infracción del deber especial de comunicar el reporte de operaciones sospechosas tipificado en el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, Ley Penal contra el Lavado de Activos, se deberá identificar si la entidad financiera omitió comunicar la transacción a la UIF-Perú, **a pesar de contar con información que permitía calificar objetivamente dicha operación como sospechosa de lavado de activos, de acuerdo a las normas de la materia.** Ello con el propósito de mantener en rigor el principio de intervención mínima que inspira el Derecho Penal y con el efecto ulterior de evitar el



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas | 47

congestionamiento del sistema de justicia penal con el juzgamiento de hechos intrascendentes desde la perspectiva punitiva [resaltado nuestro].

- g) Como puede advertirse, a partir de esta circular se establecen requisitos adicionales para calificar un hecho como delito de omisión de reporte de operaciones sospechosas, como es que la entidad financiera cuente con información de que la operación no reportada presuntamente es resultado de un acto de lavado de activos. Ello, con el fin de impedir que la justicia penal se vea abarrotada de casos intrascendentes que se subsumen dentro de lo que la citada Ley 27693 califica de "operaciones sospechosas".
- h) Cabe señalar además que, de acuerdo al artículo 25.1 del Reglamento de la Ley 27693, Ley que crea la Unidad de Inteligencia Financiera - Perú (aprobado por Decreto Supremo 020-2017-JUS), "los sujetos obligados tienen la obligación de comunicar a la UIF-Perú a través de su oficial de cumplimiento, las operaciones detectadas en el curso de sus actividades, realizadas o que se hayan intentado realizar, que sean consideradas como sospechosas, **sin importar los montos involucrados**" (resaltado nuestro). En esa medida, el número de casos que pueden ser calificado como "operaciones sospechosas" es amplio.

143. Estas observaciones podrían llevar a declarar fundada la demanda y, en consecuencia, inconstitucional el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, por no cumplir con las exigencias que el principio de legalidad impone a la ley penal en blanco. Sin embargo, esta sería una conclusión apresurada, que no toma en cuenta otros aspectos que el juez constitucional tiene el deber de considerar.

144. El primero de ellos es que la declaración de inconstitucionalidad de una norma legal debe ser un recurso de *ultima ratio*, es decir, cuando por vía interpretativa no sea posible la adecuación de esta al ordenamiento constitucional. Así lo establecen la Segunda Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301) y el artículo VI (primer párrafo) del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

145. Estas normas, aunque pensadas para el control difuso de constitucionalidad, bien pueden aplicarse a este caso de control concentrado, ya que se sustentan en los

MP1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Caso comunicación de operaciones sospechosas 48

principios de presunción de constitucionalidad de la ley y de corrección funcional, pues si este Tribunal anulara las leyes acusadas de inconstitucionalidad sin hacer antes el esfuerzo interpretativo de adecuarlas a la Constitución, estaría invadiendo las competencias de los órganos constitucionales encargados de dictar y derogar las normas con rango de ley.

146. En segundo lugar, uno de los principios que debe regir la labor del juez constitucional es la "previsibilidad de las consecuencias" de sus decisiones y la función pacificadora de la jurisdicción constitucional (cfr. fundamento 108 de la Sentencia 025-2005-PI/TC, fundamento 59 de la Sentencia 005-2005-CC/TC). Esto es, el juez debe ser consciente del impacto de sus pronunciamientos en la sociedad y el ordenamiento jurídico. Esto nos obliga a considerar los efectos que tendría la declaración de inconstitucionalidad del Decreto Legislativo bajo análisis y su consecuente expulsión del ordenamiento jurídico.

147. La consecuencia de declarar inconstitucional la norma en cuestión, implicaría que deje de ser delito la omisión de reportar operaciones sospechosas del delito de lavado de activos, hasta que se dicte una nueva ley sobre la materia, con el riesgo de que la sociedad no pueda perseguir conductas criminales en ese período (cuya extensión sería incierta).

148. Atendiendo a estas consideraciones y tal como este Tribunal ha resuelto en otros casos (por ejemplo, Sentencia 001-2018-PI/TC), debemos concluir que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 es constitucional siempre que por "transacciones u operaciones sospechosas" se entiendan aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente, en base a la información que posea el sujeto obligado a comunicar tales transacciones u operaciones a la autoridad competente.

mm



C-4. EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD PENAL

149. La última de las objeciones de inconstitucionalidad está referida a que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 contraviene el principio de culpabilidad reconocido en los artículos 1 y 44 de la Constitución.
150. La parte demandante sostiene que la disposición legal objetada, que es un supuesto de ley penal en blanco, no precisa la conducta que debe observar el sujeto obligado y solo se limita a la advertencia de la imposición de una pena, generando así una responsabilidad objetiva.
151. Asimismo, agrega que dicha disposición penal puede generar que el sujeto obligado se limite a reportar toda operación y presumirla como sospechosa ante el temor de la sanción penal, afectando con ello no solo la dignidad de la persona, sino también el objetivo del sistema de prevención del lavado de activos. La parte demandada no formula alegaciones sobre este extremo.
152. El principio de culpabilidad penal es una garantía material sobre el que descansa la actividad punitiva del Estado y al mismo tiempo un límite a esta. Si bien este principio no se encuentra expresamente contemplado en el texto constitucional, sin embargo, se trata de una manifestación implícita de los artículos 1, 3 y 44 de la Constitución (Sentencia 0014-2006-PI/TC, fundamentos 4 y 5). La manifestación concreta de este principio se encuentra recogida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Penal que establece que “[l]a pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva”.
153. En efecto, el principio de culpabilidad limita la potestad punitiva del Estado en la medida que solo proporciona “la justificación de la imposición de penas cuando la realización de delitos sea reproducible a quien los cometió. La reprobabilidad del delito es un requisito para poder atribuir a alguien la responsabilidad penal de las consecuencias que el delito o la conducta dañosa ha generado” (Sentencia 0014-2006-PI/TC, fundamento 25).



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas 50

154. Bajo este marco de consideraciones, según el principio de culpabilidad solo puede ser sancionado aquel sujeto que realiza el comportamiento calificado como reproable.
155. En ese sentido, es posible sostener que dicho principio presenta, al menos, las siguientes dimensiones: i) la responsabilidad por el hecho propio, y no por el hecho ajeno, ii) la responsabilidad por el hecho cometido, y no por el modo de ser del autor o de conducirse en la vida, lo que sí puede ser considerado al momento de determinar el nivel de responsabilidad (Sentencia 0014-2006-AI/TC, fundamentos 37 y 38), iii) la exigencia del dolo o culpa, y no la responsabilidad objetiva, iv) la capacidad de culpabilidad o para actuar conforme a un determinado conocimiento, y no la exigencia de mecanismos de motivación especiales para el autor.
156. Asimismo, el principio de culpabilidad guarda estrecha relación con el principio de legalidad penal en la medida que la tipificación del delito expresa la reprobación de una determinada conducta para poder ser objeto de punición estatal. Y ello es así, debido a que “el Estado se encuentra legitimado y limitado para sancionar únicamente la conducta en que consiste el delito y no otra circunstancia adicional; es decir, resultan susceptibles de sanción sólo aquellos comportamientos que se encuentren expresamente recogidos en el tipo penal. El principio de legalidad penal, entonces, restringe la actuación del Estado a la evaluación objetiva de la conducta, proscribiendo el análisis de cualquier otra conducta que no se halle expresamente plasmada en la norma penal” (Sentencia 0014-2006-AI/TC, fundamento 30).
157. Asimismo, cabe recordar que la legitimidad de la intervención penal supone un acceso cognoscitivo al ordenamiento jurídico penal. Sobre esa base, una persona es culpable penalmente si rechaza la exigencia que se deriva de un deber impuesto por el ordenamiento jurídico, siempre que la conformación de la conducta al deber estuviera dentro del poder medio o normal de los destinatarios de la norma.
158. En el presente caso, el deber de los sujetos obligados consiste en comunicar a la autoridad competente las operaciones o transacciones sospechosas que hubieren detectado, entendiéndose por tales –como ya hemos visto– aquellas operaciones de

MT



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



Caso comunicación de operaciones sospechosas 51

naturaleza civil, comercial o financiera, de magnitud o rotación inusual, o de complejidad inusitada o injustificada, que haga presumir que proceden de alguna actividad ilícita o no tengan un fundamento lícito aparente.

159. Este Tribunal considera que la prohibición penal contenida en el tipo penal impugnado permite visualizar la consecuencia de la conducta de los destinatarios de este con suficiente claridad (previsibilidad de las consecuencias desfavorables de la propia conducta) y sin que ello desencadene en algún vicio de inconstitucionalidad. Es decir, solo se reprochan penalmente los actos que los sujetos obligados se encuentran en la capacidad de conocer que están prohibidos y son punibles. No se exige a los sujetos obligados determinados mecanismos de motivación superiores o extraordinarios para orientar las consecuencias desfavorables de su conducta.

160. En definitiva, no existe mayor dificultad o complejidad al momento de la comprensión de los elementos configuradores del injusto. La regulación objetada no implica la exigencia de un nivel de conocimiento superior o mayor al que poseen los sujetos obligados a informar en el marco del sistema de prevención del lavado de activos y del financiamiento del terrorismo. Todo lo contrario, son ellos los que, en virtud de su posición, se encuentran en la capacidad para determinar aquello que resulta inusual, inusitado, injustificado, ilegal, etc., y, por tanto, están también en la capacidad para conocer o comprender de manera suficiente las conductas que están prohibidas por el tipo penal.

161. Por las razones expuestas, este Tribunal concluye que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, que tipifica el delito de omisión de comunicación de operaciones o transacciones sospechosas, no contraviene el principio de culpabilidad penal y, por tanto, merece ser ratificado en su constitucionalidad, por lo que la demanda en este extremo también debe ser declarada infundada.

III. FALLO

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

mm



HA RESUELTO

1. Declarar **INFUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad por la forma, interpuesta contra la Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias y Modificadorias del Decreto Legislativo 1106, y por el fondo, interpuesta contra el artículo 5 del mismo cuerpo legal.
2. **INTERPRETAR** que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 es constitucional siempre que por "transacciones u operaciones sospechosas" se entiendan aquellas de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presume proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente, en base a la información que posea el sujeto obligado a comunicar tales transacciones u operaciones a la autoridad competente.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LEDESMA NARVÁEZ

FERRERO COSTA

MIRANDA CANALES

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

PONENTE FERRERO COSTA

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



0006-2014-PI/TC

Caso comunicación de operaciones sospechosas

FUNDAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA

Coincido con el sentido de lo resuelto, pero estimo necesario dejar sentadas las siguientes consideraciones:

1. En primer lugar, considero importante incidir en que, más allá de la decisión en mayoría a la cual me suscribo, se debe tomar en cuenta que, de conformidad con una *presunción de constitucionalidad de las normas*, una ley no será declarada inconstitucional a menos que exista duda razonable sobre su absoluta y flagrante contradicción con la Constitución. Se trata, por cierto, de una presunción *iuris tantum*, por lo cual, en tanto no se demuestre la abierta inconstitucionalidad de la norma, el juez(a) constitucional estará en la obligación de adoptar una interpretación que la haga compatible con el texto constitucional. Nos toca entonces intentar salvar una interpretación conforme a la Constitución de cualquier norma o acto, y solamente recurrir como *ultima ratio* a una declaración de inconstitucionalidad.
2. Como lógica consecuencia de lo que acabo de sostener, pasaré a especificar lo planteado en el presente caso. Así, tenemos que el Colegio de Notarios de Lima, representado por su Decano, interpone demanda de inconstitucionalidad contra diversos artículos del Decreto Legislativo 1106, de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado, publicado en el diario oficial *El Peruano* el 19 de abril de 2012. Alega la violación de los artículos 1, 2.24, literales b y d, 3, 43 y 104 de la Constitución, por lo cual plantea las siguientes pretensiones:
 - Se declare la inconstitucionalidad de los requisitos que debieran darse para que produzca una relación jurídico procesal válida (por la forma) en relación a lo prescrito en la Quinta, Sexta y Séptima Disposiciones Complementarias Modificatorias del Decreto Legislativo 1106.
 - Se declare la inconstitucionalidad del contenido de lo previsto (por el fondo) en el artículo 5 del referido Decreto Legislativo.
3. Al respecto, considero, en efecto, que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, en principio, no contraviene el principio de legalidad penal, puesto que la certeza de la ley es compatible con un cierto margen de indeterminación en la formulación de los tipos penales.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



0006-2014-PI/TC
Caso comunicación de operaciones sospechosas

4. En efecto, de la lectura de la disposición cuestionada fluye que la misma establece como la conducta prohibida la de quien “incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias”. Y precisamente el artículo 11.3.a. de la Ley 27693, modificado por ley 28306, define como operaciones sospechosas a aquellas operaciones “de naturaleza civil, comercial o financiera que tengan una magnitud o velocidad de rotación inusual, o condiciones de complejidad inusitada o injustificada, que se presuma proceden de alguna actividad ilícita, o que, por cualquier motivo, no tengan un fundamento económico o lícito aparente”.
5. De otra parte, la ley 27693 contiene una serie de exigencias específicas a los sujetos obligados por dicha norma que van desde, por ejemplo, registrar cada operación que se haya realizado, describir el tipo de operación, actualizar dicha información permanentemente, entre otras. Y de hecho, en el artículo 11 de dicho cuerpo normativo se puede apreciar que existe el deber de “prestar especial atención a las operaciones realizadas o que se hayan intentado realizar que, por sus características especiales, no guarden relación con la actividad del cliente o salen de los parámetros de normalidad en el mercado, o no tengan un fundamento legal evidente”. A su vez, el artículo 14.1.1. establece la obligación de “implementar mecanismos de detección de operaciones sospechosas que permiten tener un conocimiento suficiente de sus clientes”.
6. Como bien puede apreciarse, queda claro que el uso de la expresión “operaciones o transacciones sospechosas” no tiene una falta de certeza de tal magnitud que convierta en inconstitucional la disposición penal en cuestión. De otro lado, tampoco la remisión a un reglamento o a una norma extrapenal constituye, en principio, una causal de inconstitucionalidad de los tipos penales, pues precisamente estas últimas disposiciones pueden ser las que sirvan para delimitar correctamente u aclarar los alcances de determinado dispositivo legal, de tal manera que los sujetos obligados sepan con claridad las conductas prohibidas.
7. Sin perjuicio de lo expuesto, resulta preciso indicar que, en cualquier caso, y como cualquier norma penal de esta naturaleza, su aplicación seguramente no se encontrará exenta de algunas dificultades. Por ende, y de darse esos casos, será pertinente que las controversias se resuelvan atendiendo a los distintos principios que informan el Derecho penal y, por supuesto, se consagra una debida observancia del derecho al debido proceso, en sus diversas manifestaciones.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



0006-2014-PI/TC

Caso comunicación de operaciones sospechosas

8. En ese sentido, considero que el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106, es constitucional, en tanto que es posible asignársele un sentido interpretativo acorde con la Constitución, tomando ciertos recaudos interpretativos, de conformidad con los fundamentos anteriormente esgrimidos.

S.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0006-2014-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA

VOTO DEL MAGISTRADO RAMOS NÚÑEZ

Emito, con fecha posterior, el presente voto a fin indicar que comparto lo resuelto por mis colegas. Estimo, por ello, que la demanda debe ser declarada como **INFUNDADA**, con todas las precisiones y alcances interpretativos que, producto del debate, se han señalado en la ponencia.

En la configuración de tipos penales es bastante recurrente el hecho que el legislador tenga ciertos inconvenientes en lo que concierne a la adecuada descripción de las conductas que intenta establecer como reprochables para el ordenamiento jurídico. En efecto, la descripción de esta clase de conductas lleva consigo, en no pocas oportunidades, la referencia a conceptos que demandan, por parte del operador jurisdiccional, un importante papel para la determinación de su concurrencia en un caso particular. No porque el derecho penal tenga como uno de sus principales estandartes al principio de legalidad se puede colegir que el legislador se vea impedido de recurrir a ciertos conceptos o elementos valorativos para justificar una posible condena.

De este modo, a nivel de la doctrina se suele distinguir la presencia, en el tipo penal, de elementos de tipo descriptivo o valorativo. Mientras que los primeros guardan una estrecha relación con objetos o realidades que son susceptibles de ser percibidos por los sentidos; en el caso de los segundos se exige, por parte de la autoridad jurisdiccional en particular, una prolija valoración de la situación vinculada con el hecho. Como es evidente, en este segundo caso, más que en el primero, se advierte la presencia de la indeterminación del lenguaje normativo. En esta clase de casos no se está brindando una suerte de “cheque en blanco” al juzgador: antes bien, se le exigirá fundamentar, de forma escrupulosa, las razones que lo impulsan a justificar una condena.

En este caso, ciertamente cuando el legislador se refiere a “transacciones u operaciones sospechosas” abre cierto terreno para el debate acerca del significado preciso de lo que se ha querido penalizar. Como no puede ser de otro modo, corresponderá al juzgador esclarecer, en cada caso en particular, los supuestos en los que se configura dicho delito. Considero que, dada la naturaleza de lo que se pretende sancionar, es complejo que el legislador pueda delimitar con exactitud cada uno de los escenarios en los que el tipo penal será aplicable. Sin embargo, ello no nos puede conducir a que, a través de un proceso constitucional de carácter abstracto, sea posible justificar la inconstitucionalidad de esta norma. No debe olvidarse, de todos modos, que en el seno del propio proceso penal ya se activan distintas de las garantías que envuelven el desarrollo del proceso. Así, por ejemplo, el juez penal, al analizar la responsabilidad de las personas imputadas, también se rige, a su vez, por la escrupulosa observancia de principios como el de la presunción de inocencia o el de solamente proceder a una condena cuando no tenga ningún margen de duda acerca de la culpabilidad del imputado.

Por lo demás, no debe olvidarse que, en lo que respecta al control de las leyes, este Tribunal se rige bajo el principio de *presunción de constitucionalidad*, el cual se fundamenta en la importante carga democrática que ostenta una norma que ha sido



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 0006-2014-PI/TC

LIMA

COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA

aprobada por un órgano que cuenta con un importante margen de legitimidad política al ser elegido por sufragio popular.

Todo lo expuesto se realiza, como no puede ser de otro modo, sin perjuicio de habilitar la posibilidad de iniciar algún proceso constitucional (especialmente el *habeas corpus*) si es que se determina que la aplicación de la ley, realizada en el seno de un caso particular, pueda ser cuestionable por ser excesivamente arbitraria al ser contraria a los criterios que este Tribunal ha desarrollado en relación con el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales.

S.

RAMOS NÚÑEZ

Lima, 12 de marzo de 2020

Lo que certifico:

Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 000006-2014-PI/TC
COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO ERNESTO BLUME FORTINI

Me adhiero al voto singular de mi colega magistrado Sardón de Taboada por los fundamentos que en el mencionado voto se expresan. En tal sentido, mi voto es porque se declare **FUNDADA** la demanda de inconstitucionalidad.

S.

BLUME FORTINI

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL



EXP. N.º 00006-2014-PI/TC
COLEGIO DE NOTARIOS DE LIMA

VOTO SINGULAR DEL MAGISTRADO SARDÓN DE TABOADA

Discrepo de la ponencia porque valida un tipo penal *equivoco*, es decir, como dice la Real Academia Española,

Que puede interpretarse en varios sentidos, o dar ocasión a juicios diversos.

Dicho tipo penal vulnera el principio de taxatividad penal establecido por el artículo 2, inciso 24, apartado d, de la Constitución, que dice:

Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e *inequívoca*, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley [*cursivas añadidas*].

La Constitución requiere no solo que los tipos penales estén definidos en una ley sino también que lo sean “de manera expresa e *inequívoca*”. Sin embargo, el artículo 5 del Decreto Legislativo 1106 dice:

El que incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales, omite comunicar a la autoridad competente, las transacciones u operaciones sospechosas que hubiere detectado, según las leyes y normas reglamentarias, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años (...).

Hay dos serios problemas con la redacción de esta norma. En primer lugar, respecto del agente del delito, indica que se trata del que actúa “incumpliendo sus obligaciones funcionales o profesionales”. Cabe preguntarse, entonces, de quién se trata.

Las normas que definen estas obligaciones pueden ser muy variadas y no tienen, necesariamente, rango de ley. Desde los códigos de ética de los colegios profesionales hasta los estatutos de las empresas y asociaciones y un etcétera incommensurable, definen ello.

Ciertamente, la Primera Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1106 remite a la Ley 27693 para precisar los sujetos obligados a informar. Sin embargo, tal remisión no constitucionaliza el tipo penal.

En segundo lugar, la norma no define qué hace que una transacción sea sospechosa. Remite, en este caso, a otras “leyes y normas reglamentarias”. Desde una perspectiva constitucional, tampoco es aceptable esta vaguedad y remisión a normas reglamentarias.

Por esto, mi voto es por declarar **FUNDADA** la demanda.

S.

SARDÓN DE TABOADA

Lo que certifico:

.....
Flavio Reátegui Apaza
Secretario Relator
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL